



UNIVERSIDAD DEL MUSEO SOCIAL ARGENTINO

DOCTORADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

ROGÉRIA MARIA ALMEIDA FREITAS NOGUEIRA:
Graduada em Direito pela Universidade Federal de Campina Grande - Paraíba. Doutorado em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade del Museo Social Argentino. Ex Procuradora Jurídica da Prefeitura Municipal de Monte Horebe - Paraíba.

RESPONSABILIDAD CIVIL POR DAÑO CAUSADO AL AMBIENTE ANTE LA CONTAMINACIÓN DE LOS RESIDUOS SÓLIDOS DOMÉSTICOS EN BRASIL Y ARGENTINA.

Tesis de Doctorado en Ciencias Jurídicas y Sociales,
presentada al Departamento de Pos-Graduación de la
Universidad del Museo Social Argentino – UMSA

Orientadora: Prof^a. Dr^a Sandra Sharry.
Traducctora: Sr^a. Graciela Rita Del Rizzo.

BUENOS AIRES

RESUMEN

En Brasil entre los años 50 y 60 el aumento de la producción industrial ocasionó un crecimiento avasallador de las ciudades aumentando consecutivamente la producción de residuos así como la toxicidad de los mismos. El hecho se convirtió en preocupación para todos debido al crecimiento de la contaminación causada por la basura y su mal destino y mala disposición. El desarrollo económico no podía ser cortado, entonces la producción tuvo que aliarse al desarrollo en forma sustentable. Con la promulgación de la Constitución de la República Federal de Brasil de 1988 se mostró la efectiva preocupación del legislador sobre el medio ambiente que dispuso un capítulo entero al tema. La Ley nº 6.938\81 la cual instituyó la Política Nacional del Medio Ambiente consagró la responsabilidad objetiva para los casos de reparación de daños ambientales lo que generó posiciones controvertidas pues aún no existe consenso por parte de la doctrina con respecto a la aplicación de este tipo de responsabilidad. Sobre este aspecto es que recae la problemática de este trabajo: ¿es razonable responsabilizar civilmente a los causantes de daños ambientales decurrentes de la contaminación por residuos sólidos domiciliarios? En este sentido se pretende hacer un análisis detallado de la contaminación causada por residuos sólidos domésticos bajo el aspecto de la responsabilidad civil por daños ambientales, los puntos favorables y desfavorables así como de las disposiciones legales referentes al

tema para posteriormente concluir sobre la posibilidad o no de este tipo de responsabilidad y en su afirmación la forma como se efectivizaría la misma. Los métodos de investigación utilizados fueron el exegético-jurídico, deductivo, histórico evolutivo y el bibliográfico. Donde se puede constatar que es posible la responsabilidad civil en la forma objetiva sin necesidad de comprobación de culpa para las personas físicas o jurídicas de derecho público o privado que causaren daños al medio ambiente decurrente de la contaminación por la mala destinación o mala gestión de los residuos sólidos urbanos por ellos descartados o producidos.

Palabras-clave: *Environment*; Polución. Derecho Ambiental. Derecho al medio ambiente. Derecho fundamental.

ABSTRACT

In Brazil, between the 1950s and 1960s, the industrial boom of the country led to an enormous growth of the cities, which resulted in higher levels of garbage and pollution. This increasing pollution caused by the garbage was object of great concern for everyone because of its wrong destination in the environment and its poor packaging. The industrial development of the country should continue, and production had to be aligned with development in a sustainable way. Legislators demonstrated to be worried about the environment when editing the Brazilian Federal Constitution in 1988, by devoting one whole chapter to the theme on it. The Law nº 6.938\81 instituted the National Politics for the Environment, which proclaimed the civil responsibility of individuals and entities for repairing environmental damage, has given rise to controversial points of view, in such a way that so far the doctrine has not achieved a consensus on how to apply the civil responsibility in practical terms, due to controversial opinions on the topic. The research problem of this thesis addresses this topic: is it possible to declare the civil responsibility of those who damage the environment by polluting it with solid domestic residues? In this sense, this thesis intends to make a detailed analysis of pollution caused by solid domestic residues under the aspect of civil responsibility for environment damage, including positive and negative aspects, as well as the laws regarding the theme. At the end, it will be concluded whether civil responsibility is possible or not, and, if possible, how it can be applied in practical terms. The research

methods used were the exegetical juridical, deductive, historical evolution and the bibliographical. The conclusion is that objective civil responsibility is possible for all individuals and public/private entities, without the need to proof that they are guilty, once they have polluted the environment by giving wrong destination to, or by not managing well, the urban solid residues that they have discarded or produced.

Keywords: *Environment; Pollution; Environmental law: The right to the environment; Fundamental right.*

No Brasil, entre os anos 50 e 60, o aumento da produção industrial ocasionou um crescimento avassalador das cidades, aumentando consecutivamente a produção de lixo bem como a toxidade do mesmo. O fato tornou-se preocupação de todos devido ao crescimento da poluição causada pelo lixo e sua má destinação e má disposição. O desenvolvimento econômico não poderia ser ceifado, então, a produção teria que ser aliado ao desenvolvimento de forma sustentável. Com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, mostrou-se efetiva preocupação do legislador com o meio ambiente, que disponibilizou um capítulo inteiro ao tema. A Lei nº 6.938/81, que instituiu a Política Nacional do Meio Ambiente consagrou a responsabilidade objetiva para os casos de reparação de danos ambientais, o que gerou posições controversas, pois ainda não ha um consenso por parte da doutrina a respeito da aplicação desse tipo de responsabilidade. Sobre este aspecto que recai a problemática deste trabalho: é cabível responsabilizar civilmente os causadores de danos ambientais decorrentes da poluição por resíduos sólidos domésticos? Neste sentido, se pretende fazer uma análise detalhada da poluição causada por resíduos sólidos domésticos sob o aspecto da responsabilidade civil por danos ambientais, os pontos favoráveis e desfavoráveis, bem como das disposições legais referentes ao tema, para posteriormente concluir sobre a possibilidade ou não desse tipo de responsabilização e em afirmativo, a forma como se efetivaria

a mesma. Os métodos de pesquisa utilizados foram o exegético-jurídico, dedutivo, histórico evolutivo e o bibliográfico. Onde se pode constatar que é possível a responsabilização civil na forma objetiva, sem a necessidade de comprovação de culpa, para as pessoas físicas ou jurídicas, de direito público ou privado que causarem danos ao meio ambiente decorrente da poluição pela má destinação ou má gestão dos resíduos sólidos urbanos por eles descartados ou produzidos.

Palavra-chave: *Environment; Poluição. Direito Ambiental. Direito ao meio ambiente. Direito fundamental.*

RESÚMEN	VIII
ABSTRACT	X
RESUMO	XII
INTRODUCCIÓN	21
CAPÍTULO 1 ASPECTOS GENERALES DEL DERECHO AMBIENTAL	32
1.1. La definición de medio ambiente.....	33
1.1.1. Medio ambiente natural	37
1.1.2. Medio ambiente artificial	39
1.1.3. Medio ambiente laboral.....	40
1.1.4. Medio ambiente cultural.....	43
1.1.5. La definición de medio ambiente en el derecho brasileiro y argentino.....	45
1.1.6. Bien ambiental.....	52
1.1.7. Concepto de derecho ambiental.....	54
1.2. Medio ambiente en el derecho internacional	56
1.2.1.La Conferencia de Estocolmo y el medio ambiente como derecho humano	58
1.2.2.La Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y Desarrollo y el concepto de desarrollo sustentable	61
1.2.3. El Protocolo de Kioto y el calentamiento global	61

1.2.4. La Agenda 21 y el principio de solidaridad.....	65
1.2.5. Tendencias y reflexiones acerca del medio ambiente en el derecho internacional	66
1.3. Medio ambiente en la legislación infraconstitucional brasileira	69
1.4. La constitucionalización del medio ambiente en el mundo	76
1.5. La constitucionalización del medio ambiente en Brasil	80
CAPÍTULO 2 PRINCIPIOS ESTRUCTURALES DEL DERECHO AMBIENTAL.....	84
2.1. Principio de precaución	85
2.2. Principio de prevención	94
2.3. Principio de responsabilidad y del contaminador- pagador.....	98
2.4. Principio de democracia, de ciudadanía, de información, de educación y de participación ambiental.....	105
2.5. Principio de prohibición de retroceso ecológico	119
2.6. Principio del mínimo existencial ecológico.....	121
2.7. Principio da razonabilidad.....	125
2.8. Colisión de derechos fundamentales al medio ambiente y a la protección de su contenido esencial.....	130
2.8.1. La restricción del derecho fundamental al medio ambiente y la	

protección de su contenido esencial	132
2.8.2. El principio de equilibrio y de ponderación	139
2.8.3. El principio da proporcionalidad	146
CAPÍTULO 3 COMPETENCIA DEL MEDIO AMBIENTE EN LA CONSTITUCIÓN FEDERAL	152
CAPÍTULO 4 DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL.....	167
4.1. Esbozo histórico	168
4.2. Concepto de responsabilidad civil y naturaleza jurídica	172
4.3. Especies de previsión legal	175
4.3.1. Responsabilidad contractual y extracontractual	175
4.3.2. Responsabilidad objetiva (o teoría del riesgo) y subjetiva (o teoría de la culpa.....)	177
4.4 Presupuestos de la responsabilidad civil.....	178
4.4.1. Acción u omisión del agente.....	179
4.4.2. La culpa como fundamento de la responsabilidad civil.....	180
4.4.3. Daño	182
4.4.4. Relación de causalidad.....	185
4.5. Excluyentes de la responsabilidad civil.....	186
4.6. Responsabilidad civil ambiental en el derecho brasileiro ... y argentino.....	190
4. 7. Responsabilidad Civil del Estado	195
CAPÍTULO 5 DEL DAÑO AMBIENTAL	199

5.1. La cuestión ambiental en Brasil	200
5.2. El daño ambiental.....	206
5.3. Clasificación del daño ambiental	215
5.3.1. En cuanto a la amplitud del bien protegido	215
5.3.2. En cuanto a la reparación y al interés involucrado	217
5.3.3. En cuanto a su extensión	218
5.4. Características	219
5.4.1. Víctimas de pulverización.....	220
5.4.2. Difícil reparación	220
5.4.3. Difícil valoración	221
5.5 Reparación del daño ambiental.....	222
CAPÍTULO 6 DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL ESTADO POR DAÑO CAUSADO AL MEDIO AMBIENTE.....	228
6.1. El medio ambiente como derecho fundamental de cuarta generación.....	229
6.2. Responsabilidad civil del Estado frente al daño ambiental	233
6.3. Excluyentes de la responsabilidad civil del Estado por daño causado al medio ambiente.....	240
CAPÍTULO 7 DE LOS RESIDUOS SÓLIDOS.....	247
7.1. Concepto y clasificación	248
7.2. Diferencia entre basura y residuos.....	253
7.3. Tratamiento y destino final de los residuos.....	255
7.3.1. Depósito a cielo abierto.....	258

7.3.2. Relleno sanitario	259
7.3.3. Incineración	260
7.3.4. Compostaje	261
7.3.5. Reciclaje.....	262
7.3.6. Recolección selectiva	264
7.4. Residuos sólidos domésticos	265
CAPÍTULO 8 RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DEL DAÑO AMBIENTAL CAUSADO POR RESIDUOS SÓLIDOS DOMÉSTICO EN BRASIL Y ARGENTINA.....	268
8.1. Contaminación causada por los residuos sólidos domésticos.....	269
8.2. Formas de reparación por daño ambiental causado por residuos sólidos domésticos	274
8.3. Responsabilidad civil por los daños causados por la contaminación por residuos sólidos domésticos.....	276
8.3.1. Teoría del riesgo integral.....	278
8.3.2. Del agente activo y del agente pasivo.....	280
8.3.3. Responsabilidad civil de las personas jurídicas de derecho privado.....	281
8.3.4. Responsabilidad civil de las personas jurídicas de derecho público	282
8.3.5. Acumulación de las sanciones de naturaleza civil, penal y administrativa.....	284
8.3.6. Imprescindibilidad de la reparación de los daños ambientales...	285

8.3.7. Formas de reparación del daño ambiental	285
8.4. Eficacia de la responsabilidad.....	286
CAPÍTULO 9 INSTRUMENTOS PROCESALES DE DEFENSA DEL MEDIO AMBIENTE	288
9.1. Acción Civil Pública.....	289
9.2. Acción Popular Ambiental.....	291
9.3. Interdicto Colectivo.....	293
9.4. Acción Directa de Inconstitucionalidad de la Ley o Acto Normativo	295
9.5. Interdicto de Mandato Ambiental	296
10. CONCLUSIÓN	298
11. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	305

LISTAS DE SIGLAS Y ABREVIATURAS

§ - Párrafo

ABNT – Asociación Brasileira de Normas Técnicas

ART – Artículo

CF – Constitución Federal

CONAMA – Consejo Nacional del Medio Ambiente

CDC – Código de Defensa del Consumidor

EIA – Estudio de Impacto Ambiental

EPIA – Estatuto Previo de Impacto Ambiental

GEE – Gases do Efecto Invernadero

IBAMA – Instituto Brasileiro de Medio Ambiente

Nº - Número

P. – Página

PNAMA – Política Nacional de Medio Ambiente

RIMA – Informe de Impacto Ambiental

SEMA – Secretaría Especial de Medio Ambiente

INTRODUCCIÓN

El derecho al medio ambiente es un derecho colectivo que pertenece a todos y cada uno a mismo tiempo pues todos tienen el derecho de vivir en un medio circundante ecológicamente equilibrado, un *hábitat* que aunque sea natural le proporcione al hombre la mejor calidad de vida posible. Este medio ambiente será imposible si no reina en la conciencia de cada ciudadano y del Poder Público la preservación y reparación de este medio natural y artificial debiendo aquellos que provocan una acción dañosa a este bien ser debidamente responsabilizados.

Actualmente el medio ambiente ha sido el centro de debates por parte de toda una sociedad, los estudiosos, legisladores, grupos de ambientalistas y la sociedad como un todo vienen demostrando mayor preocupación con lo que hoy es considerado uno de los grandes problemas de la humanidad: la preservación de los recursos naturales no renovables y terminados.

La vida en la tierra comenzó a estar comprometida luego del inicio de un crecimiento y consumismo desenfrenado y sin límites donde innumerables problemas ambientales son el reflejo de esta actuación humana generadora de descontroles ambientales a nivel global

comprobando que la naturaleza está quedando saturada y no aguanta más tantos desmanes.

Los casos ecológicos, como se ve, no ocurren solamente en países pobres sin un planeamiento urbano adecuado. Muy por el contrario. Son varios los Estados-nación que están sufriendo las consecuencias por el desrespeto a la naturaleza aún sabiendo que muchas veces no han contribuido directamente al impacto negativo del medio ambiente habida cuenta del riesgo que es inherente a la problemática ambiental. No se sabe con exactitud cómo la naturaleza se manifestará en relación a las actitudes del hombre habida cuenta que la sociedad contemporánea produce riesgos que pueden ser controlados y otros que escapan o neutralizan los mecanismos de control típicos de la sociedad industrial.

Se inaugura por consiguiente una sociedad de riesgo, modelo teórico que marca la falencia de la modernidad, emergiendo un período pos-moderno en la medida en que las amenazas producidas a lo largo de la sociedad industrial comienzan a tomar forma. Los pilares de la concepción moderna de civilización ya no consiguen más explicar los desarrollos de la ciencia y de la sociedad.

No importa si tan solo un país, un Estado o una región tienen conciencia ambiental en la orientación de sus políticas públicas y de apoyo a la iniciativa privada. Es preciso que todos estén unidos y solidarios pues no existen fronteras cuando se trata de daño ambiental.

Los impactos del hombre en el medio ambiente extrapolan el concepto geopolítico de territorio y las limitaciones de la soberanía. Un daño ambiental no queda circunscripto al lugar de su realización habida cuenta que ocurre la desaparición de las fronteras nacionales pues los Estados no consiguen ya limitar las actividades de los individuos.

La Constitución Nacional de la República Argentina se preparó para el proceso de integración admitiendo que los Tratados poseen jerarquía sobre las leyes e inferior a la Constitución refiriéndose a la delegación de poderes a los organismos supranacionales en su art. 75. El artículo 31 aún establece que la Constitución, las leyes dictadas por el Congreso y los tratados son la Ley Suprema de la Nación Argentina.

Es de vital importancia el acuerdo entre la República Argentina y la República Federal de Brasil sobre la Cooperación en Materia Ambiental hecha en Buenos Aires el nueve de abril de 1996, aprobado por la Ley 24.930 y promulgada en enero de 1998.

En su parte introductoria habla de la protección del medio ambiente y de la investigación por una mejor calidad de vida recordando así mismo los compromisos asumidos por ambos países en la Conferencia de Río de 1992.

El acuerdo se firmó como marco dentro del cual se desarrollaría la coordinación, consulta y cooperación bilateral en materia ambiental entre Argentina y Brasil (art.1).

Para solucionar tales problemas todos los países vienen adoptando medidas cautelares con el fin de al menos disminuir la destrucción de componentes de la naturaleza vitales para el ser humano, su saludable calidad de vida para el buen funcionamiento de los ecosistemas del planeta y preservación de un medio ambiente saludable para las generaciones futuras que sufran los reflejos de este problema a largo plazo.

En Brasil no podría ser diferente a pesar de encontrarse un poco retrasado con respecto a otros países el ordenamiento patrio pasó a adoptar medidas más incisivas de protección a la naturaleza principalmente luego de la promulgación de la Constitución de la República Federal de Brasil de 1988 que previó un capítulo exclusivo para el tratamiento de las cuestiones ambientales considerando al Medio Ambiente como bien de uso común de todos, derecho fundamental y difuso en el cual a todos incumbe el deber de cuidar y de preservar.

Un gran problema que permea a las sociedades urbanas es la basura, el nivel de consumo aumenta cada día y las personas ya no tienen control sobre sus propios residuos producidos, el aumento de la generación de residuos sólidos domésticos se tornó en un gran desafío para los gobernantes como para todos los miembros de la sociedad. Los productos tienen una vida útil cada vez más corta y el estímulo al consumismo sin responsabilidad ni conciencia ambiental son factores causales de esta discusión.

El tratamiento y disposición final de estos residuos, en especial de los domésticos están en desacuerdo con la armonía deseada para un desarrollo sustentable basado en la conservación de los recursos naturales.

El medio ambiente es propiedad de todos y responsabilidad de todos, surge entonces el cuestionamiento en lo referente a la responsabilidad de aquellos que desobedecen los preceptos y normas ambientales en favor del uso y descarte indiscriminado de materiales en el medio ambiente.

Los residuos sólidos domésticos con el pasar del tiempo y el aumento de las tecnologías paradójicamente se tornaron cada vez más tóxicos y perjudiciales para la salud, además de ésto el gran volumen de producción va en contra de la falta de espacio suficiente para el destino final de los mismos, tornándose en concretos daños ambientales sujetos a responsabilidad.

De esta forma, las preguntas que guían a la búsqueda de respuestas son las siguientes:

¿Cuál es la importancia de la responsabilidad Civil por daño causado al medio ambiente enfrentando la contaminación por residuos sólidos domésticos en Brasil y Argentina?

¿Es posible responsabilizar civilmente a aquellos que destinan y disponen los residuos sólidos domésticos en forma inadecuada en el medio ambiente comprometiendo así el desarrollo sustentable y la calidad

de vida humana? La hipótesis recogida fue afirmativa en virtud de preceptos legislativos que son utilizados para la conservación del bien mayor de toda la humanidad: la vida saludable basada en la calidad de vida en equilibrio con la naturaleza.

La importancia de esta tesis es científica, profesional y social.

La relevancia científica de la tesis consiste en la producción de conocimientos de manera metódica y sistemática contribuyendo para el avance y actualización del Derecho como ciencia en la medida que demuestra la nueva interpretación acerca de la responsabilidad Civil por daño causado al medio ambiente como consecuencia de residuos sólidos domésticos vinculándola al cumplimiento de los objetivos trazados por la Constitución de la República Federal de Brasil de 1988 como también por la Constitución Argentina de 1994.

El ordenamiento patrio pasó a adoptar medidas más incisivas de protección a la naturaleza principalmente luego de la promulgación de la Constitución de la República Federal de Brasil de 1988 que previó un capítulo exclusivo al tratamiento de las cuestiones ambientales considerando al medio ambiente como bien de uso común a todos, derecho fundamental y difuso en el cual todos están involucrados en el deber de cuidar y de preservarlo.

La relevancia profesional consiste en posibilitar la injerencia del Poder Judicial en los abusos y equívocos de las políticas públicas ordenadas por el Estado-Administración posibilitando que los agentes

legitimados a defender la sociedad puedan juzgar acciones que presenten un resultado práctico, es decir a la efectiva concreción de los derechos elencados en la Constitución de la República Federal de Brasil de 1988 y de la Constitución de la República Argentina de 1994.

La contribución social de la investigación se hace presente en el hecho de poner a disposición de la sociedad la mejora de las condiciones de existencia al medio ambiente. Con este trabajo se busca colaborar con una mejora en la calidad de vida. Así, con la nueva interpretación que propone esta investigación la sociedad tendrá un instrumento efectivo para hacer valer sus derechos garantizados constitucionalmente.

Se muestra, así, el debate de la legitimidad constitucional de las leyes que se alejan de la directriz final establecida en el principio de justicia y la inquebrantable responsabilidad del Poder Judicial de ejercer el correspondiente control jurisdiccional con miras a salvaguardar el imperio de la Constitución.

Pero si, como se ha visto, los daños causados al medio ambiente tienen naturaleza constitucional la verificación de su obediencia o violación por los demás poderes no puede escapar al poder encargado de velar por la observancia de la propia Constitución.

Es cierto que del efectivo control jurisdiccional ahora expuesto derivará un profundo efecto disuasivo sobre el Legislador determinando la promulgación de leyes Civiles y Ambientales más justas y orientadas a

atender por los daños causados al medio ambiente por la contaminación de residuos sólidos domésticos.

Debido a la relevancia del tema y a la actualidad del mismo fue necesario establecer un estudio profundizado de cuáles serían esos residuos y las formas más adecuadas de disposición final de los mismos en consonancia con las reglas ambientales así como la responsabilidad en la esfera civil de aquellos que desobedecieren las normas reguladoras generando perjuicios a terceros y principalmente a la colectividad.

Para dar soporte argumentativo a la presente investigación se utilizaron los métodos exegético-jurídico, deductivo y a través de consultas en la doctrina, en la legislación, en la jurisprudencia y en sites relacionados al tema. La evaluación de lo histórico evolutivo y de los dispositivos legales referentes al tema en cuestión también van a ser abordadas.

Las hipótesis de la Tesis fueron investigadas a través de la investigación del tipo Dogmático-Jurídico (Bibliográfico), donde fueron investigadas las obras de los mayores nombres del Derecho Civil y del Derecho Ambiental en Brasil y también obras de los autores Argentinos así como artículos, textos y legislaciones sobre el asunto extraídos de revistas y sites en internet.

A través de la bibliografía tradicional se encontraron posiciones encontradas, conceptos y definiciones, imprescindibles para el buen desarrollo de la investigación así como en los textos más recientes

encontrados en los sites nos dan las variables necesarias para la polémica, para la investigación que nos darán las variables necesarias para la polémica de la investigación.

Según la utilización de los recursos la investigación es pura. Según el abordaje la investigación es cualitativa y según los objetivos la investigación es exploratoria y descriptiva.

Objetivo general:

Analizar la responsabilidad civil por daño causado al medio ambiente frente a la contaminación por residuos sólidos domésticos en Brasil y Argentina;

Objetivo específico:

Identificar cuál es la importancia de la responsabilidad Civil por daño causado al medio ambiente frente a la contaminación de los residuos sólidos domésticos en Brasil y Argentina;

Analizar si es posible responsabilizar civilmente a aquellos que destinan y disponen residuos sólidos domésticos en forma inadecuada en el medio ambiente comprometiendo el desarrollo sustentable y la calidad de vida humana;

Verificar si existe la posibilidad de responsabilidad civil derivada de la mala destinación de los residuos sólidos domésticos y si existe un aspecto positivo y cómo se da este proceso.

La tesis fue dividida en nueve capítulos. En el primero se analiza la historicidad de la protección jurídica ambiental por medio del estudio

de las variadas definiciones de medio ambiente discutiéndose también el fenómeno de la constitucionalización de la tutela ambiental en el mundo y en el derecho brasileiro. Se intensifica además el realizar una breve evolución de los principales tratados internacionales que abordan la problemática ambiental en la medida en que los desafíos ecológicos no pueden permanecer restringidos tan sólo a un Estado, región o país.

En el segundo capítulo de esta tesis se utilizan los principios con el fin de ofrecer al intérprete que trata con el derecho ambiental instrumentos en busca de un fundamento lógico, racional y coherente en los procesos decisivos en general. Ha servido como guía para el intérprete en miras a buscar sentidos que sean convenientes para la afección y efectivización del Derecho Ambiental.

El tercero refiere a la evolución histórica y a la protección constitucional del medio ambiente.

En el cuarto capítulo se trata la responsabilidad civil en sus aspectos generales analizando la evolución histórica desde Roma Antigua hasta los días actuales y como está regulada en Brasil luego de la vigencia del Nuevo Código Civil (Ley 10. 402\2002), procurando analizar sus conceptos y sus especies, los presupuestos esenciales para su caracterización como así también se analiza en forma sucinta la responsabilidad civil por daño causado al medio ambiente y trayendo resumidamente la responsabilidad civil del Estado en cuanto causante.

A continuación en el quinto capítulo se analiza la cuestión ambiental en Brasil realizando una breve evolución histórica procurando visualizar la protección al medio ambiente desde antes de los años ochenta hasta llegar a los días actuales, introduciéndose en el contexto el concepto de daño ambiental, cómo éste se encuentra clasificado por la doctrina y cuáles son sus principales características tratando la cuestión de la reparación de esta especie de daño.

En el sexto capítulo, se analiza la responsabilidad del Estado por el daño causado al medio ambiente así como la adecuación de los excluyentes de la responsabilidad cuando se trata del Estado como agente causante del daño haciendo una breve síntesis de las acciones a ser utilizadas por los ciudadanos para efectuar la tutela ambiental y clasificando al medio ambiente como un derecho fundamental de cuarta generación.

El séptimo capítulo trata sobre los residuos sólidos en general, sus conceptos, clasificación, diferenciación y la problemática del tratamiento y destinación final, basado en los residuos sólidos domésticos. Bajo el análisis de la forma de disposición final y del tratamiento de estos residuos en las sociedades contemporáneas y en especial en Brasil y en Argentina que en manera general son inadecuadas si son analizadas bajo la égida del desarrollo sustentable.

En el octavo capítulo, el abordaje es acerca de los daños causados al medio ambiente derivado de la mala destinación de los

residuos sólidos domésticos así como de la contaminación generada y la cuestión de la responsabilidad civil basada en la teoría del riesgo integral de la responsabilidad objetiva y de las formas de reparación de los daños.

En el noveno capítulo se tratan los instrumentos procesales de defensa del medio ambiente.

CAPÍTULO 1 ASPECTOS GERALES DEL DERECHO AMBIENTAL

Hasta hace poco tiempo atrás el hombre veía al medio ambiente como un recurso ilimitado de donde podría retirar lo que le fuera necesario dejando en el lugar los residuos, basura y restos del proceso de producción. Al pasar del tiempo esta visión cambió, la humanidad percibió que el crecimiento avasallador de las ciudades y la globalización trajeron como consecuencia la contaminación que generó grandes desastres naturales, surge entonces la necesidad de cambio en la manera como estaba siendo tratado nuestro medio ambiente. En fin, comienza a emerger una preocupación real para con el medio ambiente y a partir de esto llegaron los conceptos y dispositivos legislativos a fin de proteger a la naturaleza de los desmanes cometidos por el propio hombre.

Difícilmente se podría realizar un estudio sobre un tema tan importante como la destinación de los residuos sólidos que en la mayoría

de los casos es responsable de gran parte de la contaminación en el ámbito urbano sin tomar en consideración los aspectos reales del Derecho Ambiental, sus conceptos, principios, evolución histórica y legislativa.

1.1. LA DEFINICIÓN DE MEDIO AMBIENTE

La expresión “medio ambiente”¹ que fue adoptada por el derecho brasileiro y por varios otros países además de instrumentos internacionales se revela en forma redundante. Ésto se debe al hecho de que “medio” y “ambiente” son sinónimos habida cuenta que ambos significan aquello que incluye el entorno donde se vive²⁻³.

¹ Milaré explica que a expressão “meio ambiente” (*milieu ambiant*) parece ter sido utilizada pela primeira vez pelo naturalista francês Geoffroy de Saint-Hilaire na obra *Études progressives d'un naturaliste*, de 1835, tendo sido perfilhada por Augusto Comte. Acerca do sentido do citado termo, ressalta o autor que o meio ambiente pertence “a uma daquelas categorias cujo conteúdo é mais facilmente intuído que definível, em virtude da riqueza e complexidade do que encerra”. Referida observação é de suma importância, como será visto em momento oportuno, uma vez que o raciocínio indutivo exerce forte influência na questão ambiental e na interpretação de suas normas jurídicas. (MILARÉ, Édis. *Direito do Ambiente: a gestão ambiental em foco*. Doutrina, jurisprudência, glossário, 5. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2007, p. 109).

² A Declaração de Estocolmo, instrumento internacional assinado na Convenção de Estocolmo, em 1972, proclamou, pela primeira vez, o direito humano ao “meio ambiente”. Utilizou-se, portanto, o binômio vocabular, até mesmo com o intuito de reforçar o significado.

³ De acordo com Machado a expressão “meio ambiente”, embora seja “bem sonante”, não é, entretanto a mais adequada, pois envolve em si mesma um pleonasma. ³ MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 126-127. Já Rodrigues, ao contrário, não vê “redundância como sói a maioria da doutrina, senão porque cuida de uma entidade nova, autônoma e diferente dos simples conceitos de *meio* e de *ambiente*. O alcance da expressão é mais largo e mais extenso do que o de simples ambiente” (RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Elementos de direito ambiental: parte geral*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 64).

En países como Italia y Francia el constituyente adoptó sólo “ambiente”⁴⁻⁵. Ya España⁶ hizo la misma opción que la brasileira y argentina al utilizar la nomenclatura “medio ambiente”. Entretanto, a pesar de la redundancia del término en la diferencia de opción por los Estados tal hecho se trata de aspectos meramente formales no influenciando en el alcance jurídico brasileiro, el término “medio ambiente” será adoptado en esta obra⁷. Acerca de su definición, Antunes (2008) explica que:

(...) meio ambiente compreende o humano como parte de um conjunto de relações econômicas, sociais e políticas que constroem a partir da apropriação dos bens naturais que, por serem submetidos à influência humana, transformam-se em recursos essenciais para a vida humana em quaisquer de seus aspectos⁸.

⁴ O art. 177, s, da Constituição da República Italiana, de 1º de janeiro de 1948, prevê que compete ao Estado legislar sobre a tutela “dell’ambiente”. No mesmo sentido, a França estabelece “l’environnement” para tratar de questões ambientais, assim como os países de língua inglesa optaram pelo “environment”.

⁵ FERRARA, Rosario; FRACCHIA, Fabrizio; RAZON, Nino Olivetti. *Diritto dell’ambiente*. 3. ed. Roma: Laterza, 2000, p. 3.

⁶ A Constituição espanhola, de 27 de dezembro de 1978, preconiza em seu art. 45 que todos têm direito de desfrutar de um “medio ambiente” adequado para o desenvolvimento da pessoa.

⁷ Meio ambiente não se confunde com ecologia. Esta se refere, segundo Soares, a “um ramo da biologia no qual os seres vivos são estudados na sua interação recíproca com outros seres vivos e na dependência destes em relação ao mundo inorgânico que o cerca”. Explica, ainda, o autor que por conta da concepção rigorosa de ciência do *habitat*, a ecologia não tem nenhuma vinculação com a ética e o Direito, pois nesses campos prevalece o comportamento livre do homem, o que inexistente no mundo da ecologia. Apesar de o conceito de meio ambiente ser menos preciso que ecologia, é ele que alcança proteção jurídica (SOARES, Guido Fernando Silva. *Proteção internacional do meio ambiente*. São Paulo: Manole, 2003, p. 2-4).

⁸ ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 9.

El concepto de medio ambiente es por lo tanto, según Silva (2007), globalizante. Al entender del autor, medio ambiente es “a interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas”⁹⁻¹⁰.

La concepción de medio ambiente engloba no sólo al conjunto sino a todos los factores involucrados. Del mismo modo como es un bien de vida su contenido acaba siendo variable en el tiempo y en el espacio. Tienen que ser verificadas las leyes y las interacciones que permiten el equilibrio entrópico sin el cual no existiría la vida. Se trata de la idea de macrobien defendida por Leite (2003)¹¹.

Grigaravicius M.D (2001), señala hacia el concepto de “*medio ambiente*” se mueve entre una acepción demasiado estricta – de la protección de la *naturaleza* – y un enfoque demasiado global – el conjunto de los problemas referentes a *calidad de vida*, “*a felicidad*”-¹² .

⁹ SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 20.

¹⁰ Perrini sustenta que o “ambiente pode ser definido como o conjunto de elementos naturais e culturais que integrados, compõem o meio em que vivemos. Destarte, o conceito de meio ambiente deve abarcar toda essa gama de elementos, entre os quais se incluem as riquezas naturais (como, v.g., a água, o ar, o solo, a fauna), artificiais e os bens culturais correspondentes (patrimônio, histórico artístico etc.)” (PERRINI, Raquel Fernandes. A ação popular como instrumento de defesa ambiental. *Caderno de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, n. 11, abr./jun., p. 183-207, 1995, p. 197).

¹¹ “A doutrina prevaiente no direito brasileiro posiciona-se com visão globalizante e abrangente do conceito jurídico do meio ambiente, a partir da posição doutrinária de Gianini”. E, posteriormente, destaca-se que “o bem ambiental (macrobem) é um bem de interesse público, afeto à coletividade, entretanto a título autônomo e como disciplina autônoma” (LEITE, José Rubens Morato. *Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 79 e 84).

¹² Grigaravicius, Maria Delia Pereiro de. *Dano Ambiental en el Medio Ambiente Urbano*. Um Nuevo Fenómeno Económico en el Siglo XXI. La Ley. Buenos Aires: Fondo Editorial Derecho y Economía. 2001, p. 2.

En Argentina, conforme a la postura mayoritaria de la doctrina, las normas constitucionales de art. 41 adoptan un concepto amplio de medio ambiente comprendiendo los recursos naturales y culturales que directa o indirectamente conforman el hábitat del ser humano¹³. En tal sentido se consideran como objetos de protección a los recursos naturales la biodiversidad, el patrimonio natural y el cultural (art. 41, párrafo 2º)¹⁴.

En Argentina la Ley General del Ambiente 25.675 establece los presupuestos mínimos para conseguir una gestión sustentable y adecuada del ambiente, la preservación y protección de la diversidad biológica y de la implementación del desarrollo sustentable (art.1º), comprende los recursos ambientales tanto naturales como culturales, de los sistemas ecológicos, de la diversidad biológica (art. 2º), protegiendo el ambiente, sus recursos, el equilibrio de los ecosistemas y de los bienes o valores colectivos (art. 27).

¹³ Informe de la convencional Elba Roulet en el Plenario de la Convención Constituyente, véase Garcías Pullés, *Vías procesales en la protección de los derechos al ambiente*, LL, 1995-A-861. En el mismo sentido Scotti, *La preservación del ambiente y el derecho urbanístico en la reforma constitucional*, ED, 160-737; Castelli, *La obligación de recomponer el daño ambiental en la Constitución Nacional*, LL, ejemplar Del 5\4\95, p. 1; Tawil, *La cláusula ambiental en la Constitución Nacional*, LL, ejemplar Del 15\05\95, p.10; Natale, *Protección del medio ambiente en la reforma constitucional*, LL, 1994-E- 1387. La opinión más difundida incluye en el concepto de medio ambiente no solo a los bienes naturales sino también a los culturales y, aun, a los problema de política social. Estos autores concluyen en el concepto de calidad de vida. Se señala que el objetivo fundamental de la normativa ambiental es lograr y mantener la calidad de vida (Flahsmayevsky, *La regulación procesal en el derecho ambiental americano*, LL, 1993-E-935; Bellorio, *La normatividad ambiental latinoamericana*, ED, 102-918; Messina de Estrella Gutiérrez, Graciela, *La responsabilidad civil en la era tecnológica*. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1989, p. 112; Bustamante Alsina, *Derecho ambiental*, p. 41).

¹⁴ Gelli, *La competencia de las provincias en materia ambiental*, LL ejemplar, del 21\10\97, p. 1; Jiménez, *Consideraciones acerca de un interesante fall reciente y la ratificación de un camino irreductible en materia medioambiental*, LL, Suplemento de Derecho Ambiental", ejemplar de 26\8\97, p. 4.

Jose Afonso da Silva (1981), al tratar la materia ha sostenido que “el medio ambiente” de este modo es “a interação de conjunto de elementos naturais, artificias e culturais que propiciam o desenvolvimento equilibrado da vida humana”¹⁵.

Se percibe por consiguiente que el medio ambiente involucra varias dimensiones no sólo el natural. Destaca José Afonso da Silva (1981) que la doctrina clásica señala tres aspectos los cuales son natural o físico, artificial o construido y cultural¹⁶. Ya el medio ambiente de trabajo para el mismo autor estaría inserto dentro del artificial.

A pesar de que la doctrina mayoritaria¹⁷ señala el carácter globalizante y amplio del concepto jurídico de bien ambiental (macrobien) es menester analizar las peculiaridades de sus dimensiones en la idea de microbien¹⁸, conforme será analizada en los próximos tópicos.

1.1.1. MEDIO AMBIENTE NATURAL

¹⁵ Silva, Jose Afonso da. *Direito urbanístico brasileiro*, São Paulo, 1981, p. 435.

¹⁶ SILVA, ob. cit., p. 21.

¹⁷ É importante destacar que a indicação dos três aspectos do meio ambiente demonstra apenas uma visão jurídica, que reside no fato de que estão submetidos a regime jurídicos diversos. No entanto, “a doutrina tem se debruçado sobre da questão da unidade ambiental, com algumas divergências que tende a desaparecer” (SILVA, ob. cit., p. 22). Ainda sobre o tema, tal divisão é criticada por conta da “própria unidade do meio ambiente, também pelo fato dos princípios do direito ambiental aplicam-se tanto à proteção global do meio ambiente como à proteção dos elementos que o constituem, sejam eles naturais, culturais ou artificiais” (SILVA, Solange Teles da. *Direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado*: São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 227-228).

¹⁸ LEITE, ob. cit., p. 85.

En un primer momento, cuando se habla de medio ambiente inmediatamente se vincula a los objetos naturales, es decir aquellos que existen independientemente de la actuación humana pero que sufren repercusiones de sus actividades contaminantes.

El medio ambiente natural o físico, de acuerdo con Fiorillo (2008):

(...) é constituído pela atmosfera, pelos elementos da biosfera, pelas águas (inclusive pelo mar territorial), pelo solo, pelo subsolo (inclusive recursos minerais), pela fauna e flora. Concentra o fenômeno da homeostase, consistente no equilíbrio dinâmico entre os seres vivos e meio em que vivem¹⁹.

Está por consiguiente formado por el aire, la atmósfera, el agua, el suelo, el subsuelo, la fauna, la flora y la biodiversidad²⁰. Comprende los elementos naturales del medio ambiente más comúnmente conocidos por las personas en general. Consecuentemente sus elementos poseen una mayor visibilidad fáctica adquiriendo elevada disciplina jurídica²¹.

Las primeras normas ambientales dieron un enfoque utilitarista de la naturaleza en la medida en que era considerada como un bien

¹⁹ FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. 9. ed. São Paulo: Saraiva 2008, p. 20.

²⁰ Dentre os recursos naturais, encontram-se o da biodiversidade, que segundo o art. 2º da Convenção sobre a Diversidade Biológica é a “variabilidade de organismos vivos de todas as origens, compreendendo, dentre outros, os ecossistemas terrestres, marinho e outros ecossistemas aquáticos e os complexos ecológicos de quem fazem parte; compreendendo ainda a diversidade dentro de espécies, entre espécies de ecossistemas” (LEUZINGER, Márcia Dieguez; CUREAU, Sandra. *Direito ambiental*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 5).

²¹ BARROS, Wellington Pacheco. *Curso de direito ambiental*. 2. ed. São Paulo; Atlas, 2008, p. 124.

inagotable²². Nunca habría el hombre imaginado que el agua, las plantas, o el aire, en fin, los bienes naturales podrían tornarse escasos.

Es de concluir que el medio ambiente natural sirve de base para las demás dimensiones ambientales. Sin embargo nunca se debe olvidar el tener a la naturaleza como matriz para otras vertientes del medio.

1.1.2. MEDIO AMBIENTE ARTIFICIAL

El ambiente artificial, consonante según Fiorillo (2008), es comprendido como “pelo espaço urbano construído, consistente no conjunto de edificações (chamado espaço urbano fechado), e pelos equipamentos públicos (espaço urbano aberto)”²³. Su estudio se retrotrae al inicio de la vida humana y de la consecuente necesidad de la naturaleza de adecuarse a la convivencia entre los hombres. Dice Seguin (2006):

O Meio Ambiente Artificial começa quando o homem pré-histórico aprisiona um volume espacial, dentro das cavernas, para fugir da imensidão dos espaços abertos, protegendo-se das intempéries e das feras. Desta adaptação da natureza às necessidades humanas surge o Meio Ambiente Construído ou Artificial, onde as relações sociais se desenvolvem²⁴.

²² SÉGUIN, Elida. *O direito ambiental: nossa casa planetária*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 20.

²³ FIORILLO, ob. cit., p. 21.

²⁴ SÉGUIN, ob. cit., p. 21

En una forma resumida, “o meio ambiente artificial é aquele estruturado através da cidade e a possibilidade de nela se viver com qualidade de vida, contexto que é disposto através da lei”²⁵.

Un cuestionamiento interesante a pesar de la tridimensionalidad del medio ambiente reposa en el hecho de que el ambiente cultural no ha sido en un primer momento artificial o viceversa existiendo así redundancia de los aspectos. Fundamentalmente como ya se ha resaltado la referida división es jurídica; aún existiendo una base común las dimensiones están sujetas a un régimen jurídico diferenciado (microbien). Por ello es que viene aumentando el número de adeptos con una visión integradora del ambiente (macrobien)²⁶.

1.1.3. MEDIO AMBIENTE LABORAL

El medio ambiente laboral es el lugar donde se desarrolla buena parte de la vida del trabajador cuya calidad de vida está por consiguiente en íntima vinculación con la calidad de este ambiente. En el entender de José Afonso da Silva (2007), es un ambiente que se inserta en el artificial mereciendo un tratamiento especial²⁷⁻²⁸.

²⁵ BARROS, ob. Cit., p. 144.

²⁶ SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 22.

²⁷ Ibidem, p. 22.

²⁸ Na lição de Barros, “o homem passou a integrar plenamente o meio ambiente no caminho para o desenvolvimento sustentável preconizado pela nova ordem ambiental mundial; consequência disto é a consideração de que o meio ambiente do trabalho

A pesar de la preocupación respecto al medio ambiente en general, recientemente se ha reportado el surgimiento en la sociedad de masa de un fenómeno observado en la segunda mitad del siglo XVIII que es la presencia de problemas relacionados a la salud del trabajador que sin embargo son muy antiguos teniendo origen en el período greco- romano²⁹.

Se ha encontrado que el medio ambiente laboral es consecuencia del derecho a la salud que se revela en las Constituciones modernas como derecho fundamental del trabajador³⁰. Acerca del tema la Convención n. 148 de la Organización Internacional del Trabajo – OIT regula al medio ambiente laboral al disponer sobre contaminación del aire, ruido, vibraciones etc., teniendo la posibilidad cada Estado-miembro en el momento de su ratificación verificar la compatibilidad de acuerdo con el orden local.

En la doctrina laboral, Barros (2008) explica que “a utilização de procedimentos, substâncias ou materiais que exploram os trabalhadores a esses riscos, deverá ser comunicada à autoridade competente, que

também faz parte do conceito mais amplo de ambiente, de forma que deve ser considerado como bem a ser protegido pelas legislações para que o trabalhador possa usufruir de melhor qualidade de vida” (BARROS, ob. cit., p. 145-146).

²⁹ FIORILLO, ob. cit., p. 339.

³⁰ Carlesso defende que o meio ambiente do trabalho ecologicamente equilibrado é um direito fundamental não só dos empregados (que mantêm vínculo formal de emprego, de acordo com o art. 3º da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT), mas de todos os trabalhadores. Aponta que deve ser buscada uma solução que não distinga duas classes de seres humanos, quais sejam, “os que têm direito a um ambiente digno preservando sua saúde e segurança e aqueles que, não tendo a mesma sorte de estarem vinculados sob subordinação, podem ficar sujeitos a toda sorte de agravos sem direito à intervenção estatal protetiva desses mesmos bens” (CARLESSO, Luciano Arlindo. Direito humano a um meio ambiente de trabalho ecologicamente equilibrado: um direito de todos os seres humanos trabalhadores. *Revista LTr*, v. 72, n. 2, fev. 2008, p. 209-219).

poderá autorizá-las com cautela ou proibi-las, fixando limites de exposição”³¹.

Aún en la misma línea se manifiesta Séguin (2006) en el sentido de que el medio ambiente laboral “faz a relação entre a ocupação do indivíduo e as doenças decorrentes dos riscos ambientais assumidos no processo de produção, objetivando preveni-las, com a utilização de recursos da engenharia e da medicina, preservando o Meio Ambiente e a saúde do trabalhador”³².

Como se vé el ambiente laboral está vinculado a la cuestión de la seguridad y salud del trabajador reflejándose en los grados de peligrosidad e insalubridad conforme a la legislación específica de cada país.

La discusión en torno al medio ambiente laboral, entretanto, no viene ocupando la debida importancia entre los operadores del derecho laboral toda vez que el discurso se centra en la visión patrimonialista del ambiente. Como forma de intentar revertir tal contexto, explica Carlesso (2008):

A dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho, os princípios informativos da atividade econômica e da ordem social, e o próprio direito à saúde e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado são argumentos recorrentes que

³¹ BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. ed. São Paulo: LTr, 2007, p. 1025.

³² SÉGUIN, ob. vit., p. 43.

são lançados na tentativa de sensibilizar todos os operadores do direito do trabalho para mudar o enfoque tradicional, de cunho essencialmente patrimonialista-reparador³³.

Los trabajadores y sus entidades representativas así como los órganos de fiscalización precisan tener prácticas educativas y preventivas a fin promover resistencia a los procesos productivos degradantes del medio ambiente y consecuentemente de la dignidad humana.

1.1.4. MEDIO AMBIENTE CULTURAL

En una forma objetiva cultura es toda modificación que el hombre hace en la naturaleza con algún propósito. Pero cuando se trata de un medio ambiente cultural su definición es diferenciada. Según Séguin (2006):

É constituído do patrimônio artístico, histórico, turístico, paisagístico, arqueológico, espeleológico e cultural, que englobam os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos (...)³⁴.

³³ CARLESSO, ob.cit., p. 209-219.

³⁴ SÉGUIN, ob. cit., p. 37.

Es menester percibir la grandeza del concepto de ambiente cultural lo que implica una protección jurídica amplia. El establecimiento de los vínculos con las diferentes fases culturales relacionadas con las generaciones humanas hace nacer un patrimonio cultural³⁵⁻³⁶.

Observa Mancuso (2004) que “parece que há certa aproximação ou interação entre os conceitos de patrimônio ambiental e patrimônio cultural, se interpretados um tanto à larga, como é desejável em tema de tutela de interesses difusos”³⁷.

Es interesante destacar a Barros (2007), quien expresa que en manera diferente al medio ambiente natural que es (*ser*), el ambiente natural en su antología no necesita de ningún tipo de interacción del Estado mientras que el ambiente cultural para adquirir el referido *status* necesita de la declaración del Poder Público. Así, el medio ambiente cultural *debe ser*³⁸.

Acerca de la concepción cultural de los bienes ambientales, José Afonso da Silva (2007) resalta la importancia de reflejar el sentido de lo humano, su valor colectivo y la visión unitaria del ambiente en todos sus aspectos. Entretanto, advierte el autor “o risco de perdermos o sentido da Natureza como *natura*, o risco de cairmos em um ambientalismo abstrato,

³⁵ MACHADO, ob. cit., p. 916.

³⁶ Leuzinger e Cureau explicam que existe um vínculo estreito entre patrimônio e identidade culturais. Segundo as autoras, “falar de patrimônio cultural é falar de valores e sua conservação ou de sua degradação são significativas da atitude das sociedades em relação à sua própria história e aos seus próprios valores culturais” LEUZINGER; CUREAU, ob. cit., p. 123.

³⁷ MANCUSO, Rodolfo e Camargo. *Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, patrimônio cultural e dos consumidores (Lei 7.347/85 e legislação complementar)*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 173.

³⁸ BARROS, ob. cit., p. 143.

formal (...)"³⁹. Por ello la naturaleza con sus leyes estables ha de ser considerada como una importante referencia o sea un punto de partida.

Es relevante destacar la dimensión pluralista que debe ser dada al medio ambiente cultural habida cuenta que cada grupo social tiene realidades distintas debiendo tal hecho ser considerado tanto por el legislador al elaborar las normas infra constitucionales como por el aplicador pues se debe respetar la autonomía de los patrones culturales locales cuando se trata en especial de las disposiciones constitucionales del art. 225 que dicen en relación a la caza, la pesca y la fauna⁴⁰.

Se percibe pues que el patrimonio cultural revela la historia de un pueblo, su formación, la cultura, en fin, trata de los elementos que constituyen su ciudadanía.

1.1.5. LA DEFINICIÓN DE MEDIO AMBIENTE EN EL DERECHO BRASILEIRO

El art. 3º, inc. I, de la Ley n. 6.938\81 (Política Nacional del Medio Ambiente) trae la definición legal de medio ambiente en el derecho brasilero correspondiendo “ao conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas”.

³⁹ SILVA, ob. cit., p. 23.

⁴⁰ CASTILHO, Ela Wiecko V. de; CASTILHO, Manoel Lauro V. de. A diversidade cultural no conceito constitucional de meio ambiente. In: CARLIN, Volnei Ivo (org.) *Grandes temas de direito administrativo*; homenagem ao Professor Paulo Henrique Blasi. Campinas: Millenium, 2009, p. 230-231.

Por la lectura del dispositivo se constata que el legislador no menciona sólo el medio ambiente natural. Al crear su definición legal se visualiza que todos los aspectos de orden físico, químico y biológico relativos a la vida en general están incluidos en el medio ambiente. Según Rodrigues (2005):

Não retrata apenas a ideia de espaço, de simples ambiente, mas pelo contrário, vai além, para significar, ainda, o conjunto de relações (físicas, químicas e biológicas) entre os fatores vivos (bióticos) e não vivos (abióticos), ocorrentes nesse ambiente e que são responsáveis pela manutenção, abrigo e regência de todas as formas de vida existentes nesse ambiente⁴¹.

Aún sobre la temática Mirra (1994) resalta la amplitud de la definición de medio ambiente conferida por la Ley n. 6.938\81 al cubrir al medio natural, el cultural y el artificial. O sea, la mejor interpretación para el medio ambiente y aquella que le confiere el máximo de protección de los elementos y factores debiendo ser vinculados en *lato sensu*⁴².

La Constitución de la República Federal de Brasil de 1988, trató de la cuestión ambiental en varios momentos teniendo como núcleo el art. 225 cuando invoca la “calidad de vida saludable”. Por consiguiente el concepto de medio ambiente dado por el art. 3º de la ley que establece la

⁴¹ RODRIGUES, ob.cit., p. 65.

⁴² MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Fundamentos de direito ambiental no Brasil. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 7, p. 170-179, 1994, p. 180.

Política Nacional de Medio Ambiente fue recepcionado por la Carta Magna en la medida en que el constituyente originario buscó tutelar no sólo al medio ambiente natural sino también al artificial, al cultural y al laboral⁴³.

Al analizar el art. 3º de la Ley n. 6.938\81 en conjunto con el art. 225 de la Constitución de la República Federal de Brasil de 1988, son compatibles con la tesis defendida por Leite (2008) al aseverar que el ordenamiento jurídico patrio adoptó el antropocentrismo extendido⁴⁴, o sea, ya no limitado al ser humano “porque considerou o ambiente como bem de uso comum do povo, atribuindo-lhe inegável caráter de macrobem”⁴⁵.

Por ello al defenderse el antropocentrismo, (que puede ser económico-céntrico o antropocéntrico extendido) se dice que la ética debe estar centrada y dirigida a los hombres: al tratarse de la ecología profunda, la ética y en torno a los animales (zoocentrismo) o de todas las formas de vida (biocentrismo).

Como se vé depende de la visión adoptada acerca de la concepción de medio ambiente (antropocéntrica o de ecología profunda), la repercusión del referido posicionamiento es enorme no sólo para el

⁴³ FIORILLO, ob. cit., p. 19.

⁴⁴ Benjamim prefere chamar de antropocentrismo mitigado ou reformado, como forma de abrandamento do antropocentrismo tradicional. BENJAMIN, Antonio Herman. A natureza no direito brasileiro: coisa, sujeito ou nada disso. In: CARLIN, Volnei Ivo (org). *Grandes temas de direito administrativo: homenagem ao professor Paulo Henrique Blasi*. Campinas: Millennium, 2009, p. 56

⁴⁵ LEITE, José Rubens Morato. Sociedade de risco e Estado. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (orgs.). *Direito constitucional ambiental brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 141.

Derecho sino para varias ramas del conocimiento. A pesar de la importancia de la discusión sobre el tema se entiende que los animales no humanos y la naturaleza en general ya están amparados en la tutela jurídica del medio ambiente en los moldes previstos por la Carta Magna y por la legislación específica.

Es igualmente importante destacar que la definición del medio ambiente en el derecho brasileiro prevista inicialmente en la Ley n. 6.938\81, y amparada en la Constitución de 1988 y tan solo según Barros (2007), “emoldural”, necesita de contornos más nítidos⁴⁶. Se revela pues como un concepto jurídico indeterminado⁴⁷ creando un espacio positivo de incidencia de la norma⁴⁸⁻⁴⁹.

⁴⁶ BARROS, ob. cit., p. 123.

⁴⁷ Sobre os conceitos jurídicos indeterminados, Lamy explica que “todos os conceitos revelam uma zona fixa (um núcleo) e uma zona periférica. No domínio do núcleo conceitual são estabelecidas as certezas; onde se inicia a zona periférica, as dúvidas começam. A doutrina, debruçando-se sobre este problema, identifica-se como *indeterminados* quando suas zonas periféricas apresentam-se de forma extensa e difusa, e as zonas nucleares de forma reduzida (assim ocorre, em nosso sistema, v. g., com *notória especialização, notável saber, significativa degradação do meio ambiente, conduta irrepreensível etc.*)”. E continua, ao dispor que “diante de qualquer conceito jurídico indeterminado, apesar de sua indeterminação, há sempre uma zona de certeza negativa (o que não é) e positiva (o que é) onde é possível o controle para afastar as interpretações e aplicações incorretas, embora sempre permaneça uma zona de penumbra, de incerteza, que é insindicável” (LAMY, Marcelo. Conceitos indeterminados: limites jurídicos de densificação e controle. *Revista Internacional d' Humanitats*, v. 11, p. 43-58. CEMOrOCFeusp \ Núcleo de Humanidades ESDS \ Univ. Autônoma de Barcelona, 2007, p. 43-44).

⁴⁸ Há uma estreita ligação entre conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa, uma vez que, muitas vezes, o órgão administrativo deve lançar mão da discricionariedade para preencher o conteúdo dos conceitos indeterminados. Ao fazer o estudo comparado do tema entre o Brasil e a Alemanha, Krell explica que o direito brasileiro “a teoria dos conceitos jurídicos indeterminados pode bem servir como instrumento para a melhoria da sistematização do controle da discricionariedade” Ou seja, são institutos que não se confundem. Já no direito alemão, boa parte da doutrina atual “já não aceita mais uma diferença substancial entre os fenômenos da discricionariedade e dos conceitos jurídicos indeterminados” (KRELL, Andreas J. *Discricionariedade administrativa e proteção ambiental: o controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais - um estudo comparativo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 33-37).

Afirmar que el medio ambiente es un concepto jurídico indeterminado significa decir que cabe al intérprete el llenar su contenido, ya que sus elementos y factores están en constante transformación, de impronta meramente ejemplificativa. Hasta porque el “bem ambiental e dinâmico, envolvendo sempre novas conformações, como, por exemplo, as novas tecnologias, tais como os OGMs”⁵⁰. El concepto, de esta forma, debe ser abierto y promover una dimensión integrativa del ambiente. Se verifica pues que es inevitable una zona periférica gris en torno de su definición.

El concepto de medio ambiente patrio no se reduce sólo al natural conforme lo verificado en la legislación específica, resta saber como el constituyente trató las referidas dimensiones en el orden jurídico magno. De acuerdo con Bulos (2007), la Ley Mayor distribuyó la materia ambiental en cuatro partes distintas (microbienes) a pesar de existir entre ellas una interdependencia de intenciones (macrobien). La primera cuida del medio ambiente natural o físico (tierra, agua, aire, flora, fauna biodiversidad); en un segundo momento trata del medio ambiente cultural (patrimonios históricos, artísticos, paisajísticos, arqueológicos, y turísticos); la tercera regula el medio ambiente artificial (patrimonio urbano

⁴⁹ Fiorillo resalta que “o termo meio ambiente é um conceito jurídico indeterminado, cabendo, dessa forma, ao intérprete o preenchimento do seu conteúdo” (ob. cit., p. 20).

⁵⁰ LEITE, José Rubens Morato; FERREIRA, Maria Leonor Paes Cavalcanti Ferreira. As novas funções do direito administrativo em face do Estado do Direito Ambiental. In CARLIN, Volnei Ivo (org) *Grandes temas de direito administrativo: homenagem ao Professor Henrique Blasi*. Campinas: Millenium, 2009, p. 439.

construido – edificaciones y equipamientos públicos); y finalmente el medio ambiente laboral⁵¹.

El medio ambiente natural fue regulado por el constituyente en forma mediata en el art. 225, *epígrafe*, e inmediata, en el § 1º, incisos I, II, III y VII, del mismo art. 225.

Ya el medio ambiente artificial tiene tratamiento constitucional no sólo en el art. 225 sino también en el art. 182, al reglamentar el capítulo referente a política urbana; en el art. 21, XX, que dispone sobre competencia material de la Unión para instituir directrices para el desarrollo urbano; así como en el art. 5º, XXIII, entre otros⁵².

El concepto de medio ambiente cultural se encuentra en el art. 216 en la Constitución de la República Federal de Brasil de 1988, tratando sobre los “bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira”⁵³. El patrimonio cultural según Machado (2002), “é recebido sem o mérito da geração que o recebe, mas não continuará a existir sem seu apoio”. Debe ser llevado a buen término por la generación presente sin perjudicar a generaciones futuras para que puedan gozar también de él⁵⁴.

⁵¹ BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal anotada*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 1261.

⁵² Legislação importante referente ao meio ambiente artificial é o Estatuto da Cidade (Lei n. 10.257\2001).

⁵³ Oportuno o entendimento de Machado, ao asseverar que “o fato de existir na Constituição da República um conjunto de normas sobre o patrimônio cultural não garante, por si só, sua sustentabilidade; mas não deixa de ser um potente farol para guiar a ação dos poderes públicos e da sociedade civil” (ob. cit., p. 918).

⁵⁴ MACHADO, ob. cit., p. 918.

En lo que concierne al medio ambiente laboral, Fiorillo (2008) explica que la regulación constitucional está hecha en dos niveles: “la protección inmediata (art. 200, VII) y la mediata (art. 225, *epígrafe*, IV, VI y § 3º)”^{55,56}. El autor también trata en el art. 7º, XXII y XXIII⁵⁷, de la Constitución de la República Federal de Brasil de 1988, dispositivos que abordan la salud y la seguridad laboral aún previendo adicionales en la remuneración para aquellos que realizan sus actividades en ambientes con tales características⁵⁸.

Las disputas laborales que involucran el ambiente de trabajo han sido cada vez más frecuentes llevando a la doctrina a hablar inclusive de huelga ambiental⁵⁹ como instrumento de autodefensa conferido al empleado para reclamar la salubridad del ambiente laboral a fin de

⁵⁵ FIORILLO, ob. cit., p. 339-340.

⁵⁶ “Art. 200. Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei:

(...)

VIII – colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o direito do trabalho.

⁵⁷ “Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social;

(...)

XXII – redução dos riscos inerente ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança;

XXIII – adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei.”

⁵⁸ FIORILLO, ob. cit., p. 340.

⁵⁹ Por conta do art. 114, da Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, com nova redação dada pela Emenda Constitucional n. 45, de 8 de dezembro de 2004, houve um aumento da competência material da Justiça do Trabalho. Assim, ainda reforçada pelo art. 81, parágrafo único, I, II, III, da Lei n. 8.078\90, bem como pela Lei n. 7.347\85, compete à justiça trabalhista conciliar, processar e julgar as demandas que envolveram trabalhadores, inclusive, no que concerne ao direito de greve, não obstante seja o fator causador. Ou seja, greves ambientais devem ser julgadas pela referida justiça especializada.

garantizar su derecho fundamental a la salud y al medio ambiente ecológicamente equilibrado⁶⁰.

A pesar de que la mayoría de la doctrina jusambiental brasilera defiende que el concepto jurídico de bien ambiental no se reduce al natural se debe tener bastante cautela en la efectividad del derecho ambiental, rama que aún está en faz de maduración científica. Jurídicamente parece que todo el medio ambiente es de contenido esencial como derecho fundamental ya que todo termina vinculándose de una forma u otra con la calidad de vida saludable

1.6. BIEN AMBIENTAL

Bien ambiental es definido constitucionalmente por el art. 225, *epígrafe*, como de uso común del pueblo y esencial para la calidad de vida de las presentes y futuras generaciones. Bien de uso común del pueblo consiste en el bien que puede ser disfrutado por toda y cualquier persona dentro de los límites de la propia Constitución Federal además de esto tenemos los bienes esenciales para la calidad de vida saludable, son los bienes fundamentales para garantizar la dignidad de la persona humana o sea tener una vida saludable es tener una vida con dignidad.

Esta nueva concepción de bien ambiental sólo fue hecha por la Constitución de la República Federal de Brasil de 1988 pues los

⁶⁰ FIORILLO, ob., p. 345.

ordenamientos anteriores siempre le dieron tratamiento por el régimen de derecho público pues hasta entonces los bienes ambientales eran definidos por el Código Civil como bienes de la Administración.

Lo que se observa es que hasta la promulgación de la Constitución de la República Federal de Brasil de 1988 sólo había dos especies de bienes, los bienes de naturaleza pública y los bienes de naturaleza privada, los bienes ambientales fueron tratados como deben serlo como bienes de naturaleza difusa pues se trata de bienes inherentes al ser humano para la calidad de vida esencial del mismo, bienes indispensables, o sea, especie de bienes que no pertenecen al Estado como el bien público y no son susceptibles de apropiación por un particular como el bien privado.

De acuerdo con el profesor Rodrigues (2005),⁶¹ se tiene que:

[...] o art. 225 cuida dos bens de natureza difusa e não de bens públicos. Essa conclusão se dá pelo fato de que, como já tivemos oportunidade de mencionar, tanto o bem previsto no artigo 225, quanto aqueles arrolados nos supra citados inciso do art. 20 da Carta Magna (assim como quaisquer outros que possuam natureza ambiental) eram, até o advento do CDC, encartáveis sob o rótulo de bens públicos [...] Portanto, vislumbram no nosso ordenamento jurídica a existência de três distintas categorias de bens: público, privado e difuso. |

⁶¹RODRIGUES, Marcelo Abelha. Instituições de direito ambiental. São Paulo: Max Limoad, 2005, p. 244.

En cuanto a la naturaleza jurídica de bien del ambiente o bienes ambientales como prefiere decir la doctrina ambiental dominante no existen divergencias. Se trata de un bien difuso, un bien protegido por un derecho que tiene como propósito el asegurar un interés más allá de lo individual, de naturaleza indivisible del cual son titulares personas indeterminadas.

Así, la Constitución de la República Federal de Brasil de 1988 por medio de su artículo 225 asegura a todos los brasileros y extranjeros residentes en el país el uso de una tercera especie de bien, el ambiental, bien de naturaleza difusa, o sea, más allá de lo individual e indivisible, estando limitado constitucionalmente para sólo uso, teniendo por lo tanto carácter totalmente distinto al de las otras especies de bienes conocidos hasta entonces.

1.7. CONCEPTO DE DERECHO AMBIENTAL

Con el desarrollo industrial y el crecimiento urbanístico surgió la necesidad de creación de una rama de derecho específica en protección del medio ambiente que se considera como la del derecho difuso y colectivo esencial para la supervivencia del ser humano.

Principalmente luego de los años 60 en el siglo XX, además de las preocupaciones antropocéntricas el derecho pasó a preocuparse por la naturaleza, los animales, la contaminación y el desarrollo en forma

sustentable mezclando varias ciencias como la Ecología, la Biología, la Antropología e incluyendo también otras áreas del derecho, Derecho Penal, Derecho Constitucional, Derecho Administrativo, Derecho Civil, entre otras para así alcanzar el objetivo único de protección al ambiente.

De acuerdo con Machado (2002)⁶² :

Nosso ambiente está ameaçado, o Direito deve poder vir em seu socorro, imaginando sistemas de prevenção e reparação, adaptadas a uma melhor defesa contra as agressões da sociedade moderna [...] não é surpreendente que o Direito seja um Direito do ambiente seja um Direito de caráter horizontal, que recubra os diferentes ramos clássicos do Direito [...]

Por lo tanto, el derecho ambiental es un derecho autónomo transversal que presenta normas y principios propios interconectando todas las áreas del derecho y de otras ciencias buscando regir las relaciones entre los hombres y la naturaleza y garantizando que la explotación de los recursos naturales sea hecha en forma ordenada para preservar el ambiente para las generaciones actuales así como para las generaciones futuras instituyendo instrumentos jurídicos de reparación, prevención, monitoreamiento, participación e información.

De hecho en Brasil tuvo inicio una preocupación taxativa con elementos constitutivos circundantes de materia estatal sobre el medio

⁶² MACHADO, Paulo Afonso Leme. *Direito Ambiental brasileiro*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. P. 91.

ambiente que fue introducida en el ordenamiento jurídico brasileiro posibilitando tornar al derecho ambiental en una ciencia autónoma.

Además de ésto, la Rio-92 sacramentó la preocupación mundial con respecto al problema ambiental reforzando principios y reglas para combatir la degradación ambiental del documento titulado “Agenda 21” el cual consolida la directriz del desarrollo sustentable.

1.2. MEDIO AMBIENTE EN EL DERECHO INTERNACIONAL

En el ámbito de la Teoría General del Estado la soberanía y el territorio aparecen como elementos constitutivos del Estado⁶³. En lo enseñado por Dallari (2007):

(...) a ordem jurídica estatal, atuando soberanamente em determinado território, está protegido pelo princípio da impenetrabilidade, o que significa reconhecer ao Estado o monopólio de ocupação de determinado espaço, sendo impossível que no mesmo lugar e ao mesmo tempo convivam duas ou mais soberanias⁶⁴.

⁶³ Para a teoria clássica, desde a sua primeira abordagem pela doutrina alemã até sua generalização posterior, são três os elementos que constituem o Estado: soberania, território e povo (SOARES, Mario Lúcio Quintão. *Teoria do Estado: novos paradigmas em face da globalização*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 88). No entendimento de alguns autores, como Dallari, há, ainda, um quarto elemento que seria a finalidade (DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria Geral do Estado*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p.72).

⁶⁴ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 90.

Sin embargo no se puede representar al referido elemento en forma absoluta en manera de aislar al Estado. Las políticas neoliberales, la globalización y la problemática ambiental son fenómenos que imponen una relectura del propio concepto de Estado. El daño ambiental producido en un territorio según Teixeira (2006)⁶⁵, puede ultrapasar sus fronteras generando así contaminación en otros Estados o en espacios internacionales. Ésto se debe al hecho de que la atmósfera es una unidad global no reconociendo las barreras creadas por el hombre. Ante ésto es que Shaw (2003)⁶⁶ sustenta que es indiscutible la cooperación entre los Estados soberanos para que se pueda combatir la contaminación transfronteriza. Por consiguiente se pasa por una crisis de gobernabilidad del medio ambiente en el mundo contemporáneo conforme observa Leis (1999):

Os processos transnacionalização tendem a esvaziar simultaneamente os espaços domésticos e o sistema internacional, à medida que os Estados-nações perdem sua importância tradicional para intervir nos fenômenos em curso. Precisamente, os fenômenos da transnacionalização supõem o movimento de bens, informações ideias, fatores ambientais e pessoas, através das fronteiras nacionais, sem uma

⁶⁵TEIXEIRA, Orci Paulino Bretanha. *O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 30- 31.

⁶⁶ SHAW, Malcolm N. *International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003, p. 771.

participação ou controle importante dos atores governamentais⁶⁷.

En este sentido, la tutela del medio ambiente gana espacio relevante en el ámbito internacional exigiendo cada día más deberes y obligaciones de los Estados en lo que concierne a la protección ambiental⁶⁸.

1.2.1. LA CONFERENCIA DE ESTOCOLMO Y EL MEDIO AMBIENTE COMO DERECHO HUMANO

En todo el mundo se tomó conciencia de que las acciones antrópicas demuestran riesgos indiscutibles para la comunidad de un medio ambiente ecológicamente equilibrado lo que llevó a los Estados- nación a buscar alternativas para reducir la emisión de gases de efecto invernadero (GEO) como una de las acciones para la conservación del medio ambiente⁶⁹.

⁶⁷ LEIS, Héctor Ricardo. *A modernidade insustentável: As críticas do ambientalismo à sociedade contemporânea*. Petrópolis, Florianópolis: Vozes, UFSC, 1999, p. 19.

⁶⁸ Trindade destaca que a humanização das questões ambientais resulta em um “processo de internacionalização” da proteção, tanto do direito ao ambiente quanto da proteção aos direitos humanos (TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Direitos humanos e meio ambiente: paralelo dos sistemas de proteção internacional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 38-39.

⁶⁹ O problema ambiental que mais tem causado polêmica nos últimos tempos é o aquecimento global. O fenômeno ocorre quando gases de efeito estufa (GEE) se acumulam na atmosfera terrestre e impedem que os raios solares sejam refletidos de volta para o espaço. A queima de combustíveis fósseis lança ainda mais esses gases na atmosfera, contribuindo para aumentar a temperatura, o que pode gerar desequilíbrios climáticos e causar, dentre outros, inundações, secas, furacões, extinção de espécies animais e vegetais, além de desencadear enormes prejuízos sócio-econômicos para as sociedades de todo planeta (BARBOSA, Ragel; OLIVEIRA, Patrícia. O princípio do

Ante la existencia de un interés común de la humanidad en relación a las cuestiones ambientales globales, la Asamblea General de las Naciones Unidas – ONO convocó en 1972 a un encuentro mundial acerca del ambiente humano: la Conferencia de Estocolmo. Se trata según Silva (2002), del “ponto de partida do movimento ecológico, muito embora a emergência dos problemas ambientais tenha sido bem anterior”⁷⁰.

La Declaración de Estocolmo, editada en julio de 1972, estableció que el hombre tiene el derecho fundamental a la vida saludable en un ambiente de calidad, o sea, derecho a la vida digna como bienestar. Además de ésto, es la primera vez que el medio ambiente saludable goza de protección como un derecho humano⁷¹. En el entender de Capella (1994), en ocasión de este instrumento el medio ambiente es equiparado a la libertad o a la igualdad, ambos derechos fundamentales siendo además un derecho inalienable en pro de las presentes y futuras generaciones⁷².

poluidor-pagador no Protocolo de Quioto. *Revista de Direito Ambiental*. a. 11. n. 44, p. 112-132, out.\nov., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 113).

⁷⁰SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento. *Direito ambiental internacional: meio ambiente, desenvolvimento sustentável e os desafios da nova ordem mundial*. 2. ed. Rio de Janeiro: Thex, 2002, p. 27.

⁷¹FERRARA; FRACCHIA; RASON, ob. cit., p. 10-11.

⁷² CAPELLA, Vicente Bellver. *Ecología: de las razones a los derechos*. Granada: Comares, 1994, p. 194.

Además en la oportunidad fue creado el Programa de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente – PNEUMA, estableciendo así los principios que objetivan la protección del medio ambiente⁷³.

Se manifiesta Medeiros (2004) el sentido de que a partir de la Convención de 1972, “as nações passaram a compreender que nenhum esforço, isoladamente, seria capaz de solucionar os problemas ambientais do Planeta”⁷⁴. El nuevo paradigma llevó a la humanidad a no considerar al medio ambiente ecológicamente equilibrado como una cuestión local sino como de ámbito global o planetario⁷⁵.

Es importante resaltar que antes de Estocolmo la mayoría de los tratados internacionales en materia ambiental tenían como objetivo defender los intereses económicos y comerciales (visión económico-centrista), considerando las más variadas especies de fauna y flora como simples mercaderías y no para la protección de un ecosistema equilibrado⁷⁶.

Por lo tanto a partir de Estocolmo se intensifica la actividad diplomática de los Estados tomando en cuenta la presión de la opinión pública interna cada vez más consiente de los desequilibrios ambientales en el ámbito local de los respectivos Estados y consecuentemente de la

⁷³ CALSING, Renata de Assis. *O Protocolo de Quioto e o direito ao desenvolvimento sustentável*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005, p. 35-36.

⁷⁴ MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura de. *Meio ambiente: direito e dever fundamental*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 44.

⁷⁵ TEIXEIRA, ob. cit., p. 32.

⁷⁶ Silva salienta que o I Congresso Internacional para a Proteção da Natureza, realizado em Paris, em 1923, “representa o primeiro passo importante no sentido de abordar o problema no seu conjunto”. Aborda, ainda, o caráter meramente econômico dos tratados de proteção de algumas espécies, como o acordo de pesca sobre focas e baleias (SILVA, ob. cit., p. 25).

esfera internacional en razón de las relaciones necesarias entre el medio ambiente local, nacional y global⁷⁷.

1.2.2. LA CONFERENCIA DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE EL MEDIO AMBIENTE Y DESARROLLO Y EL CONCEPTO DE DESARROLLO SUSTENTABLE

Posteriormente se realizó la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y Desarrollo en 1992 en Rio de Janeiro intitulada ECO-92⁷⁸. Como consecuencia fue firmada la Declaración de Río que expresó un nuevo concepto de desarrollo: el desarrollo sustentable⁷⁹.

Aún en la Cúpula de la Tierra fueron firmadas la Convención sobre Diversidad Biológica que “busca esencialmente la compatibilización entre la protección del patrimonio biológico y el desarrollo socio

⁷⁷ SOARES, Guido Fernando Silva. *Dieito internacional do meio ambiente: emergência, obrigações e responsabilidades*. São Paulo: Atlas, 2001, p. 37.

⁷⁸ A Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento ou Cúpula da terra (*Earth Summit*) – ECO-92 contou com a representação oficial de 178 países e a participação maciça da sociedade civil organizada em todo o mundo como o objetivo de discutir formas de conter a degradação mundial do meio ambiente e promover o desenvolvimento sustentável. Segundo Teixeira (2006), “a ECO-92 foi o ponto culminante do ambientalismo internacional com efeitos que não se esgotaram” (ob.cit., p. 32).

⁷⁹ Destaca Soares três consequências importantes visualizadas após a ECO-92, quais sejam: “a introdução do conceito de ‘sustentabilidade’, que passou a adjetivar todos os posteriores atos internacionais adotados após a ECO-92; a noção de futuridade, ou seja, as preocupações com as gerações futuras, e, tendo-se transformado em direito intergerencial, o Direito Internacional do Meio Ambiente passaria a dar ênfase especial ao princípio da prevenção, em reforço aos tradicionais princípios da reparação; e, por fim, o definitivo espraiamento da temática do meio ambiente, em todos os campos do Direito Internacional, selando as características de ser o Direito Internacional do Meio Ambiente uma verdadeira manifestação da globalidade de nossos dias” (SOARES, ob. cit., p. 37-38).

económico”⁸⁰, y la Convención sobre Cambios Climáticos⁸¹. Esta última establece metas y acciones para reducir la liberación no sólo de dióxido de carbono en la atmósfera sino de todos los gases de efecto invernadero (*greenhouse gases*) responsables por la elevación de la temperatura del clima terrestre⁸².

1.2.3. EL PROTOCOLO DE QUIOTO Y EL CALENTAMIENTO GLOBAL

En relación a la contaminación transfronteriza es importante destacar las emisiones de gases contaminantes conocidos como gases de efecto invernadero (GEE), que crean una especie de película entre la atmósfera terrestre y el espacio lo que imposibilita el reflejo de la irradiación, provocando así el calentamiento global.

Reconociendo la naturaleza global del cambio climático la Convención sobre el Clima afirma que es imperativa la cooperación internacional entre los Estados pero en forma diferenciada. Además de

⁸⁰ LANGE, Mario Bernadete Ribas. A conservação da natureza: conceito e breve histórico. In: RIOS, Aurélio Veiga, IRIGARAY, Teodoro Hugueney (org.). *O direito e o desenvolvimento sustentável*: curso de direito ambiental. São Paulo: Peirópolis, 2005, p. 22.

⁸¹ A Convenção-Quadro passou a integrar o ordenamento jurídico brasileiro por força do Decreto Legislativo n. I, de 3 de fevereiro de 1994, advindo a posterior promulgação pelo Decreto n. 2.652, de 1º de julho de 1988.

⁸² A fórmula do desenvolvimento sustentável foi enunciada pela primeira vez no Relatório Nosso Futuro Comum, também conhecido como Relatório Brundtland (1987), definindo-o como “Aquele que atende às necessidades do presente sem comprometer a possibilidade de as gerações futuras atenderem as suas próprias necessidades. Ele contém dois conceitos chaves: o conceito de ‘necessidades’, sobretudo as necessidades essenciais dos pobres do mundo, que devem receber a máxima prioridade; a noção das limitações que o estágio da tecnologia e da organização social impõe no meio ambiente, impedindo-o de atender as necessidades presentes e futuras”. (Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento. *Nosso futuro comum*. 2. ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1991, p. 46).

ésto las principales responsabilidades fueron imputadas a los países industrializados reconocidos expresamente en su art. 1º, como contaminantes.

En relación a los países en pleno desarrollo como es el caso de Brasil y Argentina se declara como legítimo su derecho a buscar su desarrollo económico y social. Entretanto no se podría imponer por lo menos en aquel momento la reducción de emisión de estas Naciones bajo pena de perjudicar la competitividad de sus productos además de aumentar los problemas socioeconómicos. Así los países en desarrollo fueron estimulados a aplicar nuevas tecnologías en la búsqueda de un desarrollo sustentable.

El 11 de diciembre de 1997, en la tercera reunión de la Conferencia entre las Partes (CoP3)⁸³, realizada en Kioto, Japón, fue firmado el Protocolo de Kioto⁸⁴, que prevé el compromiso de las partes en implementar y luchar por la salubridad con un conjunto de medidas objetivando asegurar el desarrollo limpio del planeta por medio de conductas que conforme al art. 3º, implicasen la reducción de la emisión de GEE, en por lo menos 5% por debajo de los niveles de 1990, en el período de compromiso de 2008 al 2012.

Es importante destacar que para que el protocolo entre en vigor 55 países deberían ratificarlo y además de ésto la suma de los niveles de

⁸³ Os debates foram iniciados na Alemanha pelo Grupo *Ad Hoc* do Mandato de Berlim, com o intuito de definir medidas de consenso sobre esforços a serem enviados para combater as alterações climáticas.

⁸⁴ O Protocolo de Quioto foi itegralizado ao sistema brasileiro por meio do Decreto Legislativo n. 144, de 20 de Junho de 2002.

emisiones de estos países debería alcanzar por lo menos el 55% de los niveles de emisiones verificados en 1990⁸⁵.

Entretanto, recién el 16 de febrero de 2005, el Protocolo entró en vigor, 90 días después de su firma por Rusia cuando entonces fue posible cumplir con los requisitos para tal en los términos del art. 25, convirtiéndose así de observancia obligatoria para los países signatarios que lo ratificaron⁸⁶.

Brasil se encuentra situado en el cuadro de los países en desarrollo o menos industrializados, sea en la Convención-Cuadro de Cambios Climáticos o en el del Protocolo de Kioto a pesar de no tener obligaciones en la reducción de Gases de Efecto Invernadero (GEE), viene desempeñando un importante papel en la implementación de metas en la defensa del medio ambiente y en el mercado de carbono, no sólo por el Poder Público sino por la sociedad en general por medio de Organizaciones No Gubernamentales y empresas privadas.

Finalmente se insta a destacar la preocupación en la mera comercialización de las Reducciones Certificadas de Emisiones (RCSr), regulando la protección ambiental a un segundo plano lo que desvirtuaría la principal finalidad propuesta por el Protocolo de Kioto que es la conservación de un medio ambiente saludable en sintonía con el desarrollo sustentable.

⁸⁵FUJIHARA, Marco Antônio; DUARTE, Leonardo Ciuffo. Iniciativas envolvendo créditos ambientais. *Revista Brazilian Business*, Rio de Janeiro: Amcham Brasil, n. 210, 2005, p. 28.

⁸⁶ Atualmente, são mais de 140 países signatários que ratificaram o Protocolo de Quioto em todo o mundo, correspondendo a 61,6% das emissões globais.

1.2.4. LA AGENDA 21 Y EL PRINCIPIO DE SOLIDARIEDAD

Otro resultado extraño de la ECO-92 fue la creación de la Agenda 21, oportunidad en que la comunidad internacional presentó un planeamiento destinado a solucionar los principales problemas ambientales que conforme la nomenclatura debería entrar para el siglo XXI⁸⁷. De acuerdo con Lange (2005):

A agenda está estruturada em quatro grandes temas: desenvolvimento, desafios ambientais que tratam da conservação e gestão dos recursos naturais, papel dos atores e dos grupos sociais na organização da sociedade humana e os meios de implantação das iniciativas e projetos que revelam os conflitos e os riscos da fragmentação social⁸⁸.

Se trata pues de un documento extenso que busca auxiliar a los Estados⁸⁹ con soluciones para las cuestiones de cambio climático, contaminación, tala de bosques, desertificación además de otros infortunios ambientales de cuño global. Prevé además el intercambio

⁸⁷ SILVA, ob. cit., p. 38-39.

⁸⁸ LANGE, ob. cit., p. 22.

⁸⁹ No âmbito da normatização infraconstitucional do meio ambiente, Zsögön explica ser provável que o primeiro instrumento tenha sido editado pelos Estados Unidos, por meio do *Clean Water Act, de 1948*, no período da administração de Truman, por conta da poluição dos rios. E, de forma mais recente, foi criado *The National Environmental Policy Act*, de 1970, intitulada de Lei Fundamental do Ambiente nos Estados Unidos (ZSÖNGÖN, Silva Jaquenod. *El derecho ambiental y sus principios rectores*. Madrid: Dykinson, 1991, p. 162).

tecnológico en la búsqueda de un cooperativismo internacional en la elaboración de políticas públicas en el siglo actual.

Además de los tratados y encuentros internacionales aquí destacados existen varios otros que tienen como objetivo la tutela específica de temas ambientales. En verdad el rol de los instrumentos internacionales sobre medio ambiente crece en forma latente⁹⁰.

En este sentido la comunidad internacional viene tratando de elaborar formas de concretizar una manera de desarrollo ecológicamente correcto como medio de estimular financiamientos económicos y de mercado conforme se ha verificado en las transacciones de crédito de carbono e implementación de la Agenda 21, en búsqueda de un desarrollo sustentable.

1.2.5. TENDENCIAS Y REFLEJOS ACERCA DEL MEDIO AMBIENTE EN EL DERECHO INTERNACIONAL

Las causas ecológicas, como se vé, no ocurren sólo en países pobres sin un planeamiento urbano adecuado. Muy por el contrario. Son varios los Estados-nación que están sufriendo las consecuencias por la falta de respeto a la naturaleza, aún sabiendo que muchas veces no contribuirían directamente para el impacto negativo al medio ambiente.

⁹⁰ VARELLA, Marcelo Dias. *Direito internacional econômico ambiental*. Belo horizonte: Del Rey, 2004, p. 63-66.

No importa si tan sólo un país tiene conciencia ambiental en la orientación de sus políticas públicas y de apoyo a la iniciativa privada. Es preciso que todos estén unidos y solidarios pues no existen fronteras cuando se trata de daño ambiental. No existe economía que soporte un desarrollo que no sea ecológicamente correcto.

No se puede ir contra el medio ambiente. Entretanto se debe considerar el actual régimen capitalista y globalizado. Los Estados precisan buscar formas de compatibilizar el desarrollo económico y social con el equilibrio ambiental hasta porque no existe riqueza de no existir vida. Y no existe vida de no existir planeta.

Ante esto, es preciso reflexionar acerca de la efectividad del derecho internacional público ambiental⁹¹. Cuando se trata de cuestiones ambientales no existe discusión en que quede limitado a una región, un Estado o un país. Es preciso que exista solidaridad de todos los Estados para superar los efectos de la crisis ambiental⁹².

Cada día aumenta el número de adeptos a un derecho planetario. A pesar de existir varios acuerdos internacionales ambientales, como se ha visto anteriormente la tutela jurídica internacional del medio ambiente

⁹¹ NEUFRAY, Jean-François. *Droit de l'environnement*. Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 35.

⁹² Aponta Ferrajoli que "(...) a crise dos Estados pode ser, portanto, superada em sentido progressivo, mas somente se for aceita sua crescente despotencialização e o deslocamento (também) para o plano internacional das sedes do constitucionalismo tradicionalmente ligadas aos Estados: não apenas as sedes da enunciação dos princípios, como já aconteceu com a Carta da ONU e com as Declarações e Convenções sobre direitos, mas também as de suas garantias concretas" (FERRAJOLI, Luigi. *A soberania no mundo moderno: nascimento e crise do Estado nacional*. Tradução de Carlos Coccioli: São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 53).

aún es frágil. Existe de acuerdo con Leis (1999), un fuerte impasse para tratar sobre la crisis ecológica global:

Esta crise está associada à anarquia do sistema internacional e à complementar inexistência de autoridades com poderes reais para assumir a responsabilidade da gestão dos bens naturais comuns da humanidade. A política internacional encontra-se dominada por autores (políticos e econômicos) orientados por uma realidade individualista e competitiva, que dificilmente poderiam encontrar motivos para colocar a cooperação acima do antagonismo dos interesses particulares⁹³.

Como se vé pueden ser leantados muchos cuestionamientos además de la eficacia de los instrumentos internacionales ambientales oriundos de una gobernabilidad global ambiental. ¿Existe el cumplimiento de los tratados? ¿En caso de violación del pacto existe la posibilidad de una sanción efectiva? ¿Hasta qué punto rige el principio de no intervención? La crisis ambiental global no provocaría su rediscusión⁹⁴.

Una idea sería la creación de un organismo internacional ambiental o de un tribunal ambiental internacional dentro de los moldes, por que no, del tribunal penal internacional. El problema (en verdad, el gran problema es que los Estados firmen y ratifiquen tal propuesta habida

⁹³ LEIS, ob, cit., p. 24.

⁹⁴ Observa, ainda, Leis que os desafios ambientais da governabilidade global podem ser vistos sobre três aspectos: "a perda da crescente soberania dos Estados-nações; a multiplicação de atos não estatais (ONGs e corporações econômicas); e a disseminação de novas tecnologias de comunicação (que permitem a geração de imagens e opiniões de forma quase instatânea em todo o planeta)" (LEIS, ob. cit., p. 229).

cuenta que sería crear un instituto contra ellos, en la medida en que los Estados se revelan como los grandes contaminantes). Pero la construcción de una ciudadanía planetaria podría forzar internamente a los Estados a tomar actitudes más efectivas así como la presión externa ejercida por países más conscientes con la complejidad ambiental. La temática es delicada pues involucra cuestiones atinentes a la soberanía, a la política y a los principios básicos del derecho internacional público. Queda aquí de todos modos para la reflexión.

1.3. MEDIO AMBIENTE EN LA LEGISLACIÓN INFRACONSTITUCIONAL BRASILEIRA

El extenso territorio brasileiro se refleja en gran variedad de aspectos con ecosistemas diferenciados además de población con hábitos y costumbres de hecho plurales. Cuán rico es el ambiente patrio hoy ya tan desgastado...Pero no siempre fue así. Es necesario reflexionar acerca de las raíces históricas aunque rápidamente para analizar su evolución en el ordenamiento infraconstitucional.

En Brasil la preocupación ambiental se remonta al inicio de la colonización. Se creía que los recursos naturales eran infinitos y renovables. Para Séguin, “os sucessivos ciclos oconômicos, baseados no extrativismo ou em monoculturas, desempenhavam papel decisivo no

desmatamento, na degradação e na postura brasileira de descaso ante as questões ambientais”⁹⁵.

Las primeras normas civiles y administrativas de cuño ambiental conforme observa Teixeira fueron importadas de Portugal, país que ya detentaba leyes ambientales por motivos económicos en virtud de la escasez de los bienes, en modo especial los no renovables como bosques, petróleo, etc⁹⁶.

Como Portugal estaba en el auge de su expansión marítima era conveniente la prohibición del corte deliberado de árboles frutales brasileiros habida cuenta que la madera era imprescindible para la construcción naval y consecuentemente para el desarrollo económico lusitano. Las referidas medidas fueron compiladas en las Ordenanzas Afonsinas y traídas al ordenamiento brasileiro⁹⁷.

Entretanto vale destacar que la primera ley forestal brasileira fue el “Regimento sobre o Pau-Brasil” que trajo innumerables reglas sobre la explotación, el corte y la venta de esta madera, inclusive con normas de cuño penal, erigidas por los legisladores portugueses como un bien común de los habitantes de aquella isla que en el caso sería Brasil⁹⁸.

⁹⁵ SÉGUIN, ob. cit., p. 9.

⁹⁶ TEIXEIRA, ob. cit., p. 45.

⁹⁷ Segundo Leite e Ferreira, “as Ordenações Afonsinas, por exemplo, proibiam o corte deliberado de árvores frutíferas, e as Ordenações Filipinas, por sua vez, protegiam as águas, punindo com multa quem jogasse material que a sujasse ou viesse a matar os peixes” (LEITE; FERREIRA, ob. cit., p. 430-431).

⁹⁸ WAINER, Ann Helen. *Legislação ambiental brasileira*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 24.

Por ésto el período colonial brasileiro es considerado el embrión del derecho ambiental patrio a pesar de las normas eran de naturaleza meramente económica⁹⁹. Regía, pues, el carácter utilitarista del medio ambiente a la luz del antropocentrismo clásico.

Durante la época imperial surgieron varios intelectuales y autoridades con iniciativas en defensa de lo ambiental. Como ejemplo se puede citar a Don João VI quien el 13 de junio de 1808 fundó el Jardín Botánico y posteriormente fue responsable por la plantación del Bosque de Tijuca, el bosque urbano más grande del mundo ¹⁰⁰.

Con la transición hacia el régimen republicano el medio ambiente pasó a ser tratado como una vertiente del derecho administrativo. Explica Morales (2006) que ésto se debe a que la implementación del medio ambiente “começou como regra secundária nas autorizações e licenças outorgadas, de forma a confundir a regra ambiental como mais um requisito ao licenciamento, como se fosse uma variante do Direito Administrativo”¹⁰¹.

Un instrumento normativo de suma importancia es el Código Civil brasileiro, Ley n. 3.071, del 1º de enero de 1916 que hace algunas referencias al medio ambiente pero no como objeto autónomo y sí como limitaciones administrativas al uso y goce del derecho de propiedad.

⁹⁹ MAGALHÃES, Juraci Perez. *A evolução no direrito ambiental no Brasil*. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998, p. 3.

¹⁰⁰ WAINER, ob. cit., p. 24.

¹⁰¹ MORAIS, Luís Carlos Siva de. *Curso de direito ambiental*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 13.

El 10 de julio de 1934, fue editado el Decreto n. 24. 643, titulado Código de Aguas, que aún está en vigor. En el mismo año, se creó el Decreto n. 23.793, trayendo a primer plano el Código Forestal Brasileiro el cual tuvo una nueva redacción por la Ley n. 4.771, del 15 de septiembre de 1965¹⁰²⁻¹⁰³.

Ya en 1967, existió la elaboración de dos Decretos-ley: uno que trata de la protección y estímulo de la pesca, Decreto-ley n. 221, del 28 de febrero (Código da Pesca); y otro que cuida de la minería, Decreto-ley n. 227 (Código de Minería). En ambos, se encuentra una preocupación con la contaminación ambiental y con sus impactos negativos.

En la década de 1970, bajo la influencia de la Conferencia de las Naciones Unidas para el Ambiente Humano en Estocolmo, Suecia, fue creada la Secretaría Especial de Medio Ambiente – SEMA, por medio del Decreto n. 73.030, del 30 de octubre de 1973, objetivando según Pimenta, “a prática de políticas públicas sobre a questão ambiental (a poluição industrial e a proteção da natureza), e a conscientização da população a evitar ações depredatórias”¹⁰⁴.

En 1981, la Secretaría Especial de Medio Ambiente, órgano del Ejecutivo Federal crea la Política Nacional de Medio Ambiente por medio

¹⁰² TEIXEIRA, ob. cit., p. 50.

¹⁰³ Nas décadas seguintes foram criados diversos órgãos públicos para tratar de questões ambientais, como Departamento Nacional de Obras e Saneamento - DNOS; Departamento Nacional de Obras contra a Seca – DNOCS; patrulha Costeira e Serviço Especial de Saúde Pública – SESP. Ainda em 1948, criou-se a Fundação Brasileira para a Conservação da Natureza (PIMENTA, Eduardo Salles. O ambiente e a legislação brasileira. In: ARAÚJO, Gisele Ferreira de (org.). *Direito ambiental*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 4).

¹⁰⁴ PIMENTA, ob. cit., p. 5.

de la Ley n. 6.938\81. La referida norma dió luz, también, al Sistema Nacional de Medio Ambiente – Sisnama, al Catastro Técnico Federal de Actividades e Instrumentos para la Defensa Ambiental, al Sistema Nacional de Informaciones sobre el Medio Ambiente – Sinima y al Consejo Nacional de Medio Ambiente – Conama, éste último con poderes de regular y establecer patrones del medio ambiente.

La Ley 6.938\81 es, sin duda, la norma infraconstitucional de mayor importancia en lo que concierne a la tutela ambiental. La referida ley viene sufriendo algunas alteraciones además de resoluciones y regulaciones que están siendo editados por los órganos ambientales como en el caso del Conama, por ejemplo.

Ya como reflejó la Constitución de 1988 que vino a tutelar en forma inédita al medio ambiente como derecho además de las garantías y deberes a él inherentes, y de la ECO-92, realizada en Río de Janeiro, surgen innumerables leyes¹⁰⁵ con miras a concretar el sentimiento del constituyente.

¹⁰⁵ Eis algumas normas infraconstitucionais que tutelam aspectos relacionados ao meio ambiente nos últimos anos: *Lei n. 8.724*, de 28 de outubro de 1993, que dispõe sobre a redução de emissão de poluentes por veículos automotores, em cumprimento com a política nacional do meio ambiente; *Lei n. 9.966*, de 28 de abril de 2000, que dispõe sobre a proteção, a preservação, o controle e a fiscalização da poluição causada por lançamento de óleo e outras substâncias nocivas ou perigosas em águas sob jurisdição nacional; *Lei n. 10.308*, de 20 de novembro de 2001, que dispõe sobre a seleção de locais, a construção, o licenciamento, a operação, a fiscalização, os custos, a indenização a responsabilidade civil e as garantias referentes aos depósitos de rejeitos radioativos; *Decreto n. 4.339*, de 22 de agosto de 2002, que institui princípios e diretrizes para a implementação da Política Nacional da Biodiversidade; *Decreto n. 5.940*, de 25 de outubro de 2006, que institui a separação dos resíduos recicláveis descartados pelos órgãos e pelas entidades da administração federal direta e indireta; *Lei n. 11.445*, de 5 de janeiro de 2007, que estabelece as diretrizes nacionais para o saneamento básico; *Lei n. 11.460*, de 21 de março de 2007, que dispõe sobre o plantio de organismos

Entre las recientes leyes que tratan la cuestión ambiental es importante destacar el Proyecto del actual Código Civil que fue aprobado el día 15 de agosto de 2001. No se trata de una norma típicamente ambiental sino que invoca el crear una función ecológica de derecho de propiedad conforme preceptúa su art. 1.228, § 1^o¹⁰⁶.

Nótese, pues, que además de insertar la función social de la propiedad ya prescripta en el Código Civil de 1916 la actual ley civil prevé la función ecológica en la medida en que trata de sus elementos como la protección a la flora, la fauna, la preservación de las bellezas naturales, la conservación del equilibrio ecológico y la preservación de los patrimonios histórico y artístico así como del uso de la propiedad en consonancia con las determinaciones de la legislación ambiental.

La función ambiental es definida por Sant'Anna (2007) como el “conjunto de atividades que visam garantir a todos o direito constitucional de desfrutar um meio ambiente equilibrado e sustentável na busca da sadia e satisfatória qualidade de vida, para a presente e futuras gerações”¹⁰⁷.
Acerca de la ecologización, de la propiedad, expone

genericamente modificados em unidades de conservação. Legislação disponível em; <www.planalto.gov.br>. Acesso em 18 de março de 2012.

¹⁰⁶ “Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que seja injustamente a possua ou a detenha.

§ 1º O direito de propriedade deve ser exercitado em consonância com suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas” (destacado).

¹⁰⁷ SANT'ANNA, Mariana Senna. Planejamento urbano e qualidade de vida: da Constituição Federal ao plano diretor. In: DALLARI, Adilson Abreu; DI SARNO, Daniela Campos Libório (coord.). *Direito urbanístico e ambiental*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 153.

Benjamin (2007) que “com o novo perfil, o regime da propriedade passa do direito pleno de explorar, respeitado o direito dos vizinhos, para o direito de explorar, só e quando respeitado a saúde humana e os processos e funções ecológicas essenciais”¹⁰⁸.

Mediante la lectura del referido dispositivo se constata que el ambiente saludable no está dentro de la función social de la propiedad. El legislador fue más allá al imponer una función ambiental autónoma, nueva, generando otras obligaciones al propietario de cualquier bien además de aquellas ya previstas con función social¹⁰⁹.

El proceso legislativo ambiental está lejos de agotarse. En la medida en que un caos ambiental viene a flote en las más variadas formas posibles urge una política tecnológica, económica y fiscal cada vez más activa que venga a equilibrar los recursos naturales en pro de la

¹⁰⁸ BENJAMIN, Antonio Herman. Constitucionalização do ambiente e ecologização da Constituição brasileira. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (orgs.). *Direito constitucional ambiental brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 72.

¹⁰⁹ Isso é de suma importância na medida em que o direito de propriedade vem se transformando para acompanhar a globalização e o desenvolvimento tecnológico. O novo dispositivo trata de uma norma geral do direito de propriedade. Assim, a propriedade intelectual, virtual, empresária etc, todas as formas de propriedade estão submetidas à função ecológica, em perfeita consonância com o direito fundamental ao equilíbrio ecológico e com o Estado Direito Ambiental. Outro ponto interessante é que o Código Civil traz uma cláusula aberta em prol do meio ambiente ao assegurar que a função ambiental deve ser assegurada também de acordo com a legislação especial e não apenas com os componentes trazidos na redação literal do diploma normativo (BELCHIOR, Germana Parente Neiva; MATIAS, João Luis Nogueira. A função ambiental da propriedade. XVII Congresso Nacional do Conpedi, 2008, Brasília. *Anais do XVII Congresso Nacional do Conpedi – Brasília*. Florianópolis: Fundação José Artur Boiteux, 2008).

sustentabilidad. Se trata de la dimensión horizontal y vertical del derecho ambiental que acaba invadiendo todas las ramas del Derecho¹¹⁰.

1.4. La CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL MEDIO AMBIENTE EN EL MUNDO

Después de la Declaración de Estocolmo de 1972, se desencadenó un proceso de discusión y elaboración de innumerables instrumentos internacionales que versan sobre la cuestión ambiental. Es a partir de esta preocupación en la comunidad internacional que los Estados pasaron a dar lugar al ambiente en sus respectivas constituciones.

Según dice Miranda (2000), entre los años 1940 y 1950 y la primer mitad de la década de 1970 (antes de Estocolmo), la tutela constitucional del medio ambiente era rara y dispersa de perfil típicamente utilitarista. Entretanto, consonante al autor lusitano la promulgación de la Constitución de Portugal de 1976 dió inicio a un segundo momento con la

¹¹⁰ Na lição de Machado, “o Direito Ambiental é um Direito sistematizador, que faz a articulação da legislação, da doutrina e da jurisprudência concernentes aos elementos que integram o meio ambiente. Procura evitar o isolamento dos temas ambientais e sua abordagem antagônica. Não se trata mais de construir um Direito das águas, um Direito da atmosfera, um Direito do solo, um Direito florestal, um Direito da fauna ou um Direito da biodiversidade. O Direito Ambiental não ignora o que cada matéria tem de específico, mas busca interligar estes temas com a argamassa da identidade dos instrumentos jurídicos de prevenção e de reparação, de informação, de monitoramento e da participação” (ob. cit., p. 151-152).

declaración de un derecho al medio ambiente vinculando a un conjunto de tareas del Estado y de la sociedad¹¹¹⁻¹¹².

¿Lo hizo finalmente con las Constituciones modernas en las que se destaca el medio ambiente en sus Textos Magnos? Para Benjamín (2007), esto se debe a la feroz crisis ambiental luego de la Segunda Guerra Mundial, “que libertará forças irresistíveis, verdadeiras correntes que levarão à ecologização da Constituição, nos anos 70 e seguintes”¹¹³.

Así bajo la influencia directa de la Declaración de Estocolmo, vieron las Constituciones de los países europeos que se liberaban de dictaduras como Grecia (1975), Portugal (1976) y España (1978)¹¹⁴. En un segundo momento aún con reflejos de Estocolmo surge un grupo de países que promulgaron Cartas Magnas con tutela ambiental como el caso de Brasil y Argentina. Y finalmente existe otro conjunto que luego la ECO-92, tuvo sus Constituciones promulgadas o reformadas que

¹¹¹ MIRANDA, Jorge, *Manual de direito constitucional*. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 2000, v. 2, p. 533.

¹¹² Gavião Filho explica que a “Constituição da Bulgária de 1971 já trazia norma no sentido de que a proteção e a salvaguarda da natureza e das riquezas das águas, do ar e do solo, assim como dos monumentos da ordem cultural constituem uma obrigação para os órgãos do Estado, das empresas, das cooperativas e das organizações sociais, bem como um dever para todo cidadão” (GAVIÃO FILHO, Anízio Pires. *Direito fundamental ao meio ambiente*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 22).

¹¹³ BENJAMIN, ob. cit., p. 59.

¹¹⁴ A Constituição da Grécia, de 1975, regulamenta de forma detalhada temas do meio ambiente, como art. 24, alínea I, a obrigação de o Estado adotar medidas especiais, preventivas e repressivas, com o objetivo de proteção do meio ambiente. Já a Constituição portuguesa de 1976 prevê, em seu art. 66, que todos são titulares de direito ao meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado, incumbindo ao Estado prevenir e combater a contaminação do ambiente, bem como promover a exploração racional dos recursos naturais, favorecendo a qualidade de vida. O art. 45 da Constituição da Espanha, de 1978, no capítulo sobre “direitos e deveres fundamentais”, previu que todos têm o direito de desfrutar de um ambiente adequado para o desenvolvimento da pessoa, e, ao mesmo tempo, todos têm o dever de conservá-lo. Trata, ainda, o constituinte espanhol, da solidariedade coletiva em matéria ambiental (GAVIÃO FILHO, ob. cit., p. 23).

adoptaron en forma expresa nuevos institutos como el desarrollo sustentable, biodiversidad y precaución. Aquí, se puede citar a la *Charte de l'environnement*¹¹⁵ de Francia del 2005¹¹⁶.

Al analizar la perspectiva constitucional del medio ambiente en la dimensión comparada Sampaio resalta que las Constituciones actuales son un pacto intergeneracional amparado por la corresponsabilidad de los destinos mirando a la conservación de los procesos vitales y al uso sustentable de los recursos naturales¹¹⁷.

Sobre las características de los modelos constitucionales ambientales, Benjamín (2007) destaca cinco que son comunes y que de alguna forma o con pequeñas alteraciones fueron formuladas en sus normas. La primera sería “a compensação sistêmica (=orgânica ou holística) e legalmente autônoma do meio ambiente, determinando um tratamento jurídico das partes a partir do todo, precisamente o contrário do paradigma anterior”¹¹⁸. Una segunda característica sería una ética ambiental con la preocupación y el compromiso con la Tierra y su

¹¹⁵ A *Charte de l'environnement* invoca, inclusive, em seu preâmbulo, o desenvolvimento sustentável e a diversidade biológica.

¹¹⁶ BENJAMIN, ob. cit., p. 61-62.

¹¹⁷ SAMPAIO, José Adércio Leite. Constituição e meio ambiente na perspectiva do direito constitucional comparado. In: SAMPAIO, José Adércio Leite; WOLD, Chris, NARDY, Afrânio. *Princípios de direito ambiental: na dimensão internacional e comparada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 41. Conforme o autor, “o Direito Constitucional da humanidade é por conseguinte, também a Constituição do meio ambiente e o Direito Constitucional Ambiental seu grande e talvez principal alicerce. Não será por excesso constituinte que os novos textos constitucionais, originários ou reformados, se tingiram de verde e passaram a incorporar, tanto os princípios de direito ambiental, quando deram corpo ao direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Alguns até elevaram o meio ambiente a ‘valor fundamental da ordem constitucional’ (v.g. Macedônia – art. 8.1; Croácia – art. 3)” (SAMPAIO, ob. cit., p. 42).

¹¹⁸ BENJAMIN, ob. cit., p. 66.

biodiversidad al mantener opciones cuantitativas y cualitativas para las futuras generaciones¹¹⁹.

Como tercera tendencia, el autor destaca “a atualização do direito de propriedade, de forma a torná-lo mais receptivo à proteção do meio ambiente, Isto é, reescrevendo-o sob a marca da sustentabilidade¹²⁰. Por consiguiente se trata de un nuevo dominio de los recursos naturales en nombre de la reforma en algunas áreas de recursos del medio ambiente (como el agua, por ejemplo) y con la mitigación de la propiedad a través de la ecologización de su función social. Refiriéndose a la cuarta característica, Benjamin (2007) explica que el constituyente trae además una “clara opção por processos decisórios abertos, transparentes, bem- informados e democráticos, estruturados em torno de um devido processo ambiental (=due process ambiental)”¹²¹.

Y, finalmente, afirma que las Constituciones de hoy día vienen manifestando una preocupación con la implementación de las normas ambientales, o sea, con la indicación en el texto de derechos y deberes relacionados a la eficacia y efectividad del derecho ambiental y de sus instrumentos, “con miras a evitar que la norma mayor (pero también la infraconstitucional) función retórica– bonita a la distancia e irrelevante en la práctica¹²²⁻¹²³.

¹¹⁹ Ibidem, p. 67.

¹²⁰ Ibidem, p. 67.

¹²¹ Ibidem, p. 67.

¹²² Ibidem, p. 67.

¹²³ Nunca é demais refletir a doutrina de Benjamin. No entendimento do autor, “o Direito Ambiental tem aversão ao discurso vazio; é uma disciplina jurídica de resultado, que só

Analizadas las cuestiones atinentes al proceso de constitucionalización del medio ambiente en el globo insta a vislumbrar como tal fenómeno ocurrió en Brasil.

1.5. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL MEDIO AMBIENTE EN BRASIL

La protección jurídica del medio ambiente brasileiro se inició, como ya visto, en la legislación infraconstitucional¹²⁴. Las constituciones que precedieron a la de 1988 no se preocuparon de la tutela ambiental en forma específica y globalizante. No trajeron, por consiguiente, nada puntual sobre la protección del medio natural. Al analizar la historicidad de las Constituciones patrias, Milaré (2007) resalta que antes de la Carta de 1988, “nem mesmo uma vez foi empregada a expressão *meio ambiente*, dando a revelar total inadvertência, ou, até, despreocupação com próprio espaço em que vivemos”¹²⁵.

Aún en esta línea, Silva (2002) resalta que:

se justifica pelo que alcança, concretamente, no quadro social das intervenções degradadoras” (BENJAMIN, ob. cit., p. 67).

¹²⁴ Oportuna, ainda, a lição de Benjamin ao vincular a constitucionalização do meio ambiente com o direito ambiental. Segundo o autor, “a ecologização da Constituição não é cria tardia de um lento e gradual amadurecimento do Direito Ambiental, o ápice que simboliza a consolidação dogmática e cultural de uma visão jurídica do mundo. Muito ao contrário, o meio ambiente ingressa no universo constitucional em pleno período de formação do Direito Ambiental. A experimentação jurídico-ecológica empolgou, simultaneamente, o legislador infraconstitucional e o constitucional” (BENJAMIN, ob. cit., p. 64).

¹²⁵ MILARÉ, ob. cit., p. 145.

Tratando das constituições das mais recentes, desde 1946, apenas se extraía orientação protecionista do preceito sobre a proteção da saúde e sobre a competência da União para legislar sobre água, florestal, caça e pesca, que possibilitavam a elaboração de leis protetoras, como o Código Florestal e os Código de Saúde Pública, de Água e de Pesca¹²⁶.

Brasil, siguiendo la tendencia mundial¹²⁷, realizó la constitucionalización del medio ambiente ocupando el segundo grupo de países en la evolución señalada anteriormente. Al entender de Milaré (2007):

(...) o Texto Supremo captou com indispútável oportunidade o que está na alma nacional – a consciência de que é preciso aprender a conviver harmoniosamente com a natureza -, traduzindo em vários dispositivos aquilo que pode ser considerado como um dos sistemas mais abrangentes e atuais do mundo sobre a tutela do meio ambiente¹²⁸.

Según Campos Junior (2008), “a Constituição brasileira de 1988, pela primeira vez, em toda a história do nosso constitucionalismo,

¹²⁶ SILVA, ob. cit., p. 46.

¹²⁷ Interessante destacar que nos Estados anglo-saxões, parece haver certa resistência à constitucionalização do meio ambiente por ser de difícil delimitação. Prova disso é que nas recentes Constituições da Nova Zelândia e Canadá não há referência ao direito ao meio ambiente (GAVIÃO FILHO, ob. cit., p. 23).

¹²⁸ MILARÉ, ob. cit., p. 145.

manifestou preocupação com o tema do meio ambiente, tanto que o elevou à proteção constitucional¹²⁹.

Analizando la carta de 1988, se percibe que en el art. 5º, LXXIII, el constituyente estableció en extenso el rol de los derechos y garantías individuales que cualquier ciudadano es parte legítima para proponer acción popular destinada a anular el acto lesivo al medio ambiente. No se verifica en otros incisos del art. 5º, una tutela específica del medio ambiente.

Recorriendo el Texto Constitucional se extrae en su art. 129, III, que la función institucional del Ministerio Público es promover la acción civil pública para la protección del ambiente.

Entre tanto, Gavião Filho (2005) observa que el núcleo esencial de la normativa constitucional en materia ambiental está en el art. 225, *epígrafe* al prever que “ todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial á qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

La Constitución de la República Federal de Brasil de 1988, se torna “verde” al adoptar una concepción holística y autónoma del medio ambiente distanciándose totalmente de los modelos anteriores. En la lección de Benjamin (2007), se pasó “da miserabilidade à apulência ecológico-constitucional”, al abordar que: 1) el medio ambiente alcanza

¹²⁹ CAMPOS JUNIOR, Raimundo Alves de. *O conflito entre o direito de propriedade e o meio ambiente*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 113.

reconocimiento jurídico expreso constitucional; 2) tal reconocimiento ocurre por medio de una visión ampliada y holística, o sea, “parte-se do todo (biosfera) para se chegar aos elementos”; 3) el todo y los elementos son valorizados jurídicamente en una perspectiva sistémica; 4) la valorización del medio ambiente se hace con fundamentos éticos explícitos e implícitos con una mixtura de argumentos antropocéntricos mitigados, biocéntricos y hasta ecocéntricos; 5) existe un nuevo discurso jurídico-ambiental que se torna dicotómico al desaparecer el *ius dispositivum* toda vez que el constituyente se expresa por dispositivos *ius cogens* e *ius interpretativum*, lo que convierte en imperativo general el carácter de las normas constitucionales y de orden público ambiental infraconstitucional; y finalmente, 6) la tutela ambiental pasa a ser viabilizada por instrumentos propios de implementación como la acción civil pública, la acción popular y las sanciones administrativas y penales además de la responsabilidad civil por daño ambiental¹³⁰.

Se extrae pues que el orden jurídico-ambiental brasileiro es moderno. Como se ha visto en el desarrollo de este capítulo son varias las leyes y los tratados internacionales además del art. 225 de la Constitución, matriz ecológica del sistema ambiental patrio los que tratan de la protección jurídica del medio ambiente. El gran y verdadero problema es la falta de efectividad de las normas ambientales, o sea, de su aplicación real cambiando los hechos sociales. En consonancia Krell

¹³⁰ BENJAMIN, ob. cit., p. 84-85.

señala (2004), "(...) torna-se imprescindível uma reflexão pragmática sobre o Direito Ambiente no Brasil, que ultrapasse os confines da norma legal e examine os complexos fenômenos jurídicos, políticos e socioeconômicos, os quais condicionam sua viabilidade e utilidade social"¹³¹.

De todos modos para una búsqueda de auténtica aplicabilidad de las normas ambientales es preciso tener como punto de partida el art. 225, de la Constitución de la República Federal de Brasil de 1988, toda vez que es parte de ella, que surgen otros dispositivos que componen el orden público ambiental, implicando una serie de derechos y deberes todos sucesivos a los principios de solidaridad a ser analizados en el momento oportuno.

CAPÍTULO 2 PRINCIPIOS DEL DERECHO AMBIENTAL

Los principios del Derecho Ambiental son la base fundamental de las dichas naciones civilizadas y son adoptadas internacionalmente como resultado de la necesidad de una ecología equilibrada. Estos principios apuntan a proporcionar a presentes y futuras generaciones las garantías de preservación de la calidad de vida en cualquier forma que ésta se presente conciliando elementos económicos y sociales de acuerdo con la idea de desarrollo sustentable.

¹³¹ KRELL, ob. cit; p. 90.

Son innumerables los principios elencados por los doctrinarios entre ellos los más citados: el principio de precaución, el principio de prevención, el principio de responsabilidad y de contaminador-pagador, los principios de democracia, de ciudadanía, de información, de educación y de participación ambiental así como los principios de prohibición de retroceso ecológico y del mínimo existencial ecológico. Algunos serán estudiados en forma conjunta en virtud de la intrínseca relación entre ellos.

Es importante resaltar que al discutir todos estos principios se nota que la solidaridad termina estando inserta ya sea en forma transversal o directa en todos los demás. Por ello es que el principio de solidaridad es el fundamento teórico-jurídico del Derecho Ambiental teniendo que ser analizado en el momento de su construcción teórica sin excluir por lo tanto a los demás que ahora se pasan a discutir.

2.1. PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN

La verdad científica tenida como inmutable y absoluta fue durante bastante tiempo el paradigma utilizado para justificar la intervención humana en el medio ambiente. Entretanto la crisis ecológica y la sociedad de riesgo cambiaron la parcialidad científica de los términos “certeza” y verdad.” Emerge, por consiguiente, la necesidad del principio de

precaución que tiene en miras actuar en defensa y protección del medio ambiente en lo que concierne a la difícil, incierta y costosa reparación.

Se señala que el principio de precaución surgió en el derecho alemán alrededor de 1960 habida cuenta de discusiones sobre políticas ambientales, positivándose en 1970. Ya la adopción expresa en el ámbito internacional según Aragão se dió en 1987, en la declaración adoptada por la Conferencia del Mar del Norte.^{132_133_134}.

Hoy no existe duda de que la precaución es uno de los postulados más importantes del derecho ambiental habida cuenta que su objetivo primordial es evitar el daño ambiental no siendo por lo tanto necesaria la comprobación científica de aquél por el hecho de o nexo causal de determinadas actividades al presentar incertezas científicas no dirimidas. De acuerdo con Leite (2003), "(...) devem-se considerar não só os riscos ambientais iminentes, mas também os perigos futuros provenientes de atividades humanas e que, eventualmente, possam vir a comprometer uma relação intergeracional e de sustentabilidade ambiental"¹³⁵.

En el ámbito del derecho internacional ambiental se verifica que el principio de precaución está previsto entre otros en el principio 15 de la Declaración de Río de Janeiro de 1992:

¹³² ARAGÃO, Maria Alexandra de Sousa. *O Princípio do poluidor-pagador: pedra angular na política comunitária do ambiente*. Coimbra: Coimbra, 1997, p. 66-67.

¹³³ O francês Neufrey chama a precaução de princípio da prudência (NEUFREY, ob. cit., p. 74).

¹³⁴ Já Krämer afirma que o princípio da precaução foi introduzido pelo Tratado de Maastricht de 1993 (KRÄMER, Ludwing. *Manuale di diritto comunitario per l' ambiente*. Milano: Giuffrè, 2002, p. 82).

¹³⁵ LEITE, ob.cit, p. 47.

De modo a proteger o meio ambiente, o princípio da precaução deve ser amplamente observado pelo Estados, de acordo com suas capacidades. Quando houver ameaça de *danos sérios ou irreversíveis, a ausência absoluta de certeza científica* não deve ser utilizada como razão para postergar medidas eficazes e economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental¹³⁶ (destacado).

Observa Sampaio (2003) que el referido principio por poseer carácter semánticamente abierto ha posibilitado diversas interpretaciones pudiendo agruparlas en dos grandes concepciones: una *fuerte*, otra *débil*. Entre las características comunes se destaca “o primado da dúvida sobre o impacto ambiental de qualquer atividade humana e a adoção de medidas destinadas a salvaguardar o meio ambiente”¹³⁷. La diferencia entre ellas según el autor, se produce en la dirección de estas medidas (instrumentos).

Una concepción fuerte defiende los impedimentos de actitudes lesivas y la máxima *in dubbio pro naturaleza* al sustentar que “os sistemas naturais têm direitos e valores intrínsecos, que não podem ser apurados e postos na balança ao lado de outros intereses”, a la luz de una visión

¹³⁶ Existem outros instrumentos internacionais que prevêm referido princípio, como a Convenção da Diversidade Biológica (1992), Tratado da União Europeia (acrescido pelo Tratado de Maastricht), Carta Mundial da Natureza (1982) da ONU, Acordo sobre Medidas Sanitárias e Fitossanitárias da Organização Mundial do Comércio etc.

¹³⁷ SAMPAIO, José Adércio Leite. Constituição e meio ambiente na perspectiva do direito constitucional comparado. *Princípios de direito ambiental: na dimensão internacional e comparada* In: SAMPAIO, José Adércio Leite, WOLD, Chris; NARDY, Afrânio. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 59.

biocéntrica del medio ambiente¹³⁸. Una dimensión fuerte, por lo tanto, implica una orientación radical en el sentido de que el principio de precaución exige prueba absolutamente segura de que no habrá daño además de aquellos previstos para la liberación de una actividad tecnológica¹³⁹. Aquí es interesante hacer la siguiente reflexión: ¿cómo tener la “prueba absolutamente segura” de otros daños si la sociedad de riesgo constata no sólo el riesgo cierto sino también gira en torno de lo que aún no se tiene como prever en forma concreta? El riesgo es así abstracto, en potencial.

En esta línea observa Gullett (2000) que la precaución no defiende una “política de riesgo cero” sino que se orienta en que se preste atención a la protección de la salud pública y del medio ambiente siempre que la información científica sea insuficiente para una información segura¹⁴⁰. Ilustra, aún, Leite (2008) que el principio de precaución opera con “función anticipatoria, inhibitoria y cautelar frente al riesgo abstracto que puede ser considerado riesgo de daño pues muchas veces es de difícil visualización y previsión”¹⁴¹.

Ya la concepción débil, entretanto, considera todos los factores involucrados en la actividad tales como los riesgos, los costos financieros y los beneficios posibles partiendo según Sampaio (2003), “de uma ética

¹³⁸ SAMPAIO, ob. cit., p. 59.

¹³⁹ Ibidem, p. 59.

¹⁴⁰ GULLETT, Warwick. The precautionary principle in Australia: policy, law & potencial precautionary EIAs, *Risk: health, safety & environment*, v. 11, p. 93-124, 2000, p. 94.

¹⁴¹ LEITE, José Rubens Morato. Sociedade de risco e Estado. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, Jose Rubens Morato (orgs.). *Direito constitucional ambiental brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 172.

ambiental antropocêntrica responsável”¹⁴². Se trata de la corriente mayoritaria en la medida en que la referida orientación es compatible con el antropocentrismo extendido e intergeneracional visión defendida en esta obra. Como adepto de esta corriente se resalta el entender de Machado (2006):

A implementação do princípio da precaução não tem por finalidade imobilizar as atividades humanas. Não se trata de precaução que tudo impede ou que tudo vê catástrofes ou males. O princípio da precaução visa à durabilidade da sadia qualidade de vida das gerações humanas e à continuidade da natureza existente no planeta¹⁴³.

Como se vé la precaución impone un medio de gerenciamento de riesgo cuyo control se aplica según Aragão (2004), se dá por medio de “princípios gerais de riscos: proporcionalidade, não discriminação, coerência, análise das vantagens e encargos e análise de evolução científica”¹⁴⁴. Se revela como “*uma garantia material de realização efetiva do princípio do nível mais elevado de proteção ecológica*”¹⁴⁵ (ênfasis en el original).

¹⁴² SAMPAIO, ob. cit., p. 61-62.

¹⁴³ MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 65.

¹⁴⁴ ARAGÃO, Maria Alexandra de Sousa. *O princípio de nível elevado de proteção ecológica: resíduos, fluxo de materiais e justiça ecológica*. Tese de doutoramento. Coimbra: FDUC. 2004, p. 264.

¹⁴⁵ *Ibidem*, p. 265.

Además de la dimensión material el citado principio también conquista una tendencia instrumental al imponer la utilización de medidas y de técnicas disponibles para minimizar el daño ambiental a pesar de su previsibilidad. Se anticipa, por oportuno, que en el ámbito de la responsabilidad civil por daños causados al medio ambiente decurrente de residuos sólidos domésticos el principio de proporcionalidad es aplicado en asociación con el principio de precaución en virtud de ambos buscando medidas y medios equilibrados en la captación de una solución que sea más conveniente para efectivizar el Derecho Ambiental.

Al delinear el campo de actuación del principio en el caso concreto explica Sampaio (2003) que el aplicador debe identificar si el producto o actividad en cuestión “es bueno para nosotros’ (dimensión puramente ética y de identidad particularista) en cuanto que ‘es bueno para todos’ (dimensión moral y universalista)¹⁴⁶. Tal premisa resulta del hecho de que el medio ambiente es difuso y de uso común del pueblo.

A pesar de la prevalencia de la dimensión débil de la precaución en el ámbito doctrinario y jurisprudencial se sustenta en que a la luz de una hermenéutica jurídica ambiental es variable la utilización del *in dubio pro ambiente interpretación más antigua del ambiente*, expresión ésta utilizada por Canotilho (1995), lo que no conduce a una visión radical en defensa del medio ambiente. Señala el doctrinario lusitano que el principio de interpretación más amiga del ambiente es “como expressão ou *rátio* da

¹⁴⁶ SAMPAIO, ob. cit., p. 64-65.

maioria das normas jurídicas aplicáveis no caso, é inacatável, não goza, em termos apriorísticos e abstractos, de uma prevalência absoluta”¹⁴⁷. En la misma línea alerta Leite (2008) que el “*princípio in dubio pro ambiente* não é absoluto, pois poverá sempre ser otimizado com os demais princípios e as regras colidentes, e, ainda conforme as especificidades do caso concreto, devendo-se agir com ponderação”¹⁴⁸.

En otras palabras no significa decir que el derecho al medio ambiente saludable siempre prevalecerá en relación a los demás teniendo en cuenta que los principios fundantes (juridicidad, legitimidad y solidaridad) y los valores básicos (seguridad jurídica, justicia y sustentabilidad) deben estar equilibrados en el Derecho Ambiental. Basta pensar en el valor sustentabilidad el cual impone el equilibrio del trípode formado por el desarrollo económico, por la equidad social y por el medio ambiente saludable además de la concepción antropocéntrica extendida. Aquí se recurre al principio de razonabilidad a ser mencionado más adelante que guiará al intérprete en la utilización de la precaución y en especial en la interpretación *in dubio pro ambiente*. En este sentido defender una interpretación absolutamente *pro verde* o totalmente más antigua del ambiente no es el objetivo de esta tesis.

Si al analizar los principios, los valores y los bienes jurídicos involucrados en una actividad que sea potencialmente dañosa al medio ambiente, si aún luego de la utilización de las guías de la responsabilidad

¹⁴⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Protecção do ambiente e direito de propriedade: crítica de jurisprudência ambiental*. Coimbra: Coimbra, 1995, p. 83.

¹⁴⁸ LEITE, ob. cit., p. 175.

civil por daños causados al medio ambiente a consecuencia de residuos sólidos domésticos, si no fuera posible llegar a una solución se debe regresar nuevamente al principio de precaución con la aplicación de la interpretación más *amiga del ambiente o in dubbio pro ambiente*, orientación ésta captada en forma inductiva por el orden jurídico- ambiental.

O sea, la referida orientación sólo se efectivizará ante la imposibilidad de resolución por medio de los demás postulados hermenéuticos ecológicos en obediencia al antropocentrismo extendido bajo la orientación de los principios de razonabilidad y de proporcionalidad.

En el ámbito del ordenamiento jurídico brasilero el principio de precaución no se encuentra expresamente previsto en el Texto Constitucional pero es captado inductivamente en el orden jurídico- ambiental o sea es extraído del art. 225, § 1º, II, III, IV y V, de la Constitución de la República Federal de Brasil de 1988. Su fundamento es creado y fortalecido por la crisis ecológica y por la sociedad de riesgo.

Acercas del principio constitucional de precaución expone Fensterseifer que “a adoção do princípio em questão abre caminho para uma nova racionalidade jurídica, mais abrangente e complexa, vinculando

a ação humana presente a resultados futuros, sendo, portanto, um dos pilares da tutela do ambiente e também da saúde humana”¹⁴⁹.

Se puede afirmar, aún, que el principio de precaución es condición inamovible de la sociedad de riesgo conforme señala Leite (2008):

Com efeito, não é possível conviver, em nome da mínima segurança da coletividade, com catástrofes, a exemplo de Chernobyl e outras, oriundas da sociedade de risco. Por isso, impõem-se a implementação e a efetividade imediata do princípio da precaução, já implícito na norma jurídica ambiental, da política ambiental e em todos os setores interligados, como meio de combater o risco e a incerteza científica. Mais do que isso, o princípio da precaução, como estrutura indispensável ao Estado de justiça ambiental, busca verificar a necessidade de uma atividade de desenvolvimento e os potenciais riscos ou perigosos desta. Parte-se do pressuposto de que os recursos ambientais são finitos, e os desejos e a criatividade do homem, infinitos, exigindo uma reflexão através da precaução, se a atividade pretendida, ou em execução, tem como escopo a manutenção dos processos ecológicos e de qualidade de vida¹⁵⁰

En forma expresa, el principio de precaución fue abordado en el art. 54, § 3º, de la Ley nº 9.605\98 (Ley de Crímenes Ambientales), así

¹⁴⁹ FENSTERSEIFER, Tiago. *Direitos Fundamentais e proteção do meio ambiente: a dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico-constitucional do Estado Socioambiental de Direito*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2008.

¹⁵⁰ LEITE, ob. cit., p. 179.

como en el art. 5º del Decreto federal n. 4.297|2002, que regula el art. 9º, II, de la Ley n. 6. 938|81 (Ley que crea la Política Nacional del Medio Ambiente)¹⁵¹.

Se extrae, por lo tanto, que el referido principio está directamente ligado a una acción anticipatoria a la ocurrencia del daño ambiental cuando éste pueda ser detectado previamente alejando el peligro y manteniendo la seguridad de las generaciones futuras en pro de la sustentabilidad. En esta cuestión, en la evaluación del riesgo ambiental se debe actuar en “forma pró-ativa, anticipatória, inibitória e cautelar”¹⁵², siguiendo una actuación racional, lógica y razonable por cuenta del daño abstracto y potencial.

Un punto importante que merece ser observado es acerca del ámbito temporal de actuación del principio. No importa si antes, durante o después de la actividad potencialmente dañosa haya sido ejecutada en virtud de las incertezas científicas. La gestión del riesgo ambiental no siempre puede ser avalada antes de la conclusión de una actividad lo que impone su control frecuente.

2.2. PRINCIPIO DE PREVENCIÓN

Otro principio que estructura al Derecho Ambiental es el de prevención. Como el propio nombre sugiere su objetivo es la adopción de

¹⁵² Ibidem.

políticas de gerenciamento y la protección del medio ambiente en forma previa a los procesos de degeneración ambiental. Son varios los instrumentos internacionales que abordan el principio de prevención como la Convención sobre Diversidad Biológica y la Declaración de Estocolmo, ésta prevé en su sexto principio: “o despejo de substâncias tóxicas ou de outras substâncias e de liberação de calor em quantidades ou concentrações que excedam a capacidade do meio ambiente de absorvê-las, sem dano, deve ser interrompido com vistas a impedir prejuízo sério e e irreversível aos ecossistemas”¹⁵³.

En Argentina la Ley General del Ambiente 25.675 (LGA) recepta al principio de prevención como objetivo de política ambiental (art. 2º, *g, k*) y como criterio de interpretación y aplicación de las normas en esta materia (art. 4º).

Como se vé, es perceptible que prevención y precaución están íntimamente relacionadas. Milaré (2007) sustenta que el último se encuentra dentro del primero habida cuenta que la prevención por tener un carácter genérico engloba la precaución¹⁵⁴. En el mismo sentido se manifiesta Leite al afirmar que “ambos os princípios atuam na gestão antecipatória, inibitória e cautelar dos riscos, sendo ambos similares no gênero. Contudo, a atuação preventiva é mais ampla e genérica: já a

¹⁵³ Destaca Krümer que o princípio da prevenção foi amparado, inicialmente, pelo Tratado Internacional de 1987 (KRÜMER, ob, cit., p. 83).

¹⁵⁴ MILARÉ, ob. cit., 118.

precaução, mais específica e conecta com o momento inicial do exame do risco”^{155,156}.

Ilustra Kiss (1996) que la diferencia entre ellos se dá en la evaluación del riesgo toda vez que existe un riesgo alto en la precaución en cuanto la prevención es aplicada cuando el riesgo es posible, probable y determinado¹⁵⁷. Explica Antunes (2008):

É um princípio muito próximo ao princípio da precaução, embora não se confunda com aquele. O princípio da prevenção aplica-se a impactos ambientais já conhecidos e dos quais se possa, com segurança, estabelecer um conjunto de nexos de causalidade que seja suficiente para a identificação dos impactos futuros mais prováveis¹⁵⁸.

Se extrae que la prevención es pasible de aplicación cuando se saben las consecuencias antes de iniciar y de proseguir con determinada actividad. Se aplica en situaciones en que existe la comprobación científica del nexo causal, teniendo la finalidad de eliminar los peligros cuando éstos puedan ser verificados anticipadamente para cohibir la degradación del medio ambiente antes de que se concrete.

¹⁵⁵ LEITE, ob. cit., p. 172.

¹⁵⁶ Também é o entendimento de NEUFRAÏ, Jean-Fraçois. *Droit de l'environnement*. Bruxelles: Bruylant, 2001, p. 83.

¹⁵⁷ KISS, Alexandre; SHELTON Dinah. *Developments and trends in international environmental law*. Genebra: Unitar, 1996, p. 20.

¹⁵⁸ ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. 11. ed. São Paulo: Rio de Janeiro, lúmen Juris, 2008, p. 35.

Ya el principio de precaución se manifiesta cuando se sabe por cierto cual será el resultado de la práctica de determinado acto habida cuenta que no existe la certeza científica del resultado. Entre tanto la falta de certeza del nexo causal no puede ser motivo de excusa para que no se tomen actitudes eficaces con el objetivo de impedir la degradación ambiental.

En forma diferente al de precaución el principio de prevención está expresamente previsto en el orden constitucional brasileiro en su art. 225, § 1º, II, III, IV y V, además de innumerables estipulaciones en las legislaciones específicas. Son mecanismos importantes para la aplicación de la prevención el Informe Previo de Impacto Ambiental – EPIA, así como la concesión de la licencia ambiental pues son informaciones científicas imprescindibles para la instauración de determinados emprendimientos y proseguimiento de las respectivas actividades que se demuestren como efectivas o potencialmente devastadoras para el medio ambiente. De esta forma el principio es aplicado con miras a constatar y eliminar posibles daños ambientales debiendo éstos ser verificados y eliminados antes de ser concretados.

Es importante destacar que independientemente de ser prevención o precaución el intérprete debe de haber pautado una gestión de riesgos en forma previa, anticipatoria. Como dice el viejo dicho popular, “es mejor prevenir que curar”. De todos modos se defiende el carácter amplio de la prevención que incluye en consecuencia la

precaución. Se trata, en general, de una actuación preventiva del riesgo ambiental.

El Maestro resalta que ambos principios, prevención y precaución pueden ser aplicados en forma concomitante pues a pesar de los objetivos distintos ambos actúan como instrumentos anticipatorios en la gestión del riesgo ambiental.

2.3. PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD Y DE CONTAMINADOR-PAGADOR

Ante las hipótesis que ocupan la pre-comprensión del intérprete ambiental por el hecho de la existencia de una dimensión ecológica de la dignidad humana y por ser el medio ambiente un derecho difuso y un bien de uso común del pueblo perteneciente a las presentes y futuras generaciones, además de ser considerado un deber fundamental e imposible de alejar, la presencia del principio de responsabilidad se toma como estructurante del Derecho Ambiental. La premisa de este principio es básica: quien causa daño al medio ambiente debe responder por él. Véase, además, que la responsabilidad es el corolario de la gestión anticipatoria del riesgo ambiental habida cuenta que en caso de que no existiese posibilidad de reparación del daño igualmente habría lugar para las acciones preventivas y precautorias.

El principio se fortalece, también, en el hecho de que no existen fronteras ni límites políticos cuando se trata de daño ambiental. No existen fronteras en la atmósfera que controlen la entrada y salida de contaminación. Con este espíritu Leite afirma (2008): “(...) há que atualizar o instituto da responsabilização em seus vários tipos, civil, administrativo, penal e até intercomunitário, e ligá-lo aos efeitos transfronteiriços da poluição, visando a alcançar um Estado, interna e externamente, mais aparelhado e mais justo, do ponto de vista ambiental”¹⁵⁹.

Al hacer la defensa del principio de solidaridad como fundamento teórico-constitucional del Derecho Ambiental, siendo uno de los principios fundantes, se extrae que la solidaridad y la responsabilidad caminan de la mano. Explica Fensterseifer (2008)¹⁶⁰ que la solidaridad demanda responsabilidad en la medida en que ésta debe ligar a ciudadanos de diferentes Estados nacionales, a la generación presente con las futuras, así como un vínculo con las especies naturales.

La sociedad y el Poder Público como sujeto tienen el deber fundamental y son responsables de cuidar al medio ambiente saludable del daño ambiental ocurrido. La dimensión económica de la responsabilidad da lugar al principio de contaminador-pagador lo que justifica su análisis conjunto. Es considerado estructurante del Derecho Ambiental pues refleja directamente una imposición de responsabilidad

¹⁵⁹ LEITE, ob. cit., p. 180.

¹⁶⁰ FENSTERSEIFER, ob. cit., p. 111-119.

para aquél que asume el riesgo de la actividad económica desarrollada y quien proporciona directa o indirectamente daño ambiental. Tal principio, *polluter-pays* (contaminador-paga), impone al contaminador el deber de cargar con los costos necesarios para combatir la contaminación, costos éstos establecidos por el Poder Público para mantener la calidad del medio ambiente en estado saludable¹⁶¹.

Es importante destacar que no se trata de un principio de compensación de los daños causados, en el sentido de que si contaminó debe pagar como si fuese una fórmula matemática. Sería una excelente arma para los emprendedores. El alcance de este principio es mucho mayor pues incluye los costos de la prevención, reparación y represión al daño ambiental toda vez que “o direito ambiental possui três esferas básicas de atuação: a preventiva, a reparatória e a repressiva”¹⁶².

La acción preventiva debe ser la más importante ya que la sanción es aplicada a *posteriori* pudiendo ser inútil en la proporción en que ya fueron concretadas las consecuencias perjudiciales al medio ambiente y a la humanidad.

Se observa que los daños sufridos por el medio ambiente en la mayoría de los casos son irreparables lo que lleva a percibir que la defensa del medio ambiente debe ser sobretodo preventiva en vez de reparatoria. Ésto se debe al hecho de que la reparación trata sobre la

¹⁶¹ NEUFRAY, ob. cit., p. 85.

¹⁶² MILARÉ, Édís. *Direito do Ambiente: doutrina, prática, jurisprudência, glossário*. 2. ed.. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2001, p. 419.

lesión concretada mientras que la prevención cuida sobre la posibilidad de impedir el daño.

El principio contaminador-pagador es además de un instrumento jurídico una herramienta económica para la protección ambiental. Destaca el economista alemán Altvater (2007) que:

(...) a totalidade holística da natureza ou sua respectiva integridade dissolvem-se em um conjunto de recursos naturais individuais e em um resto que não pode ser valorizado ou valorado. A natureza é, desse modo, transformada em uma entidade económica; mas, além disso, a natureza permanece externa ao discurso econômico e à sua racionalidade¹⁶³.

Entre tanto la propia justificación para la actuación del Estado en la esfera del derecho ambiental es la ofrecida por el Análisis Económico del Derecho a partir de los modelos de Pigou y de Coase (1988)¹⁶⁴.

Según Pigou la contaminación es el costo impuesto a los demás por los productores (externalidad negativa) para el cual el mercado no tiene la fuerza de internalizar, o sea, que el mercado no consigue que sea asumido sólo por su causante necesitando de la actuación del Estado. Defiende, además, que debe existir la revalorización de las preferencias individuales por medio del Estado con la internalización de las

¹⁶³ ALTVATER, Elmar. Existe um marxismo ecológico? Tradução de Rodrigo Rodrigues. In: BORON, Atílio A.; AMADEU, Javier; GONZÁLEZ, Sabrina (orgs.). *A teoria marxista hoje: problemas e perspectivas*. São Paulo: Clacso, Expressão Popular, 2007, p. 320.

¹⁶⁴ COASE, Ronald. *The firme, the market and the Law*. Chicago: University of Chicago Press, 1988, p. 133 e seguintes.

externalidades ambientales que afectan la asignación óptima de recursos¹⁶⁵.

Ya en el entender de Coase (1988), todo es de nadie y es usado por todos y cuidado por ninguno debiendo toda la propiedad ser individual. La actuación estatal debe ser guiada para evitar el surgimiento de externalidades, garantizando, así, la eficiencia de la completa internalización de los efectos externos por los sujetos del mercado¹⁶⁶.

La política ambiental, de esta forma, es necesaria para la introducción o adopción de posturas y procedimientos menos agresivos al medio ambiente, objetivando el desarrollo sustentable¹⁶⁷. Los instrumentos econométricos del análisis económico del Derecho, por lo tanto, pueden ser utilizados para la formación, estructuración y el buen funcionamiento de las técnicas del derecho ambiental por medio de una nueva racionalidad ambiental¹⁶⁸.

La constatación de que el medio ambiente no puede ser sometido al uso indiscriminado se verifica en la Constitución de la República Federal de Brasil de 1988, en su art. 225, § 3º, que asevera: “As condutas e as atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e

¹⁶⁵COASE, ob, cit., p. 133 e seguintes.

¹⁶⁶ Ibidem, p. 133.

¹⁶⁷ BATTESINI, Eugênio. Da teoria econômica à prática jurídica: origem, desenvolvimento e perspectivas dos instrumentos tributários de política ambiental. Caderno do Programa de Pos-Graduação em Direito - PPGDir. |UFRG. Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2005, p. 132.

¹⁶⁸ MATIAS, João Luis Nogueira; BELQUIOR, Germana Parente Neiva. Direito, economia e meio ambiente: a função promocional da origem jurídica e o incentivo a conduta ambientalmente desejadas. *Revista Nomos*, Fortaleza, v. 27, p. 155-176, jul.|dez., 2007, p. 161.

administrativas, independentemente de obrigação de reparar os danos causados”.

Del citado dispositivo constitucional se extrae que el ordenamiento patrio adoptó el carácter triple de la responsabilidad ambiental al imponer sanciones civiles, penales y administrativas. En la legislación infraconstitucional es importante mencionar el art. 4º, VII, de la Ley n. 6.938\81, al disponer que la Política Nacional del Medio Ambiente tiene como uno de sus objetivos “a imposição, ao poluidor e ao predador, da obrigação de recuperar e|ou indenizar os danos causados, e ao usuário, da contribuição pela utilização de recursos ambientais com fins econômicos”.

Así se vislumbra que la onerosidad por la contaminación de los recursos ambientales constituye un instrumento de política pública para aconsejar al contaminador hacia una racionalización en la utilización de los recursos naturales con el objetivo de mantener un equilibrio entre las disponibilidades y las demandas así como mantener al medio ambiente saludable y protegido.

De esta forma el sujeto responsable por la provocación del daño ambiental tiene el deber de reparar al medio ambiente. Sin embargo la finalidad de reparación en el derecho ambiental es restablecer el medio lesionado al *status quo anterior*, o sea, es la reconstitución del bien ambiental degradado. La reparación pecuniaria en el instituto de la responsabilidad ambiental sólo debe ser realizada cuando se revela una

inalcanzable reparación específica. Es oportuno destacar el concepto de Rodrigues:

A adoção da reparação específica como postulado da responsabilidade civil ambiental leva em consideração o fato de que, diante do dano ao entorno, a medida precípua deve ser a recuperação do bem ambiental lesado, sempre que isso for possível. Na reparação *in natura* não é somente ínsita a ideia de proteção e preservação dos recursos ambientais como se vê no artigo 4º da Lei 6.938/81: coaduna-se também com a ideia de que o poluidor deve ser *educado* com as medidas reparatórias, coisa que não ocorre quando estamos diante de uma reparação pecuniária¹⁶⁹.

El orden jurídico-ambiental adopta la teoría de la responsabilidad objetiva, habida cuenta de que al constatar el nexo de causalidad entre el daño y la acción del agente éste será responsabilizado independientemente de la culpa, como se extrae del § 3º del art. 225 de la Ley Mayor, en concomitancia con el § 1º del art. 14 de la Ley n. 6.938/81. Se trata sin duda de un avance normativo toda vez que no existe necesidad de comprobación de culpa del agente degradador por cuenta del riesgo de la actividad ejercida, ésto facilita la responsabilidad.

Entretanto existen muchas dificultades que precisan ser vencidas a fin de que el principio de responsabilidad sea efectivo como

¹⁶⁹ RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Elementos de direito ambiental: Parte geral*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p.293.

“legitimación, evaluación del daño, autorización administrativa y daño ambiental, nexo causal”¹⁷⁰, entre otras. Corresponde al intérprete, en especial al Judicial el importante papel de la resolución de cuestiones complejas en virtud del daño ambiental con el propósito de efectivizar el Derecho Ambiental.

2.4. PRINCIPIO DE DEMOCRACIA, DE CIUDADANÍA, DE INFORMACIÓN, DE EDUCACIÓN Y DE PARTICIPACIÓN AMBIENTAL

En el presente tópico, los referidos principios enunciados serán tratados en forma conjunta en virtud de la evidente relación entre ellos a fin de que la discusión no se convierta en exhaustiva y repetitiva. Del mismo modo queda sin respuesta la importancia de la pre-comprensión ambiental en la efectivización de ellos, en la medida en que debe existir una sensibilización y sentimiento de cuidado del hombre en relación a la naturaleza. Entre tanto con la manifestación de estos principios habrá una transformación en la pre-comprensión influenciando en la lente por medio de la cual la sociedad vé la realidad. .

En consonancia a lo discutido en reiteradas ocasiones el hombre en su condición de ciudadano se hace titular del derecho al ambiente equilibrado y también sujeto activo del deber fundamental de proteger al ambiente en los términos del art. 225 de la Constitución de la República

¹⁷⁰ LEITE, José Rubens Morato. *Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 64.

Federal de Brasil de 1988, matriz ecológica del orden jurídico-ambiental. El referido dispositivo por medio de un raciocinio jurídico por inducción terminando dando fundamento indirectamente a todos los principios que estructuran al Derecho Ambiental.

Ya en el ámbito internacional se constata que los citados principios se encuentran previstos directa e indirectamente en el principio 10 de la Declaración de Río de 1992, cuya redacción es la siguiente:

A melhor maneira de tratar questões ambientais é assegurar a *participação*, no nível apropriado, de todos os cidadãos interessados. No nível nacional, cada indivíduo deve ter acesso adequado a *informação relativa ao meio ambiente* de que disponham as autoridades públicas, inclusive informações sobre materiais e atividades perigosas em suas comunidades, bem como a oportunidade de *participação de processo de tomada de decisões*. Os Estados devem facilitar e *estimular a conscientização e a participação pública*, colocando a *informação à disposição de todos* (destacado).

Lo primero que merece atención y acaba siendo condición inamovible para los demás es el *principio de democracia ambiental* por encontrarse en la esencia del Derecho Ambiental siendo manifestación conjunta de los principios fundantes de legitimidad y solidaridad así como de los valores justicia y sustentabilidad. El art. 1º, II, de la CF|88, trata, expresamente, de la ciudadanía como principio fundamental del Estado

brasileño y aborda, aún, el principio democrático en el párrafo único del mismo dispositivo al afirmar que “todo poder emana do povo, que o exerce por meio de seus representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

El Derecho Ambiental al revelar como valor-base la sustentabilidad, original del principio de solidaridad exige una nueva concepción de ciudadanía titulada ciudadanía ambiental con una activa participación del pueblo en la calidad de sujeto de derecho-deber del medio ambiente ecológicamente equilibrado. Según Costa (2005):

A partir de uma eficaz participação garante-se o dever-ser perante uma norma, a qual se arraiga à vida cotidiana e torna-se um hábito cultural e espontâneo da sociedade; conhecendo-se a realidade dos problemas ameaçadores da vida, viabiliza-se a formação de juízes valorativos de responsabilidade, sustentabilidade e ética ambiental. Tais seriam as condições necessárias para se fomentar a desejada democracia ambiental¹⁷¹.

En razón de que el atuendo del derecho ambiental saludable sea el de bien difuso y de uso común del pueblo nada más legítimo que el conferir al propio pueblo instrumentos de fiscalización, protección y participación a ser ejercidos por medio del *principio de ciudadanía*

¹⁷¹ COSTA, Melinda de Oliveira Gonsalves Fernández. A ação popular como instrumento de defesa do meio ambiente e exercício da cidadania ambiental. *Direito Público*. Porto Alegre, v. 4, n. 15, 2005, p. 166.

ambiental. Se percibe, pues, que el principio de ciudadanía ambiental es el corolario del principio de democracia ambiental.

Así, se hace necesaria la manifestación de más de un principio que es el de información. En el ámbito del ordenamiento Brasileiro el principio de información se encuentra previsto en los arts. 6º, § 3º, y 10 de la Ley n. 6.938\81. Bajo la óptica de la Constitución de la República Federal de Brasil de 1988, se visualiza que el art. 220 trae expresamente el derecho que la sociedad tiene a ser informada. El derecho al medio ambiente saludable es de todos; luego, en razón de su titularidad difusa todos deben tener acceso a las informaciones relativas al medio ambiente en todas las esferas (municipal, estatal y federal) y la división de las funciones del Poder Público (Ejecutivo, Legislativo y Judicial). Sobre el principio tratado, señala Rodrigues (2005):

Nesse passo, se a informação é relativa a algo cuja titularidade ultrapassa a esfera pessoal de quem a obteve, é fora de dúvidas que ela, a informação, deve ser disponibilizada e socializada com todos os titulares do bem que seja o objeto da informação. Assim, mais do que uma atividade egoísta, a *retenção e guarda* da informação relativa a um bem difuso constitui um gravíssimo desrespeito ético, moral e social, além de ilícito de sonegação de dados dos verdadeiros “proprietários” desse bem: a coletividade. Enfim, se o bem sobre o qual recai a informação é difuso, certamente que o

direito à informação e obtenção de dados acerca desse bem tem igualmente uma natureza difusa¹⁷².

Evidentemente, el acceso concreto a la información efectiva no es sólo un principio de ciudadanía ambiental sino también un principio democrático pues asegura a la colectividad el derecho de mantenerla informada para que pueda participar en la formación de políticas públicas ambientales en modo de controlar el autoritarismo de las acciones públicas así como de los procesos judiciales que involucren litis en torno a la tutela del medio ambiente.

La Ley n. 6.938/81, en su art. 9º VII y XI, insertó entre los instrumentos de Política Nacional del Medio Ambiente la obligación de el Estado de producir un catastro de informaciones ambientales y de asegurar al público la protección de informaciones relativas al medio ambiente¹⁷³.

Un ejemplo interesante es el Informe de Impacto Ambiental – RIMA, que tiene como objetivo hacer accesible al público las informaciones contenidas en el Estudio Previo de Impacto Ambiental –

¹⁷² RODRIGUES, ob. cit., p. 177.

¹⁷³ Muito se tem discutido acerca do direito à informação ambiental, como forma de fiscalizar não só os atos do Poder Público, mas também dos particulares, na medida em que o meio ambiente equilibrado se revela não só como um direito difuso, mas também como um dever, acarretando em obrigações diversas (VILLANUEVA, Claudia. Derecho de acceso a la información ambiental, antecedentes internacionales y legislación nacional. In: DEVIA, Leila(coord.). *Nuevo rumbo ambiental*. Buenos Aires, Madrid: Ciudad Argentina, 2008, p. 326).

EPIA, la obligatoriedad de publicación del pedido de licencia y la publicación de los programas de educación ambiental entre otros¹⁷⁴.

Como manifestación conjunta del principio de información se destaca el *principio de educación ambiental* que fue insertado en la legislación brasilera inicialmente por medio de la Ley n. 6.938/81 y luego por la Constitución de la República Federal de Brasil de 1988, en su art. 225, § 1º, VI, al atribuir al Poder Público la realización de la educación y de la conciencia ambiental en todos los niveles de enseñanza y la concientización pública para la preservación del medio ambiente. Posteriormente siguiendo los dictámenes constitucionales se dió la publicación de la Ley n. 9.795/99, que creó el Programa Nacional de Educación Ambiental. En este contexto resalta Rodrigues (2005):

(...) a *educação ambiental* é mais um meio para se obter a *consciência ecológica* e um novo paradigma ético do homem em relação ao meio ambiente. Sem dúvida que o encontro desse novo *paradigma ético do ser humano* em relação ao meio ambiente culminará com o alcançar de um *desenvolvimento sustentado*, enfim, uma harmonia na relação *homem\natureza*. Se por um lado é inesquecível que a educação ambiental constitui uma técnica instrumental de proteção do meio ambiente que visa colher resultados a longo prazo, essa “demora” será recompensada pelo fato de que tais resultados serão sólidos e disseminados em cadeia, de

¹⁷⁴ RODRIGUES, ob. cit., p. 179-180.

geração para geração, tendo em vista o enraizamento de um “novo comportamento” do indivíduo em relação ao próximo e ao meio em que vive¹⁷⁵.

Se visualiza que la educación ambiental es un instrumento, un medio para transformar la mentalidad del hombre exigiendo transformaciones íntimas y complejas de relación entre él y el medio ambiente.

La Política Nacional de Educación Ambiental asevera que ésta puede ser realizada por el medio formal y no formal. Según su art. 9º, la educación ambiental debe ser implantada obligatoria y formalmente en las currículas de las instituciones de enseñanza pública y privada incluyendo a la educación básica, superior, especial y profesional.

Además, el art.13 de la citada ley impone la necesidad de una educación no formal que debe muñirse de “ações e práticas educativas voltadas para a sensibilização da coletividade sobre as questões ambientais e à sua organização e participação na defesa da qualidade do meio ambiente”. Aquí entra el papel de los medios y de las comunicaciones en masa de las organizaciones no gubernamentales, de las empresas públicas y privadas en el desarrollo de programas de educación ambiental, del Poder Público por medio de políticas públicas educativas y aún de ecoturismo. Sin embargo, es importante considerar el proceso educacional realizado por otros entes tales como grupos

¹⁷⁵ RODRIGUES, ob. cit., p. 181.

espontáneos que surgen en los más variados sectores de la sociedad civil¹⁷⁶.

Es indiscutible que al exigirse que la referida disciplina sea obligatoria en todos los niveles de enseñanza así como el estímulo para la informalidad del proceso educativo se planta la simiente de una nueva relación con la naturaleza. En el entender de Boff (1999), “para cuidar do planeta precisamos todos passar por uma alfabetização ecológica e rever nossos hábitos de consumo”¹⁷⁷.

La educación es capaz de promover cambio de actividades a medida que se transforma al medio en el ver la realidad provocando la conciencia ambiental. A la luz de un sistema aún típicamente capitalista el referido principio refleja la posibilidad del consumo sustentable al permitir la selectividad y el estímulo para el consumo de productos y servicios “más amigos del ambiente”. Se debe tener cautela sin embargo al ponderar acerca de la elección y por la mera comercialización del medio ambiente que viene siendo realizada por los varios detentadores del poder económico.

Desafortunadamente, debido a las dificultades en la implementación de los derechos sociales en países como Brasil en especial el derecho a la educación, es evidente la dificultad en la efectivización de este principio. Entretanto el referido obstáculo no puede

¹⁷⁶ SEARA FILHO, Germano. Apontamento de introdução à educação ambiental. Ambiente. *Revista Cetesb e Tecnologia*, São Paulo, n. 1, [s/d].

¹⁷⁷ BOFF, Leonardo. *Saber cuidar: ética do homem – compaixão pela terra*. Petrópolis: Vozes, 1999.

ser justificativo de inacción por parte de la sociedad. Aquellos que ocupan la parcela privilegiada de la población que tiene acceso a un sistema educacional básico tienen la obligación y el deber no sólo de cambiar de actitud sino también de intentar propagar la conciencia ambiental como forma de efectivización del deber fundamental al medio ambiente ecológicamente equilibrado. El hombre, sin duda, es el principal agente transformador de esta realidad que en unión con fuerzas solidarias contribuye para la concreción del Derecho Ambiental.

Dando continuidad a los principios estructurantes es necesario observar el *principio de participación* el cual es consecuencia del de educación y de información ambiental. Sólo el ciudadano bien informado y educado podrá participar activamente del proceso de construcción de una nueva realidad ecológica ejerciendo auténticamente su legítima ciudadanía. Conforme dice Rodrigues (2005), “o principio da participação é complementar à atuação do Poder Público e está definitivamente atrelado ao Estado Democrático de Direito, em que o povo atua ativamente na política estatal”¹⁷⁸. En la misma línea se manifiesta Milaré (2007):

O direito á participação pressupõe o direito de informação e está a ele intimamente ligado. É que os cidadãos com acesso à informação têm melhores condições de atuar sobre a sociedade, de articular mais eficazmente desejos e ideias e de

¹⁷⁸ RODRIGUES, ob. cit., p. 172.

tomar parte ativa nas decisões que lhe interessam diretamente (...)¹⁷⁹.

El principio de participación aclara la importancia de la cooperación entre Estados y sociedad para resolver la cuestión de la degradación ambiental. La sociedad tiene el derecho de participar dando su opinión en relación a la materia ambiental buscando formular y ejecutar las políticas ambientales. En el ámbito de un proceso judicial podrá el magistrado aún sin previsión específica en el rito procesal escuchar a los estratos sociales en la medida de lo posible por medio de auditorías o de sesiones públicas abiertas a fin de que la sociedad pueda participar y contribuir para una decisión judicial más conveniente con el Estado Ambiental.

Como se vé todos los principios arriba destacados están íntimamente relacionados teniendo en cuenta que por medio de la información determinan que la sociedad tenga acceso a las informaciones generales del Poder Público acerca de políticas públicas y procesos administrativos que involucran al medio ambiente así como el mismo Poder Judicial fiscalizando la realización de los procesos judiciales y luchando por el “buen juzgar ambiental”.

2.5. PRINCIPIO DE PROHIBICIÓN DE RETROCESO ECOLÓGICO

¹⁷⁹ MILARÉ, ob., cit., p. 777.

Con las conquistas jurídico-sociales originadas a partir de la evolución de los derechos fundamentales queda resguardado una especie de patrimonio existencial del hombre que debe ser mantenido no pudiendo volver atrás en forma desfavorable. O sea, a cada conjunto de situaciones jurídicas benéficas a los hombres como la implementación de la dignidad de la persona humana, el referido conjunto debe continuar a existir sólo si está redimensionando a la generación y nunca empeorando. Ésta es la idea del principio de prohibición de retroceso intrínseca a la propia naturaleza de los derechos fundamentales en especial a los derechos de carácter prestacional.

El principio de prohibición de retroceso, en general, se encuentra presente en los derechos fundamentales en especial en los derechos sociales habiendo sido uno de los primeros objetivos de estudio por la doctrina. El objetivo es vincular al legislador infraconstitucional al poder constituyente en la dirección de que la norma infraconstitucional no retroceda en lo que concierne a los derechos fundamentales declarados y asegurados por la Constitución. Según Sarlet (2007), el referido principio encuentra recepción en el principio de seguridad jurídica, en el principio de protección de la confianza o así mismo en la previsibilidad del encuadramiento normativo de las relaciones jurídicas pudiéndose lo escuadrar dentro de las garantías constitucionales del derecho adquirido,

de la cosa juzgada y del acto jurídico perfecto así como dentro de las limitaciones materiales del poder de reforma constitucional¹⁸⁰.

Evidentemente el referido principio busca proteger a los titulares de los derechos fundamentales de la actuación del legislador toda vez que éste no puede elaborar una norma infraconstitucional que venga a retroceder en las garantías y en las tutelas jurídicas ya existentes en el momento de su elaboración. Se trata de una “garantía constitucional do cidadão contra o órgão legislador no intuito de salvaguardar os seus direitos fundamentais consagrados pela Constituição, aos quais o legislador deve atender na maior medida possível”¹⁸¹. Acerca del tema, manifiesta Sarlet (2007):

(...) negar reconhecimento ao princípio da proibição do retrocesso significa, em última análise, admitir que os órgãos legislativos (assim como o poder público de um modo geral), a despeito de estarem inquestionavelmente vinculados aos direitos fundamentais e às normas constitucionais em geral, dispõem do poder de tomar livremente suas decisões mesmo em flagrante desrespeito à vontade expressa do Constituinte¹⁸².

La prohibición de retroceso se basa, además, en la existencia de un contenido esencial de los derechos fundamentales, o sea, en el mínimo existencial para que se pueda vivir dignamente. Además de la

¹⁸⁰ SARLET, ob. cit., p. 412-425.

¹⁸¹ FENSTERSEIFER, ob. cit., p. 259.

¹⁸² SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 428.

imposibilidad de retroceder para empeorar las condiciones jurídicas de los individuos, la prohibición de retroceso debe buscar el garantizar el mínimo existencial que está vinculado al contenido esencial de los derechos fundamentales. También porque en lo que concierne a la restricción de los derechos fundamentales como se verá más adelante ésta se encuentra limitada al núcleo esencial que traduce la dignidad humana y la propia justicia que es la razón de ser del Derecho.

En el mismo sentir es que la doctrina ambientalista señala la existencia del principio de prohibición de retroceso ecológico fundamentado implícitamente en la dignidad de la persona humana (art. 1º, III, de la CF\88) y en el art. 225, raíz ecológica del ambientalismo brasileiro. Si existe una nueva dimensión de derechos fundamentales en especial el derecho fundamental al medio ambiente ecológicamente equilibrado las nuevas condiciones jurídicas protectoras del hombre están constituidas para que tenga una saludable calidad de vida. Luego, la tutela normativa del medio ambiente debe operar en modo progresivo en el ámbito de las relaciones jurídicas con el objetivo de ampliar la calidad de vida existente hoy. Se busca pues la materialización de la dignidad de la persona humana no pudiendo así retroceder a un nivel de protección inferior a aquél visualizado en este mismo “hoy”.

Molinero (2007), uno de los pioneros de la temática en Brasil prefiere llamarlo “principio de prohibición da retrogradación socioambiental” en vez de prohibición de retroceso ecológico como señala

la mayoría de la doctrina iusambiental en la medida en que según el autor, “retrogradar expresa mejor la idea de retroceder, de ir para atrás en el tiempo y en el espacio”, principalmente cuando se trata de protección al medio ambiente. Explica, además:

(...) o que o direito ambiental objetiva é proteger, promover e evitar a degradação do ambiente, portanto, intensamente deve coibir a retrogradação que representa uma violação dos direitos humanos, e uma transgressão a direitos fundamentais. Ao atingir-se ao estado superior, não se deve retornar a estágios inferiores, expressa a máxima central do primado da evolução dos seres e das coisas. Portanto, não se deve permitir o movimento de recuo, o declínio, o deslocamento para trás em materia socio-ambiental¹⁸³.

También señala el autor que el referido principio es el “sintagma proposicional de todos los demás principios del derecho ambiental” fundamentando por lo tanto su efectivización¹⁸⁴. Es importante mencionar que la prohibición de retroceso ambiental no puede dejar de ser cumplida alegando “reserva de lo posible”, o sea, no existe posibilidad de negarse a la calidad de un Estado-Socioambiental alegando la carencia de recursos

¹⁸³ MOLINARO, Carlos Alberto. *Direito ambiental: proibição de retrocesso*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 67-68.

¹⁸⁴ *Ibidem*, p. 100.

materiales y humanos para concretar la prohibición de degradación ambiental”¹⁸⁵.

Acerca del tema, afirma Krell (2008) que el principio de la prohibición de retroceso ecológico implica la protección del núcleo esencial del derecho fundamental al medio ambiente y de los demás que están en juego. El límite de este contenido, según el autor debe ser considerado en cada caso concreto no pudiendo nunca hacerlo en abstracto, “mediante emprego do método da ponderação das posições jurídicas, bens e interesses envolvidos”. En consecuencia las medidas excesivas y desproporcionadas están prohibidas¹⁸⁶.

Es de resaltar, entretanto, que el estudio del referido principio aún es embrionario en el seno de la doctrina lo que no lo torna menos precioso en relación con los demás. Al contrario, es importante su maduración en el ámbito de la investigación jurídica a fin de que gradualmente la prohibición de retroceso ecológico sea efectivamente una guía material e instrumental para el poder Público en la adopción de sus políticas públicas así como en el control realizado por el Poder Judicial. En esta línea, enseña Canotilho (2004) que la prohibición constitucional de retroceso ecológico-ambiental es utilizada como instrumento de criterio

¹⁸⁵ Ibidem, p. 112-113.

¹⁸⁶ KRELL, Andreas J. *Desenvolvimento sustentável às avessas nas praias de Maceió* AL: a liberação de espigões pelo novo Código de Urbanismo e Edificações Maceió: EDUFAL, 2008, p. 68.

de evaluación del riesgo global, debiendo por lo tanto ser utilizada la ponderación y el balanceo de los bienes involucrados¹⁸⁷.

Por lo tanto, el principio de la prohibición de retroceso ecológico significa que a menos que las circunstancias de hecho se alteren significativamente no se tiene que admitir el retroceso a niveles de protección inferiores a los anteriormente consagrados implicando pues límites a la adopción de legislación de revisión o derogación, así como en lo que concierne a las cláusulas pétreas. Sobre la importancia edificadora de este principio, aclara Fensterseifer (2008):

(...) o princípio da proibição do retrocesso ambiental guarda importância ímpar na edificação do Estado Socioambiental do Direito, pois busca estabelecer um piso mínimo de proteção ambiental, para além do qual as futuras medidas normativas de tutela devem rumar e ampliar-se, contemplando sempre um nível cada vez mais amplo da qualidade ambiental e salvaguarda da dignidade humana, sem deixar de lado a nossa responsabilidade para com as gerações humanas vindouras¹⁸⁸

Como se vé, el principio de prohibición de retroceso ecológico se califica como uno de los estructurantes del Derecho Ambiental imprescindible para efectivizar los postulados y las metas del nuevo paradigma estatal, ya se ha visto que se objetiva el alcanzar condiciones

¹⁸⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 2004, p. 183.

¹⁸⁸ FENSTERSEIFER, ob. cit., p. 263.

de vida sustentable no sólo para las presentes generaciones sino también para aquellas que aún están por venir en consonancia con la solidaridad y con la justicia.

2.6. PRINCIPIO DEL MÍNIMO EXISTENCIAL ECOLÓGICO

El Estado tiene la obligación de implementar políticas públicas que propicien una condición de vida digna para todos y que garanticen condiciones mínimas de sobrevivencia al ser humano, o sea, el mínimo existencial¹⁸⁹. Ésto se debe a la dimensión prestacional de varios derechos fundamentales que exigen actividades positivas del Poder Público¹⁹⁰.

El mínimo existencial es el contenido “inderogable de los derechos fundamentales”¹⁹¹, relacionándolo con el mínimo de condición para vivir dignamente. Sarlet (2008) señala que fue en Alemania donde primero se elaboró dogmáticamente la idea de derechos y garantías fundamentales relacionados a condiciones mínimas para vivir dignamente¹⁹².

¹⁸⁹ CLÉVE, Clémerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais, *Revista de direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, n. 54, p. 28-39, jan.\mar, 2006, p. 38.

¹⁹⁰ SANTOS, Fernando. A efetividade dos direitos fundamentais sociais e controle das políticas públicas à luz da teoria dos princípios. *Revista de Informação Legislativa, Brasília, a. 44, n. 175, p. 219-230, jul\set. 2007, p. 219.*

¹⁹¹ GARCIA, Emerson. O direito à educação a sua perspectiva de efetividade. In: GARCIA, Emerson (coord.). *A efetividade dos direitos sociais*. Rio de janeiro; Lúmen Juris, p. 149-198, 2004, p. 194.

¹⁹² SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo

No existe dispositivo expreso en el Texto Constitucional que trate al referido principio pero es indiscutible que su previsión es captada indudablemente de la dignidad de la persona humana, conforme al art. 1º, III, de la Constitución de la República Federal de Brasil de 1988, corazón de todos los derechos fundamentales¹⁹³ Acerca del tema, observa Reis (2004):

(...) embora chamados de “sociais” e tendo sempre sua dimensão coletiva destacada, tais direitos também possuem um núcleo essencial mínimo, o qual quando desrespeitado, acarreta violação á dignidad do Homem, em especial a daqueles economicamente hipossuficientes, e que têm un maior grau de dependência com o Estado¹⁹⁴.

Parece obvio que la dignidad de la persona no se materializa si un mínimo para la existencia humana no fuese garantizado pues ambos están directamente ligados pudiendo inclusive confundirse conforme al entendimiento de Clève (2006):

(...) A obrigação do Estado consistente no respeito ao mínimo existencial (não há dignidad sem o mínimo necessário para a

Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (orgs.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 11-53, 2008, p. 18.

¹⁹³ Ibidem, p. 24-25.

¹⁹⁴ REIS, Carlos Bernardo Alves Aarão. Notas acerca da efetividade dos direitos fundamentais sociais como limite à discricionariedade administrativa. In: GARCIA, Emerson (coord.). *A efetividade dos direitos sociais*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 253- 377, 2004, p. 362.

existência). Ou seja, as prestações do poder público decorrente do reconhecimento dos direitos fundamentais poderão ser progressivamente incrementadas. Todavia, o mínimo existencial implica, desde logo, o respeito a uma dimensão prestacional mínima dos direitos sociais. O definir esse mínimo não é tarefa fácil¹⁹⁵.

Sin embargo, en el paradigma del Estado Ambiental el principio del mínimo existencial toma una nueva dimensión para incluir el mínimo de equilibrio ambiental. O sea, además de los derechos ya identificados por la doctrina como integrantes de este mínimo existencial (saneamiento básico, morada digna, educación fundamental, alimentación suficiente, salud básica, entre otros), se debe incluir dentro de este conjunto la calidad ambiental con miras a concretar “uma existência humana digna e saudável ajustada aos novos valores e direitos constitucionais da matriz ecológica”¹⁹⁶.

De acuerdo con lo que explica Molinaro (2007), se busca la “identificação de um conjunto normativo que atenda um compromisso antrópico viabilizador da existência do ser humano, defendendo, antes de tudo, sua dignidade, dirigindo-se à manutenção de um estágio mínimo ao ambiente, vedando-se a degradação do mesmo”¹⁹⁷. Así, antes de existir un mínimo ecológico existe necesariamente un mínimo social. O mejor expresado el mínimo social está contenido en el ambiental.

¹⁹⁵ CLÉVE, ob. cit., p. 38.

¹⁹⁶ FENSTERSEIFER, ob. cit., p. 264.

¹⁹⁷ MOLINARO, ob. cit., p. 68.

El sesgo ecológico de este mínimo encuentra fundamentación en el art. 225, de la Constitución de la República Federal de Brasil de 1988, teniendo en cuenta la existencia de una dimensión ecológica de dignidad humana que alcanza a la presente generación y también a las venideras. En la misma línea, el referido principio sólo tiene razón de existir en virtud del núcleo esencial de los derechos fundamentales ya que a todas las personas les debe ser garantizado un contenido esencial vinculado naturalmente al mínimo existencial.

Existe aún una fuerte relación entre la protección del mínimo existencial ecológico con el principio de precaución por medio de dos manifestaciones *in dubbio pro ambiente* que como dicho anteriormente no puede ser absoluta.

Nunca está de más recordar que el cumplimiento de su contenido deberá ser realizado según las orientaciones de la Responsabilidad civil por daños causados al medio ambiente en consecuencia de residuos sólidos domésticos en especial en lo respectivo a los principios fundantes, al principio de ponderación, al principio de proporcionalidad, al principio de razonabilidad y al principio de precaución.

Así, para buscar los fundamentos del principio del mínimo existencial ecológico se debe en un primer momento ampliar el concepto de mínimo existencial clásico para incluir la idea de calidad ambiental teniendo en cuenta que poseer una vida digna exige mucho más que

simplemente sobrevivir¹⁹⁸. El mínimo existencial ecológico no debe ser entendido como el básico de supervivencia. Es mucho más que esto pues la degradación ambiental muchas veces coloca en riesgo la vida humana y la de otras especies. Se debe procurar, por lo tanto, el mantenimiento de un conjunto de condiciones básicas que propicien una vida digna incluyendo por lo tanto una calidad ambiental adecuada.

Un punto importante que merece ser destacado es que el principio del mínimo existencial ecológico no defiende sólo que las condiciones básicas de calidad ambiental sean garantizadas. La concreción del derecho fundamental al medio ambiente ecológico equilibrado así como de los demás derechos prestacionales que ocupan el conjunto de estas condiciones mínimas no puede ser reducida simplemente a garantizar el mínimo existencial. Debe ser concebido en la forma más amplia posible con la incorporación de la calidad ambiental como un nuevo contenido en el núcleo protectorio. Lo que se debe tener en mente es que el Estado debe buscar herramientas que efectivicen al máximo la Responsabilidad Civil por daños causados al ambiente a consecuencia de residuos sólidos domésticos y también efectivizar el derecho fundamental al medio ambiente ecológicamente equilibrado.

2.7. PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD

¹⁹⁸ SARLET, ob. cit., p. 21.

El principio de razonabilidad es un importante instrumento interpretativo pues fundamenta en forma objetiva la utilización del buen sentido durante la elección realizada por el aplicador. Determina que debe haber razonabilidad en la utilización de los recursos naturales por el hombre y que el Derecho Ambiental tiene legitimidad para regular esta relación.

El referido principio tuvo origen en la jurisprudencia constitucional norteamericana como un movimiento natural de tensiones sociales. El objetivo original de la razonabilidad no era limitar el poder del Estado evitando el abuso como pretende la proporcionalidad conforme será analizado más adelante. Con la evolución de la dimensión sustantiva del debido proceso legal la Corte norteamericana pasó a conferir atención a los exámenes de racionalidad y de razonabilidad de los actores administrativos y normativos surgidos del Poder Público fortaleciendo, por consiguiente, el principio de razonabilidad¹⁹⁹.

Muchos confunden razonabilidad con proporcionalidad, institutos que son absolutamente distintos a pesar de ser complementarios. Existe quien defiende que los referidos principios son fungibles, o sea, sustituibles descaracterizando por consiguiente a la propia esencia de ellos. No se adopta, entretanto, tal interpretación. La razonabilidad según Ávila (2008), “(...) não faz referência a uma relação de causalidade entre

¹⁹⁹ GUERRA, Sérgio. *Controle judicial dos atos regulatórios*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 308.

um meio e um fim, tal qual o faz o postulado da proporcionalidade”²⁰⁰. Fundamentalmente, en el sentido del doctrinario el principio de razonabilidad busca armonizar lo general con lo individual tomando en cuenta las circunstancias particulares de los factores concretos en cuanto a la aplicación del Derecho.

Al analizar el tema, Morais (2004) señala que el principio de razonabilidad posee dos acepciones: *el test de racionalidad o test de razonabilidad*. Según la autora el principio trata de la racionalidad de la medida (*rational decision-making*), o sea, de su lógica interna. Se percibe aquí cierta similitud con los dos primeros subprincipios de la proporcionalidad (la adecuación y la necesidad) utilizados por el juez como forma de analizar si los elementos son pertinentes para determinada decisión²⁰¹. Por defender que la razonabilidad es un instituto autónomo de la proporcionalidad es que el test de racionalidad no será aquí considerado ni utilizado pues ya se encuentra amparado por la proporcionalidad de los mismos.

Sin embargo, cuando se invoca el test de razonabilidad se percibe que el objetivo es identificar decisiones que ninguna autoridad razonable podría haber tomado teniendo como base los *standards del* sentido común de una comunidad. Por ello, el juzgador (o intérprete en general) no puede tomar una decisión en base sólo a su sentido individual, sino al

²⁰⁰ AVILA, Humberto. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

²⁰¹ MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da administração pública*. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2004, p. 139.

revés, se debe guiar por el consenso de la comunidad en la cual está inserto.

Una cuestión interesante gira en torno de cómo saber lo que es consenso de la comunidad. Considerándolo oportuno, se puede destacar la explicación de Habermas (2006) cuando defiende la acción comunicativa revelada en un procedimiento argumentativo de un discurso dirigido al consenso. Sostiene que el discurso garantiza dos condiciones básicas en forma simultánea:

(...) que todo participante individual é livre, no sentido de ter autoridade epistêmica na primeira pessoa ao dizer “sim” e “não”, (...), que esta autoridade epistêmica se exerça com a busca de um acordo arrazoado, de modo que se selecionem soluções que sejam racionalmente aceitáveis para todos os implicados e atingidos²⁰² (Traduzido).

Traducción Libre: (...) que todo participante individual es libre en el sentido de tener autoridad epistémica en primera persona al decir “sí” y “no”, (...), que esta autoridad epistémica se ejerza com la búsqueda de un acuerdo razonado de modo que se seleccionen soluciones que sean racionalmente aceptables para todos los implicados y alcanzados²⁰³ (Traducido).

²⁰² HABERMAS, Jürgen. *La ética del discurso y la cuestión de la verdad*. Tradução de Ramón Vilà Vernis. Buenos Aires: Paidós, 2006, p. 30-31.

²⁰³ HABERMAS, Jürgen. *La ética del discurso y la cuestión de la verdad*. Tradução de Ramón Vilà Vernis. Buenos Aires: Paidós, 2006, p. 30-31.

Así, propone una ética del discurso para esclarecer no sólo las cuestiones de comprensión intersubjetiva sino también identificar por medio de los presupuestos pragmáticos del lenguaje una fundamentación intersubjetiva y también racional de las normas jurídicas.

Además, el principio de razonabilidad se encuentra pautado en la lógica de lo razonable de Siches (1973)²⁰⁴, defender la lógica formal²⁰⁵ basada en el positivismo jurídico es insuficiente para el Derecho.

Como parte integrante de la Responsabilidad Civil por daños causados al medio ambiente a consecuencia de residuos sólidos domésticos el tan esperado buen sentido debe orientar al intérprete en todos los momentos debiendo ser considerado como intrínseco al sujeto. La racionalidad clásica no tiene como atender las demandas de la sociedad de riesgo que exige del juez conocimientos extrajurídicos cada vez más diversos y complejos para decidir los *hardcase*. Por ello, toda esta idea en torno a la dialéctica, de la apertura del Derecho a los valores y a los daños causados al medio ambiente a consecuencia de residuos sólidos domésticos y de otras peculiaridades abordadas fundamentan la utilización de la razonabilidad en la aplicación del principio de precaución, del principio de interpretación más amigable al ambiente además de todas

²⁰⁴ SICHES, Luis Recaséns. *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*. 2. ed. México: Porrúa, 1973, p. 278.

²⁰⁵ Na lição de Alves, a lógica formal estabelece “as condições de acordo com o pensamento consigo mesmo, estudando a sua validade intrínseca, isto é, sua forma” (ALVES, Alaôr Caffé *Lógica: pensamento formal e argumentação*. 4. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 141).

las manifestaciones y decisiones a ser tomadas por el intérprete durante la Responsabilidad Civil por daños causados al medio ambiente a consecuencia de residuos sólidos domésticos.

2.8. COLISIÓN CON EL DERECHO FUNDAMENTAL AL MEDIO AMBIENTE

Como se ha visto en el desarrollo de esta Tesis el medio ambiente saludable posee naturaleza jurídica de derecho y deber fundamental, conforme preceptúa el art. 225 de la CF\88. Sin embargo, de la misma forma que el medio ambiente es un derecho fundamental existe un inmenso listado de derechos fundamentales elegidos por el constituyente estando todos en el mismo nivel ya que no existe jerarquía en un primer momento entre ellos según Alexy (2010)²⁰⁶. Los derechos fundamentales poseen naturaleza jurídica de principios lo que por su característica *prima facie* hace que entren fácilmente en curso de colisión con otros derechos fundamentales. Es común visualizar en la Constitución normas en direcciones opuestas teniendo en cuenta que reflejan una diversidad ideológica con intereses diferentes. La idea de pluralismo y de democracia es suficiente para explicar la tensión de las normas constitucionales.

²⁰⁶ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 255.

Como los derechos fundamentales son principios es indiscutible que la verificación de una colisión real, en este caso, demanda un esfuerzo interpretativo mucho mayor que en relación a las reglas. Ésto se debe al hecho de que los principios son abiertos y poseen una serie indeterminada de *facti species*²⁰⁷, o sea, de situaciones concretas en su ámbito normativo. Los criterios tradicionales de antinomias no son suficientes para lidiar con la colisión de derechos fundamentales lo que implica la necesidad de una técnica específica de solución²⁰⁸.

Todo derecho fundamental posee un contenido esencial que precisa ser resguardado con íntimo ligamen al mínimo existencial y a la dignidad de la persona humana. Por ello, es inevitable la restricción de derechos fundamentales quedando sin embargo el saber cuáles son los medios idóneos, legítimos y constitucionales para hacerlo.

En este tópico se tratar en un primer momento sobre la restricción de los derechos fundamentales en especial el derecho al ambiente, así como la protección de su contenido esencial. En seguida, se pasa a analizar el principio de ponderación y de balance con el propósito de sopesar los bienes, valores e intereses en juego, técnica interpretativa y argumentativa específica para lidiar con la colisión de principios. Finalmente al definir la referida jerarquía axiológica a la luz de la balanza hipotética del Estado de Derecho Ambiental incumbe verificar cuáles son

²⁰⁷ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: RT, 1990, p. 42.

²⁰⁸ CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. *Colisão entre princípios constitucionais. Razoabilidade proporcionalidade e argumentação jurídica*. Curitiba: Juruá, 2006, p. 190.

los medios y las medidas legítimas para garantizar en la mayor medida posible el derecho fundamental que prevalece evitando al máximo el sacrificio de los demás en razón de la protección del contenido esencial. Los principios fundantes y estructurantes del Estado Ecológico así como los principios de interpretación constitucionales serán utilizados como instrumentos argumentativos en la aplicación de las técnicas antes expuestas. .

2.8.1. LA RESTRICCIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL AL MEDIO AMBIENTE Y LA PROTECCIÓN DE SU CONTENIDO ESENCIAL

Una teoría de las restricciones de los derechos fundamentales parte del presupuesto de que los derechos fundamentales son restringidos, limitados, relativos, que no son absolutos. Así, ante la limitación de los derechos se percibe que el carácter restrictivo es una de las características distintivas de la concepción misma del derecho y por lo tanto del concepto de derecho fundamental²⁰⁹. Principalmente, frente al carácter no absoluto de los derechos fundamentales el examen de la fundamentación de las restricciones ocupa un papel central en la “dogmática dos direitos fundamentais e para a decisão final acerca de sua constitucionalidade (restrição permitida) ou inconstitucionalidade

²⁰⁹ MOTA, Marcel. *Pós-positivismo e restrições de direitos fundamentais*. Fortaleza: Omni, 2006, p. 71.

(violação)”²¹⁰. En el ámbito del derecho brasileiro la discusión se torna interesante por el hecho de que la Constitución Federal de 1988 no previera en forma expresa como se debía proceder ante la restricción de derechos fundamentales.

Barros (1996)²¹¹, al analizar la identificación de los límites a la restricción de derechos fundamentales en la Constitución Federal, alude a las restricciones legales simples, a las reservas calificadas y a los derechos fundamentales sin expresa previsión legal. En las *restricciones legales simples* existe una remisión integral al legislador quien tiene la posibilidad de restringir el ámbito de protección de los derechos fundamentales inclusive por medio de la comprensión de conceptos o institutos jurídicos. Tratándose de las *restricciones legales calificadas* la Constitución fija las condiciones en que se hará la restricción, los fines a ser perseguidos y los medios a ser utilizados. En caso de no haber previsión expresa como es el caso de la Constitución brasileira la autora entiende que puede ocurrir la intervención del legislador.

El mismo entender es sustentado por Mendes²¹² (2000), en el sentido de que tal posibilidad deriva del art. 5º II, de la Ley Mayor al establecer una “clausula de reserva legal subsidiaria”. Defiende el autor

²¹⁰ SILVA, Virgílio Afonso da Silva. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 110.

²¹¹ BARROS, Susana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília jurídica, 1996, p. 161.

²¹² MENDES, Gilmar Ferreira. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília jurídica, 2000, p. 227.

que en el caso de derechos fundamentales no sometidos a reserva de ley restrictiva la acción limitadora debe encontrarse revestida de intensa cautela. En relación a los bienes jurídicos frente a los cuales sería admisible la restricción, Mendes (2000) argumenta que amparado en la doctrina alemana debe tratarse sobre derechos de terceros o revestir jerarquía constitucional.

Ya el jurista portugués Novais (2003)²¹³, sin embargo, critica la posición adoptada por Mendes (2002), explicando que aquello que debe prevalecer es el contenido material del bien en causa y no su localización formal en un plano constitucional o infraconstitucional así como el peso relativo de cada uno de los bienes en colisión.

En general, las restricciones ocurren cuando existe alguna acción u omisión de los poderes públicos sea del Ejecutivo, del Legislativo o del Judicial en el sentido de afectar en forma desventajosa el contenido de un derecho fundamental reduciendo, eliminando o dificultando las vías de acceso al bien en él protegido y la posibilidad de su fruición por parte de los titulares reales o potenciales de un derecho fundamental. Existe así el debilitamiento de deberes y obligaciones en sentido amplio que da necesidad a su garantía y promoción resultante por el Estado²¹⁴.

Según Novais (2003)²¹⁵, se puede hablar sin restricciones en *sentido amplio* incluyendo además de manifestaciones de contenido

²¹³ NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições dos direitos fundamentais*. Não expressamente autorizadas pela Constituição. Coimbra: Coimbra, 2003, p. 620-621.

²¹⁴ NOVAIS, ob, cit., p. 157.

²¹⁵ Ibidem, p. 209

jurídico las intervenciones fácticas sobre derechos fundamentales y sin embargo en sentido estricto tratándose de las actuaciones normativas o leyes restrictivas en los términos del art. 18 de la Constitución de la República Portuguesa.

Mota (2006)²¹⁶, destaca que el carácter limitado de los derechos puede ser visualizado a partir de diversas perspectivas como la filosófica, histórica, sociológica y jurídica cada cual responsable por un modo de explicación sobre la restricción de derechos.

En el prisma jurídico es importante destacar que los derechos fundamentales tienen doble carácter pues son en primer lugar derechos subjetivos y como tales implican un deber objetivo del Estado. Sea como derechos subjetivos o como deberes objetivos los derechos fundamentales son limitados debiéndose conjugar los derechos entre si y armonizar los principios constitucionales tomando en cuenta la unidad de la Constitución²¹⁷. En el caso en debate, se constata la doble dimensionalidad del derecho fundamental al medio ambiente.

Pereira (2006)²¹⁸ explica que al mismo tiempo en que los derechos fundamentales son limitados, ellos sufren limitaciones, constituyendo límites a la actividad estatal. Los derechos fundamentales dirigen la acción estatal en dos dimensiones, la primera como obstáculo a

²¹⁶ MOTA, ob. cit., p. 71.

²¹⁷ Ibidem, p. 75-76.

²¹⁸ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. As restrições aos direitos fundamentais nas relações especiais de sujeição. In: SARMENTO, Daniel & GALDINO, Flávio (org.). *Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 605.

la actuación del Estado correspondiendo a un catálogo de competencias negativas del Poder Público y la segunda operando como guías de acción estatal ordenando la realización de tareas y la consecución de objetivos del Poder Público.

Acerca del carácter normativo de los principios, Cristovão²¹⁹ ilustra que se constituyen en normas que fundamentan y sustentan el sistema constitucional, las pautas normativas basales del ordenamiento jurídico. Prosigue, aún, el citado autor aseverando que los principios “norteiam e vinculam a atuação tanto do Poder Público como dos particulares, ostentando eficácia jurídica ativa e vinculante”²²⁰.

Así es necesaria la estructuración de mecanismos de resolución de la colisión entre principios que deben superar el prisma de la validez unido a los conflictos entre reglas alcanzando las calidades de densidad, peso e importancia que para Cristovão (2006)²²¹, son propias de los principios jurídicos. En estas situaciones un principio debe ser alejado para la aplicación del otro como forma de garantizar la armonía y la coherencia del ordenamiento constitucional. Ésto se debe al hecho de que a pesar de que ocurran restricciones es preciso observar el contenido esencial de aquel derecho fundamental que no prevaleció. En la misma línea destaca Krell (2008):

²¹⁹ CRISTOVÃO, ob. cit., p. 189.

²²⁰ Ibidem, p. 190.

²²¹ Idem.

Todos os direitos fundamentais são, ao mesmo tempo, normas principiológicas, proibindo-se excluir um princípio por inteiro para prestigiar outro, sendo necessária sua compatibilização, que somente se torna viável através de um processo de avaliação material dos valores e interesses subjacentes, sejam eles públicos ou privados, na base de um raciocínio de razoabilidade e proporcionalidade²²².

Se percibe, por lo tanto que al adoptar el soporte fáctico amplio para los derechos fundamentales existirá un aumento de colisión entre ellos ya que ampliará la cantidad de conductas, de situaciones y de posiciones jurídicas protegidas en virtud del carácter *prima facie* de los principios. Basta pensar en el derecho al medio ambiente que intuitiva y racionalmente parece que colisiona entre otros con el derecho a la propiedad y con el derecho al desarrollo económico.

La colisión real entre derechos fundamentales ocurre cuando los ámbitos normativos de dos o más normas de derechos fundamentales o mejor de dos o más enunciados o proposiciones normativas que consagran derechos fundamentales son idénticos total o en parte en el modo de tratar el mismo caso en concreto.

En este momento ya se inicia el proceso interpretativo cuando el jurista analiza cuál sería el contenido de un derecho fundamental o sea los presupuestos fácticos sobre los cuales la protección de éste versa o

²²² KRELL, ob. cit., p. 76.

no a fin de verificar los límites de la restricción. En consonancia a lo que explica Steinmetz (2001):

Somente haverá colisão real se os direitos fundamentais conflitantes forem estatuídos diretamente pela Constituição, mediante disposição expressa, ou se puder deduzir as normas de direitos fundamentais conflitantes. Assim, a caracterização da colisão pressupõe a interpretação constitucional²²³.

Vale recordar que se adopta la teoría del contenido esencial relativo, o sea, es variable de acuerdo con los fundamentos fácticos y jurídicos del caso en concreto. Es maleable, siendo definido por el intérprete en el momento de su aplicación mediante los principios de la ponderación y de la proporcionalidad.

Los principios de precaución (inclusive su manifestación por medio del principio *in dubio pro naturaliza* del mínimo existencial ecológico y de prohibición de retroceso ecológico tendrán también un papel imprescindible en la delimitación del núcleo esencial del derecho al medio ambiente.

Aunque el contenido esencial sea relativo, esto no significa que no le sea dada la importancia debida. Relativización no se confunde con banalización, con arbitrariedad. La referida relativización se adjunta con la relación de lo deóntico (deber-ser) y lo apofántico (ser) exigiendo del

²²³ STEINMETZ, ob. cit., p. 140.

intérprete un papel de adecuación entre ellos de acuerdo con las particularidades del caso.

La protección del contenido esencial se justifica del mismo modo en la propia dignidad de la persona humana, corazón de los derechos fundamentales. Se entiende que contenido esencial, dignidad de la persona y justicia están íntimamente relacionados pudiendo, inclusive, confundirse. Como se observó en otra oportunidad se trata de conceptos y marcos creados por el constituyente pero que serán completados y limitados por el intérprete por medio de la dialéctica. Deónticamente no existen dudas de que los referidos institutos hayan sido creados con objetivos distintos. Sin embargo de su aplicación es inevitable su complementación y hasta confusión. Se trata de la razón de ser del Derecho.

Por ello cuando ocurre la colisión entre el derecho fundamental al medio ambiente con otros derechos fundamentales aquél que no prevalece en el caso en concreto no puede ser simplemente excluido del orden jurídico porque desnaturalizaría a la propia esencia del Derecho.

2.8.2. EL PRINCIPIO DE EQUILIBRIO Y DE PONDERACIÓN

Ante la colisión del derecho al medio ambiente con otro derecho fundamental en un primer momento el intérprete deberá utilizar el principio de equilibrio y de ponderación para tentar de armonizar los bienes, los

valores e intereses involucrados en el caso concreto. Se utilizará por consiguiente la optimización sugerida por Alexy (2010), con el fin de que los referidos principios sean realizados en la mayor medida posible ante las posibilidades fácticas y jurídicas existentes²²⁴.

Aunque en el ámbito dogmático-jurídico (teórico) no haya jerarquía de derechos fundamentales habrá en el caso en concreto un ordenamiento teniendo como peso mayor el medio ambiente lo que no implica que la referida premisa obligatoriamente se perpetuará al final de la resolución. O sea, en el momento de aplicación en el campo pragmático deberá observarse el peso de los valores y de los bienes involucrados dentro de cada derecho fundamental que está en juego en el caso en concreto. Y como no podría dejar de ser el medio ambiente tiene (y debe ser) de mayor influencia en la solución ya que es a partir de él que surgen los demás derechos fundamentales como lo es el derecho a la vida. La justificación es simple: no existe vida (así como los otros derechos) de no haber planeta. La pre-comprensión ambiental va a ejercer en este momento influencia en la captación de sentido del intérprete al ponderar los intereses en la balanza hipotética del Derecho Ambiental y en la Responsabilidad Civil por daños ambientales derivados de residuos sólidos domésticos.

La prioridad del ambiente para algunos es absoluta en la medida en que “se encuentra por encima de cualquier otro derecho pues habla al

²²⁴ ALEXY, ob. cit., p. 117-118.

respecto de la garantía a la vida”²²⁵. Entretanto, no es compatible con la tesis totalitaria ya que el equilibrio debe ser hecho en el caso en concreto dependiendo de otros derechos fundamentales involucrados²²⁶. Lo que se defiende es una prioridad relativa, o sea, inicial del medio ambiente premisa ésta que debe estar obligatoriamente en la pre-comprensión del intérprete al analizar el caso en concreto.

El equilibrio, en general, es utilizado para fijar las “relaciones condicionadas de precedencia”²²⁷. Existe acatamiento de uno en relación a otro sin que ésto implique falta de respeto al que no prevaleció²²⁸. Es por lo tanto un procedimiento típico de colisión entre principios.

Enseña Garcia (2004)²²⁹ que el equilibrio en sentido estricto viene a ser el método jurisdiccional que trata del pronunciamiento de constitucionalidad o no de una situación de hecho dada en concreto. Se formulan jerarquías que no deben ser absolutas pues toman en consideración sólo el peso específico de los intereses relevantes en concreto.

La doctrina es prácticamente unánime al defender una jerarquía relativa pues en caso contrario acarrearía la inoperancia lógica por cuenta

²²⁵ OLIVEIRA, Helli Alves de. Intervenção estatal na propriedade privada motivada pela defesa ambiental. *Revista Forense*, v. 317, p. 141, 1992, apud Benjamin, ob. cit., p. 98.

²²⁶ Afirma Nunes Junior que se deve afastar “a visão ambiental ‘totalitária’, voltada para proteção maximalista do meio ambiente em detrimento de outros direitos fundamentais” (NUNES JUNIOR, Amandino Teixeira. O Estado Ambiental de Direito. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: Senado Federal, p. 295-307, a. 41. n. 163, jul.|set. 2004, p. 298).

²²⁷ SILVA, ob. cit., p. 50.

²²⁸ GUERRA FILHO, ob. cit., p. 45.

²²⁹ GARCIA, ob. cit., p. 436.

del principio de unidad de la Constitución. El objetivo del principio de equilibrio no es crear una fórmula de jerarquización de valores sino que dentro de esta jerarquía hay que buscar soluciones armónicas.

En la lección de Alexy (2010), la ponderación busca saber “(...) qual dos interesses - que abstratamente estão no mesmo nível – tem maior peso no caso concreto”²³⁰. En el mismo sentido observa Stumm que “a solução, agora, será dada pelo caso concreto, pois é no momento da concreção que os princípios relevam seus diferentes pesos”²³¹.

Como se vé, la ponderación es realizada en un momento anterior al principio de proporcionalidad al buscar balancear los intereses, los valores y los bienes involucrados en la colisión. Aquí, los principios van tomando forma, concretizándose de acuerdo con las peculiaridades de los hechos. Luego de dar peso específico a los intereses relevantes, termina la fase de balanceamiento e inicia la de utilización del principio de proporcionalidad la cual es la de aplicación proporcional de los medios más adecuados, necesarios y proporcionales en sentido estricto para la solución.

No existe duda de que la referida técnica viene sufriendo críticas por parte de la doctrina por entender que ésta padece de racionalidad, dando margen al subjetivismo por parte del juzgador. Sin embargo, el equilibrio está sometido a un control racional a pesar de que es inevitable un margen de subjetividad del intérprete. En el entender de Cappelletti

²³⁰ ALEXY, ob. cit., p. 95.

²³¹ STUMM, ob. cit., p. 77.

(1999), “(...) é natural que toda interpretação seja criativa e toda interpretação judiciária ‘*law-makig*’”²³².

Al analizar las peculiaridades específicas del caso fáctico que involucra al medio ambiente el intérprete deberá utilizar como instrumento de técnica de ponderación el principio de precaución que opera con el riesgo ecológico abstracto. Deberá considerar, del mismo modo, los principios fundantes por ser los fundamentos teóricos del Derecho Ambiental y consecuentemente la balanza hipotética que sopesará los intereses en juego. En el caso de una colisión clásica entre el derecho de propiedad y el derecho al medio ambiente, por ejemplo, habrá un ordenamiento de los intereses que se estén tratando, como el desarrollo económico, el equilibrio ambiental y la calidad de vida saludable. Cabrá al intérprete por medio de la ponderación conferir peso a cada uno de los intereses elencados para formar en ese momento una jerarquía relativa de valores. Acerca del tema, manifiesta Krell (2008):

(...) em virtude das permanentes colisões entre interesses econômicos e ambientais, os juízes devem realizar um sopesamento dos mesmos, exercendo a sua função de “intérprete de bem comum”. Para tanto, os julgadores necessitam de uma maior capacidade de compreender o tamanho e aferir as consequências das decisões administrativas concretas que dizem respeito à proteção do

²³² CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999, p. 15.

meio ambiente, para que seja efetuada uma interpretação coerente dos conceitos legais em questão, baseada em critérios objetivos²³³.

Si durante esta jerarquía se constatará que los intereses que involucran al medio ambiente deben prevalecer, el intérprete definirá el peso de todos los intereses, inclusive de aquel derecho que no fue priorizado sean cuales sean los intereses individuales y económicos (derecho de propiedad), para entonces pasa a decidir un medio para la efectivización de aquel derecho que prevaleció y salvaguardar el contenido esencial del otro.

En caso de que el intérprete así proceda, justificando sus elecciones y decisiones en el desarrollo de la técnica es probable que no haya posibilidad de *irracionalidades* durante su desenvolvimiento. Es aquí donde entra la importancia de una teoría de argumentación racional, como la sugerida por Alexy²³⁴ (2010).

Explica este mismo autor que el procedimiento de equilibrio (ponderación) provee un parámetro o criterio de control al asociar la *ley de colisión* a la teoría de la argumentación posibilitando así la formulación de relaciones de precedencia condicionada o sea relaciones en las cuales

²³³ Há grande parte da doutrina que equipara a lei da ponderação de Alexy ao Princípio da proporcionalidade em sentido estrito. Entretanto, balanceamento e proporcionalidade são técnicas diversas, como se verá adiante.

²³⁴ ALEXY, ob. cit., p. 94-98.

un principio precede a otro teniendo por base las circunstancias del caso concreto.

Se destaca aún como oportuna otra técnica creada por Alexy, titulada *ley de equilibrio o ley de la ponderación*²³⁵, según la cual: “Quanto maior for o grau de não satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro”²³⁶, resaltando el autor que el peso de los principios está determinado siempre de acuerdo con las particularidades del caso concreto.

Una de las mayores dificultades en el sentido de Krell (2008), es exactamente la correcta medición de los pesos toda vez que la ponderación involucra diferentes derechos e intereses que muchas veces no son congruentes. Según el autor, “deve-se distinguir os interesses *individuais*, *os coletivos* \d*ifusos* e os interesses *gerais ou públicos*”²³⁷. La protección del medio ambiente se configura en interés difuso, la propiedad privada aparece como interés individual en cuanto por ejemplo la salud pública y la seguridad surgen como intereses colectivos toda vez que alcanzan a toda la colectividad pudiendo sin embargo ser individualizados. La escala de intereses puede ser realizada juntamente con la dimensionalidad de los derechos fundamentales.

²³⁵ ALEXY, ob. cit., p. 94-98.

²³⁶ Há grande parte da doutrina que equipara a lei da ponderação de Alexy ao princípio da proporcionalidade em sentido estrito. Entretanto, balanceamento e proporcionalidade são técnicas diversas, como se verá adiante.

²³⁷ KRELL, ob. cit., p. 74.

2.8.3. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

El principio de proporcionalidad deriva del principio de precaución y tiene en miras analizar si existe término medio en la aplicación de las leyes ambientales o así mismo en los procesos legislativos visto que las normas ambientales día y noche colisionan con intereses relevantes y así mismo con derechos fundamentales en pro de la conservación de la naturaleza y siendo así de la vida humana. Se previenen las arbitrariedades en el caso en concreto. Además si ésto es originario de la propia estructura de las normas de derechos fundamentales por cuenta de su apertura y de la naturaleza principiológica que tiene que ver naturalmente en un camino de colisión entre si, necesitando ser sopesados²³⁸.

El referido principio determina la búsqueda de una solución de compromiso en la cual se respete más en determinada situación uno de los principios en colisión procurando el mínimo desprecio posible del otro garantizando el núcleo esencial de aquél que no prevaleció. Stumm²³⁹ expone que el principio de proporcionalidad tiene una función negativa cuando limita la actuación de los órganos estatales y una función positiva de obediencia a sus respectivos contenidos.

²³⁸GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2003, p. 107.

²³⁹ STUMM, ob. cit., p. 121.

Para parte de la doctrina la proporcionalidad no es un principio y sí una metanorma o norma de segundo grado²⁴⁰; ya otros lo denominan como una máxima²⁴¹. Existe aún quien defiende que es una regla especial²⁴² en cuanto aún existen corrientes afirmando que la proporcionalidad sería un principio²⁴³ o así mismo el principio de los principios²⁴⁴.

De todos modos, el nombre a él dado no hará diferencia en la importante tarea que éste ejerce en la búsqueda de un medio y de una medida conveniente para la restricción de un derecho fundamental. Aquí se adopta el término principio pues es el más utilizado en la doctrina.

Además es oportuno destacar que es común la confusión entre los principios utilizados para resolver las colisiones en el ámbito de la doctrina. Unos defienden que la proporcionalidad es el *balancing*, son términos que se confunden tal cual lo que ocurre con aquella y la razonabilidad. Además, existe la corriente que reduce el equilibrio a proporcionalidad como si ésta englobase a aquél en modo de equipararlo al principio de proporcionalidad en sentido estricto²⁴⁵.

Lo que importa destacar es que no ocurre sopesamiento de intereses de bienes y de valores en la proporcionalidad. Todo esto es hecho anteriormente en la ocasión de aplicación del principio de

²⁴⁰ ÁVILA, ob. cit., p. 122; GRAU, ob. cit., p. 189-191.

²⁴¹ALEXY, ob. cit., p. 117; FARIAS, ob. cit., p. 29-30; e PEREIRA, ob. cit., p. 323.

²⁴² SILVA, Vrgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 168-169.

²⁴³ BARROS, ob. cit., p. 218-246.

²⁴⁴ GERRA FILHO, ob. cit., p. 79; LIMA ob. cit., p. 195.

²⁴⁵ STEINMETZ, ob. cit., p. 152-153. No mesmo sentido: STUMM, ob. cit., p. 81.

equilibrio. El principio de proporcionalidad es utilizado para auxiliar al intérprete en la elección de un medio, una medida proporcional que sea menos sacrificante para aquél derecho que no prevalece (respetando el contenido esencial) y optimizar al máximo el derecho que fue priorizado.

Como se vé la ponderación se dá entre bienes, intereses y valores colisionantes en cuanto a la proporcionalidad que ocurre entre medios, o sea, del tipo y de la medida conveniente²⁴⁶. Se trata de la gran (y fundamental) diferencia entre las dos técnicas. Para ello, la doctrina acostumbra a dividir el principio de proporcionalidad en tres subprincipios – adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto - a fin de facilitar el proceso de elección de derechos fundamentales en real colisión.

El *principio de adecuación* exige que la regulación dada a determinado derecho fundamental sea la más adecuada para alcanzar la finalidad pretendida por el legislador. Se cuestiona, por oportuno, si el medio es apto, idóneo, capaz por sí sólo de realizar el fin determinado.

En un segundo momento luego de escoger los medios adecuados el intérprete utilizará *el principio de necesidad o de exigibilidad* que tiene en miras la menor injerencia posible del derecho fundamental que no prevaleció siendo, pues, la medida menos gravosa al derecho en cuestión. En otras palabras, se busca escoger entre las medidas adecuadas cuál es la menos dañosa a los demás bienes y valores

²⁴⁶ HÄBERLE, Peter. *La libertad fundamental en el estado constitucional*. Tradução de Carlos Ramos. San Miguel: Pontificia Universidad Católica del Peru, 1997, p. 128.

constitucionalmente protegidos a los cuales fue atribuido el menor peso durante el procedimiento.

De acuerdo con el entender de Alexy (2010)²⁴⁷ adecuación es la necesidad de referencia a las posibilidades fácticas de realización de un principio pero no son la misma cosa. La adecuación es un criterio eminentemente negativo, o sea, tiene como objetivo excluir medios que de inmediato no sean aptos al fin constitucionalmente previsto.

Para finalizar existe aún *el principio de proporcionalidad en sentido estricto el cual exige una relación de racionalidad o equilibrio entre la medida escogida y la finalidad pretendida*. Si el medio ya es adecuado y necesario corresponde observar si será también apto a una relación costo-beneficio. La proporcionalidad estricta es utilizada para verificar si por determinado medio la restricción o los sacrificios de los derechos fundamentales que no prevalecen en la fase anterior del balanceamiento es más o menos significativa que los intereses que son protegidos en la misma medida. Se pregunta: ¿cuál de las medidas es adecuada y necesaria, es también proporcional en sentido estricto?

Se extrae, por lo tanto, que al desenvolver los subprincipios de la proporcionalidad las medidas se van canalizando hasta llegar a un medio que el intérprete entiende como que es el más proporcional para el caso concreto. El principio de precaución en razón de su carácter instrumental, el principio de razonabilidad, el principio del mínimo existencial ecológico

²⁴⁷ ALEXY, ob. cit., p. 588-591.

y el principio de prohibición de retroceso ecológico son imprescindibles al buen uso de la proporcionalidad.

Nunca está de más recordar que aún siguiendo todas las orientaciones aquí expuestas siempre existirá la posibilidad de existir más de un medio para efectivizar el derecho fundamental que prevaleció en la ponderación y que sea menos gravoso al contenido esencial de aquél que no se evidenció.

La interpretación constitucional debe ser vista como tarea de concretización por la cual la norma jurídica no se limita a su texto incluyendo además una dimensión que supera los aspectos lingüísticos, estando relacionada con la realidad social. La normatividad, por lo tanto, debe ser concretada mediante un proceso estructurado y pasible de verificación y justificación intersubjetiva.

La colisión del derecho ambiental por su naturaleza principiológica demanda una intensa actividad del intérprete sea en la ponderación, sea en la proporcionalidad. Es claro que el activismo jurídico debe ser visto con bastante cautela bajo pena de desencadenar en el gobierno de los jueces o en jueces legisladores para utilizar la expresión de Cappelletti (1999)²⁴⁸. En virtud de que los principios jurídicos no están necesariamente expresados en el orden jurídico, nada impide que el juez en el momento de la decisión realice la captación de un nuevo principio por inducción y alegue que éste fue violado por el legislador o por el

²⁴⁸ CAPPELLETTI, ob. cit., p. 15.

particular, por ejemplo. Tal actitud, si no fuera hecha en forma racionalmente justificada es arbitraria y absurda colocando en jaque todos los fundamentos de un Estado de Derecho pautado en la seguridad jurídica.

No se puede caer en el subjetivismo y en el decisionismo teniendo que incorporar una dimensión crítica influenciada por la 'pre- comprensión ambiental que permite al intérprete y a los operadores del Derecho mantener una postura de vigilancia. Así, los resultados podrán ser justificados ante la sociedad en la forma exigida por lo postulado por el Estado de Derecho

Todos los principios ambientales están interrelacionados y deben basarse en el Principio Constitucional de Dignidad de la Persona Humana pues el bien ambiental protegido es corolario de este principio que afirma que el medio ambiente saludable es un derecho fundamental del ser humano.

El análisis de estos principios se hace importante pues el Derecho Ambiental no es una ciencia estática, las cuestiones que no pueden ser resueltas por el hecho de no estar efectivizadas en la ley deben ser resueltas de acuerdo con el análisis de tales principios que auxilian en las cuestiones en que no es posible la aplicación de la ley por inexistencia de ella o así mismo en los casos en que existan lagunas o conflictos legales.

CAPÍTULO 3 COMPETENCIAS DEL MEDIO AMBIENTE EN LAS CONSTITUCIONES FEDERALES

Haciendo un apartado en la evolución histórica de las constituciones en Brasil se observa que ninguna constitución antes de 1988 se preparó en lo respectivo a la preservación del medio ambiente en el país en forma global, las reglas eran meramente regulatorias de actividades extractivas de cuño económico ya que Brasil se valió, por ejemplo, de sus recursos naturales durante siglos para mantenerse principalmente en el mercado exterior hacia donde exportaba la mayoría de la materia prima utilizada por los grandes centros urbanos de Europa,.

Milaré (2003) consagra este punto de vista al afirmar que:

As constituições que precedem a de 1988 jamais se preocuparam da proteção ao meio ambiente de forma específica e global. Nelas se quer uma vez foi empregada a expressão “meio ambiente” a revelar total despreocupação com o próprio espaço em que vivemos²⁴⁹.

La constitución de 1824, no mencionó el medio ambiente en sus dispositivos, en este período Brasil era exportador de productos agrícolas y minerales y no existía preocupación por sus recursos naturales.

²⁴⁹ MILARÉ, Edis. *Direito do Meio Ambiente: doutrina, prática, jurisprudência, glossário*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 228)

En el período republicano no hubo ninguna señal preservacionista en la constitución de 1981, a pesar de ya traer algunas normas relacionadas a la competencia de la Unión para legislar sobre minas y tierras lo que sí se observó fue protección a los intereses de la burguesía de la época. En el período próximo a la Constitución de 1934, pero aún bajo la vigencia de la Constitución de 1891, ya surgieron algunas normas infraconstitucionales disciplinando el tema como por ejemplo el Decreto nº 24.645 del 10 de julio de 1934 que estableció medidas de protección a los animales previendo penas para aquellos que practicasen malos tratos contra los mismos.

Con la promulgación de la Constitución Federal de Brasil del 16 de julio de 1934, se verificó la preocupación con respecto a las bellezas naturales, patrimonio histórico, artístico y cultural, competencia de la Unión en materia de riquezas del subsuelo, minería, aguas, bosques, caza, pesca y su exploración instituyendo la necesidad de autorización federal para la utilización de estos recursos como está expresado en su art. 119: “ O aproveitamento industrial das minas e das jazidas minerais, bem como das águas e da energia hidraulica, ainda que de propriedade privada, depende de autorização ou concessão federal, na forma da lei.”

La Carta Constitucional de 1937, no invocó y sí existió preocupación en lo respectivo a la preservación de los recursos naturales en ella se atribuye competencia a la Unión para legislar sobre aguas,

caza, pesca, bosques, subsuelo, minas, protección de las plantas y rebaños.

El hecho importante en la época de la Constitución de 1946 fue la institución del Estatuto de la Tierra del 15 de septiembre de 1965 que estableció la función social de la propiedad rural en la cual algunos requisitos deberían ser observados, entre ellos la conservación de los recursos naturales, se nota que existió un inicio de preocupación con respecto a la conservación del ambiente aunque en forma indirecta, esta constitución prácticamente mantuvo lo que ya existía en las Constituciones de 1934 y 1937 que además de continuar ofreciendo defensa al patrimonio histórico, cultural y paisajístico mantuvo la competencia legislativa de la Unión sobre salud, pesca, caza, bosques, subsuelo y aguas.

Dispositivos semejantes estaban presentes también en la Constitución de 1967, que fue alterada en forma sustancial por la enmienda Constitucional nº 01|1969, donde se puede notar la utilización del término “ecológico” hasta entonces utilizado en nuestro ordenamiento. Un hecho sobresaliente ocurrido durante su vigencia fue la publicación de una de las más importantes leyes en materia ambiental hasta hoy en vigor en Brasil, la Ley de Política Nacional del Medio Ambiente que alteró profundamente la connotación dada hasta entonces en el país al ambiente. Esta ley actualmente ya fue modificada por las Leyes nº 7.804|1989 y 8.028|1990 y trae dos conceptos muy importantes, el primer

inciso conceptúa al Medio Ambiente y el segundo inciso establece los objetivos generales de la Política Nacional del Medio Ambiente.

Al analizar toda la historia constitucional brasilera se concluye que las medidas de protección al ambiente eran muy superficiales, los dispositivos constantes en estas constituciones tenían connotación meramente económica orientada hacia la extracción de los recursos ambientales ya que en Brasil se pregonaba el desarrollo económico a cualquier costo y no existía de hecho una concientización ambiental por parte de los dirigentes y legisladores.

En este tema Medeiros (2008) defiende que:

De qualche sorte, apesar de não possuírem uma visão holística do ambiente e nem uma conscientização de preservacionismo, por intermédio de um desenvolvimento técnico-industrial sustentável, essas Cartas tiveram o mérito de ampliar, de forma significativa, as regulamentações referentes ao subsolo, à mineração, à flota, à fauna, às águas, dentre outros itens de igual relevância²⁵⁰.

La actual Constitución de la República Federal de Brasil de 1988, invocó al campo ambiental, es tenida como constitución “verde” por tratar detalladamente el tema del medio ambiente, en la práctica ella recepcionó

²⁵⁰ MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura de. *Meio ambiente*. Direito e dever fundamental. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. P. 62.

toda la moderna legislación ambiental que existía desde mediados de 1975, vigente a la época de su promulgación.

Según José Afonso da Silva (2006):

O ambientalismo passou a ser tema de elevada importância nas Constituições mais recente entre elas deliberadamente como direito fundamental da pessoa humana, não como simples aspecto da atribuição de órgãos ou de entidades públicas, como ocorria em Constituição mais antigas. E também é a primeira Constituição Federal a trazer um capítulo exclusivamente relativo ao meio ambiente como afirma Silva²⁵¹.

Se puede decir que ella es una Constitución inminentemente ambientalista. Asumió el tratamiento de la materia en términos amplios y modernos. Trae un capítulo sobre el medio ambiente insertado en el título del 'Orden Social' (Capítulo VI). Pero el tema se impregna en todo su texto, correlacionándolo con los temas fundamentales de orden constitucional.

La preocupación para con el medio ambiente traída por la actual constitución se funde con la necesidad de intervención de la colectividad, traída claramente la idea del medio ambiente como medio esencial para la supervivencia del planeta, también se demuestra el carácter interdisciplinario que involucra a la materia ya que se trata bajo los

²⁵¹ SILVA, *Curso de direito constitucional positivo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros 2006, p. 47.

aspectos sociales, económicos, incluye la materia civil, administrativa, penal, entre otras.

La Constitución Nacional de la República Argentina en forma genérica impone al Poder Público la obligación de dictar normas tendientes a proteger al medio ambiente mientras que la de Brasil establece los mecanismos que el Estado debe observar para asegurar la efectividad de este derecho.

La Constitución de la República Federal de Brasil de 1988, en su artículo 225 sintetiza claramente la preocupación ambientalista y por ésto merece destacarse:

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

§ 1º - Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

I - preservar e assegurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas;

II - preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético.

III – definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sem a alteração e a supressão permitida somente

através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção;

IV – exige, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade;

V – controla a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem riscos para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente;

VI – promove a educação ambiental em todos os níveis e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente;

VII – protege a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.

§ 2º - Aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei.

§ 3º - As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

§ 4º - A Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato- Grossense e a Zona Costeira são patrimônio nacional, e sua utilização far-se-á, na forma da lei, dentro de condição que assegure a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais.

§ 5º - São indisponíveis as terras devolutas ou arrecadadas pelo Estado, por ações discriminatórias, necessárias à proteção dos ecossistemas naturais.

§ 6 – As usinas que operem com reator nuclear deverão ter sua localização definida em lei federal, sem o que não poderão ser instaladas.

El artículo supra citado explicita que la Constitución Federal de 1988 dejó en claro la característica de lo social y humano pudiéndose observar que el medio ambiente está por encima de todo, es un derecho fundamental a la vida y está íntimamente ligado al principio de dignidad de la persona humana. Como corrobora Morais²⁵² (2011) al expresar que “o art. 225 deve ser interpretado em consonância com o artigo 1º, III, que consagra como fundamento da República o princípio da dignidade da pessoa humana”.

El *epígrafe* se efectúa en detalle en los párrafos siguientes y el principal aspecto a ser observado es que el medio ambiente es tenido como derecho difuso y colectivo, de responsabilidad de todos en lo que atañe a los derechos y deberes, Meirelles²⁵³ (2011), define medio ambiente como “bem de uso comum”, [...] “que se reconhece á coletividade em geral sobre os bens públicos, sem discriminação de usuários ou ordem especial para sua fruição”.

²⁵² MORAES, Alexandre. *Direito constitucional*. 23. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2011, p. 752.

²⁵³ MEIRELES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. 26. ed. São Paulo: RT, 2011, p. 426.

En este sentido, Moraes (2011) concuerda al afirmar:

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 consagrou como obrigação do Poder Público à defesa, preservação e garantia de efetividade do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida²⁵⁴.

Dentro de la nueva visión traída por la Constitución de 1988, aunque el medio ambiente haya recibido un capítulo especial en el texto constitucional existen otros dispositivos que no agotan el disciplinar acerca del tema, como ejemplo el art. 170, que trata de la actividad económica y financiera brasilera diciendo lo siguiente:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

[...]

VI – defesa ao meio ambiente.

Analizando el texto supra citado se infiere que el orden económico tiene como principio la defensa del medio ambiente lo que revela que la preocupación del legislador no es solamente el desarrollo

²⁵⁴ MORAES, Alexandre. *Direito constitucional*. 23. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2011, p. 750.

sino el desarrollo basado en la protección y preservación ambiental. Totalizando en todo el texto constitucional las líneas muestran preocupación hacia lo social-económico, hacia el ambiente ecológicamente equilibrado, ésto es un factor fundamental y destinado a garantizar a todos una condición de vida satisfactoriamente digna de las necesidades del género humano sin degradar, sin embargo, a la naturaleza.

En Argentina, siguiendo los principios contenidos en la Declaración de Río de 1992 y de acuerdo con los enunciados del *Tratado de Asunción del 26 de marzo de 1991*, para la creación del MERCOSUR; la (REMA) Reunión Especializada en Medio Ambiente creada en 1992, que en 1995 se transforma en el Sub Grupo 6 del Medio Ambiente y buscando la armonización con los demás Estados miembros introdujo el tema de la protección del medio ambiente en la reforma constitucional de 1994.

Así fue como se introdujeron normas específicas relacionadas con el medio ambiente.

Se trata de los arts. 41, 43 y 75 inc. 19 de la Constitución Nacional Argentina.

El derecho ambiental está protegido por las constituciones de la mayoría de las provincias; destacaremos la de la Provincia de Buenos Aires la cual contempla este derecho en el art. 28.

La Ciudad de Buenos Aires, en su Constitución de 1996, en un enfoque muy moderno garantiza el derecho a gozar de un ambiente saludable para las generaciones presentes y futuras (arts. 8, 26, 27, 28, 29, 30, 137y 138)²⁵⁵.

Analizaremos ahora el art. 41 de la Constitución Nacional Argentina de 1994, cuyo texto dice:

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

²⁵⁵ CARNEIRO, Protección Jurisdiccional del ambiente. Estudio sobre Derecho Ambiental, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, obra citada, pág. 13.

A nuestro entender el régimen de protección ambiental debe contener normas orientadas a garantizar el derecho a un ambiente sano, equilibrado y apto para el desarrollo humano, objetivo primordial de la degradación de competencias conforme surge del texto de la norma del art. 41, de la Constitución Nacional Argentina.

La sanidad del ambiente está siempre sometida a las apreciaciones de las contingencias que se puedan hacer al respecto de la calidad de vida de las personas.

El “daño ambiental” es una expresión ambivalente²⁵⁶, pues tanto sirve para enunciar la lesión al interés común que la actividad humana causa al medio ambiente en cuyo caso se denomina “impacto ambiental”, así como el perjuicio que éste ocasiona de rebote a los intereses particulares de las personas sometidas al ambiente degradado que afecta su calidad de vida como derecho subjetivo.

Es necesario precisar que el daño ambiental se configure cuando sucede la degradación de los elementos que constituyen el medio ambiente o el entorno ecológico, éste adquiere cierta gravedad que excede los niveles, guías de calidad, estándares o parámetros que constituyen el límite de la tolerancia que la convivencia impone necesariamente.

Según Germán (1995), “la recomposición no sustituye ni elimina la reparación. Si recomponer equivale a componer nuevamente lo que antes

²⁵⁶ Bustamante Alsina, op, cit., p. 44.

se “descompuso”, tal recomposición no siempre es posible en todos los casos pero cuando es que existe la obligación de regresar las cosas a su estado anterior; pero cuando resulta viable no excluye la reparación de los daños que ha causado, así mismo el que la ley derive la obligación de recomponer no implica necesariamente que la ausencia de ley impida la aplicación directa e inmediata de la norma constitucional”²⁵⁷.

Después de enunciar como derecho de todos los habitantes el de gozar de un ambiente saludable la norma les adjudica el deber de preservarlo. Se trata de un deber jurídico y jurídicamente exigible que nos convierte a todos en una especie de agentes públicos en el cuidado ambiental.

Al entender de Germán (1995), “las obligaciones pesan también sobre el Estado. El artículo involucra ‘a las autoridades’ con una amplia cobertura que abarca desde los titulares de los tres poderes del gobierno federal y de los gobiernos provinciales y municipales, los jueces, y descendiendo a todos los organismos y reparticiones estatales y a los órganos extra-poderes, como el Defensor del Pueblo y el Ministerio Público²⁵⁸.

El art. 41 de la Constitución Nacional habla de la “...preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica...”.

Esta protección se vé complementada con lo regulado en el art. 75 inc. 19 al decir que se deben “dictar leyes que protejan la identidad y

²⁵⁷Bidart Campos, Germán, *Tratado elemental de Derecho Constitucional Argentino*, Tomo VI, La reforma constitucional de 1994, ed. EDIAR, Buenos Aires, 1995, p. 300.

²⁵⁸ Ibidem, ob. cit., pág. 298.

pluralidad cultural, la libre creación y circulación de obras del autor; el patrimonio artístico y los espacios culturales y audiovisuales...”.

Éste se complementa con lo normado en el art. 43 que abre la vía de acción que ampara “...em lo relativo a los derechos que protegen al ambiente...”.

En el art. 41 de la Constitución Nacional Argentina está incluyendo al Estado en la “...la información y educación ambiental...”.

En este sentido la responsabilidad del Estado debe desarrollarse teniendo presente que los estudios en materia ambiental imponen en cada caso respetar las relaciones ser humano – naturaleza; sopesar los recursos disponibles y la vida social en dignidad; reflejar en términos de desarrollo sustentable de la humanidad.

Se debe tener en cuenta el contexto social, el contexto socio-cultural y el contexto material.

El Estado deberá no sólo recolectar la información sino también seleccionarla y actualizarla antes de difundirla.

El mismo criterio deberá llevarse a cabo a nivel educativo con la preparación adecuada de los docentes que deban transmitir sus conocimientos a los educandos.

El art. 41 de la Constitución Nacional Argentina señala en su última parte que “...Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias las

necesarias para complementarlas sin que aquellas alteren las jurisdicciones locales.

Se prohíbe el ingreso al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos y el de los radioactivos”.

Corresponde a la Nación la edición de una Ley Marco con los presupuestos mínimos para la protección del medio ambiente.

Se da concurrencia con las provincias pero solamente en los presupuestos mínimos que éstas deberán respetar al dictar las legislaciones locales.

Ésto es así porque si del art. 41 se desprende como derecho enumerado el derecho al ambiente éste debe integrar el plexo federal de los derechos personales que el congreso tiene la facultad de reglamentar.

Esta norma es de significativa transcendencia en el orden de los poderes de policía concurrentes de la Nación y de las Provincias en el ejercicio de las facultades que les competen en sus respectivas jurisdicciones para proteger la calidad de vida de los habitantes mediante la tutela ambiental, asegurar la utilización racional de los recursos naturales, así como la preservación del patrimonio cultural y de la diversidad biológica, la información y educación ambiental.

El celo y el deber de cuidado son de toda la sociedad, o sea, todas las personas tienen el deber de preservar el medio ambiente del planeta a fin de garantizar una saludable calidad de vida para las

presentes y futuras generaciones. La educación y ética ejercen un papel fundamental en la concreción de los deberes ecológicos.

CAPÍTULO 4 DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

Investigar sobre la responsabilidad civil en los días actuales es una de las tareas más difíciles en el estudio del Derecho Civil ya que incluye varias reglas, presupuestos y excluyentes que le son específicos. Se tiene que analizar el caso concreto para que no haya injusticias y tampoco estén en disconformidad con el derecho y sus principios.

El problema de la responsabilidad surge intrínsecamente a toda manifestación de la actividad humana por tratarse aquella de un hecho social o como la obligación que puede incumbir a una persona de reparar el perjuicio causado a otro por el hecho propio o por el hecho de las personas o de las cosas que de ella dependan.

En la presente investigación se discutirá acerca de la responsabilidad civil por daños causados al medio ambiente como consecuencia de residuos sólidos domésticos siendo que en este segundo sub capítulo se tratará sobre la responsabilidad civil en una forma general buscando su concepto, especies, presupuestos, excluyentes y haciendo un rápido abordaje sobre la responsabilidad civil ambiental y la responsabilidad civil del Estado buscando un mejor desarrollo para el texto.

4.1. ESBOZO HISTÓRICO

Fue lento el proceso de satisfacción de la pretensión compensatoria del perjuicio causado por otro. Se observa que este interés ya venía encaminado desde la época en que se hacía “justicia por manos propias” hasta llegar a la aplicación efectiva y exclusiva de ésta por el Estado donde éste asumía la atribución de apaciguar los ánimos y solucionar las pretensiones insatisfechas.

Se puede observar que los capítulos iniciales de la historia de la responsabilidad civil abordan cuestiones atinentes al surgimiento de los primeros conflictos de intereses y de solución muchas veces encontrada en el castigo a todo el grupo social por el crimen de uno de sus integrantes. Ya en un segundo momento de esta evolución se observa al Estado asumiendo la atribución de apaciguar los anónimos y solucionar las pretensiones insatisfechas.

Oficializando el carácter punitivo cotidiano de las primeras civilizaciones en detrimento al resarcimiento, el Código de Hamurabi impuesto por el célebre emperador babilónico dos milenios antes de la era cristiana consagraba el principio de *ojo por ojo, diente por diente*, más tarde sacramentado por los romanos como la ley del talión. La legislación de Hamurabi era rígida e inflexible y muchas veces cruel, presentaba inicialmente una idea de venganza que era delimitada por el Estado y posteriormente cuidaba con lagunas de ideas relativas a indemnizaciones.

La responsabilidad era objetiva no dependía de la culpa presentándose apenas como una reacción del lesionado contra la causa aparente del daño. No había en aquella época una distinción formal entre ilícito civil y criminal y a pesar de ser aplicada por el Estado la sanción invariablemente pasaba de la persona del responsable por el crimen o daño involucrando mismo al patrimonio y a la propia vida de terceros desvinculados de las relaciones *inter partes*, fuesen privadas o públicas en una práctica totalmente abolida por los ordenamientos modernos. Era el período de estatización de la justicia privada.

Saltando a un momento histórico más adelantado se reporta a la Roma pre-republicana donde por un lado aparecía la Monarquía sustentada por la clase patricia y por otro la plebe sin derechos, sin propiedades y sin ninguna fuerza política teniendo todo el ordenamiento jurídico contrario a sus intereses. En las primeras décadas de la República a principios del siglo V a.C., los plebeyos cansados de la ausencia de derechos y pésimas condiciones de vida y aún desde siempre subordinados a los patricios amenazaron al orden prevalente y lucharon defendiendo prerrogativas mínimas para una vida un poco más ciudadana. Fue en este momento histórico en el que apareció la tercera etapa del desarrollo el instituto de la responsabilidad: la tentativa de eliminar la aplicación estatal de la Justicia del libre arbitrio, los desmanes y excesos comunes a las primeras nociones de aplicación de esta justicia. En este período rondando el año 450 a.C., con la elaboración de la ley de

las XII Tablas, Occidente comienza a disfrutar de un ordenamiento donde se procuran estipular responsabilidades y delimitar sanciones. Aquí el poder público intervenía sólo para declarar cuándo y cómo la víctima podía tener el derecho de represalia produciendo en el lesionado el poder de producir un daño idéntico al que había experimentado.

La ley de las XII Tablas representa más que la institucionalización de la justicia, es la consolidación histórica de la indemnización pecuniaria como forma de compensación del daño.

Luego de este período aparece el de la composición voluntaria semejante al instituto de arbitraje donde las partes abdican de toda tentativa de venganza ante la observancia del hecho de que sería más conveniente entrar en convenio con el autor de la ofensa ya que el cobrarse venganza no reparaba daño alguno.

A pesar de la importancia de las Leyes de las XII Tablas, es en la Ley Aquilia en la que se cristaliza la idea de reparación pecuniaria del daño, esbozándose la noción de culpa como fundamento de la responsabilidad. Dotada de un rigor procesal extremado, la Ley Aquilia estableció las bases de la responsabilidad extracontractual creando una forma pecuniaria de indemnización del perjuicio en base al establecimiento de su valor. Limitada la apreciación de determinados acontecimientos y restringida sólo a los ciudadanos de la Civita, el esfuerzo jurisprudencial llevado a cabo por el intérprete romano terminó por ampliar su actuación y efectividad aplicándose sus sanciones a los

daños causados por omisión o verificados sin daño físico y material de la cosa. El Estado pasó a intervenir en los conflictos privados fijando el valor de los perjuicios obligando a la víctima a aceptar la composición renunciando a la venganza.

Las ideas desarrolladas por el espíritu romano fueron recepcionadas por el Código Civil Francés de 1804, engendrado por los civilistas de mayor peso en la época el cual acrecentaría las contribuciones que vendrían a enriquecer y consolidar para siempre la idea de responsabilidad civil conocida por los estudiosos de la actualidad.

El Código Civil Brasileiro de 1916 disciplinó la responsabilidad civil en sus artículos 159 y 160, bajo el título *De los actos ilícitos*. Todavía, no trató la materia en forma ordenada ya que en los citados preceptos legales trazó los fundamentos de la responsabilidad contractual y posteriormente en la Parte Especial en varios dispositivos disciplinó nuevamente el tema. El actual Código Civil Brasileiro (Ley n°.10.460/2002), sin embargo manteniendo la misma estructura trata de la responsabilidad civil con más profundidad en los arts. 927 ss., disciplinando la indemnización por acto ilícito en el artículo 186.

Las experiencias legislativas, jurisprudenciales y doctrinarias de los franceses y alemanes representan el pilar de apoyo para todo lo que quedó construido en este siglo. Es de observar, finalmente, que la evolución de la teoría de la responsabilidad en el derecho Francés encamina a los más ilustres maestros hacia la doctrina de la

responsabilidad objetiva y la teoría del riesgo creado en el Derecho Civil Brasileiro.

4.2. CONCEPTO DE RESPONSABILIDAD CIVIL Y NATURALEZA JURÍDICA

La palabra responsabilidad tiene origen en el vocablo latino *respondere*, de *spondeo*, designando la primitiva obligación de naturaleza contractual del Derecho Romano por la cual el deudor se vinculaba al acreedor en los contratos verbales teniendo la idea y concepción de responder algo. En la era romana la *stipulatio* requería el pronunciamiento de las palabras *dare mihi spondes*. *Spondeo*, para establecer una obligación a quien así respondía. La responsabilidad serviría para traducir la posición de aquél que no ejecutó su deber.

Es posible caracterizar la responsabilidad como la repercusión obligacional de la actividad humana siendo que todo ente capaz de adquirir derechos y ejercerlos por sí mismo directamente responderá por los daños causados por medio de su actuación en el mundo jurídico. Así, la responsabilidad puede ser civil o penal, surgiendo ambas del acto ilícito practicado por el agente en cuanto que el Derecho Civil prioriza a la víctima reparándole el perjuicio sufrido, el Derecho Penal da atención al agente criminal y su repercusión en el contexto social.

Sílvia Rodrigues (2002), en su obra sobre la responsabilidad civil, describe:

A responsabilidade civil vem definida por Savatier como a obrigação de que pode incumbir uma pessoa a reparar o prejuízo causado a outra, por fato próprio, ou por fato de pessoas ou coisas que dela dependam. Realmente o problema em foco é de saber se o prejuízo experimentado pela vítima deve ser ou não reparado por quem o causou. Se a resposta for afirmativa, cumpre indagar em que condições e de que maneira será tal prejuízo reparado. Esse é o campo que a teoria da responsabilidade civil procura envolver²⁵⁹.

De esta manera se tiene que lo que se evalúa en materia de responsabilidad es una conducta (omisiva o comisiva), sea ella provocada por el propio agente o por tercero que esté bajo la guarda de éste que cause un perjuicio a alguien y que genere por si sólo el deber de indemnizar.

El Código Civil en su artículo 927, *epígrafe*, aduce que: “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

²⁵⁹ RODRIGUES, Sílvio. Direito Civil: parte geral. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 06.

Tratándose de la naturaleza jurídica de la responsabilidad civil igualmente se encuentran dificultades en el abordar el asunto y traer una opinión cierta, exacta.

El fundamento basal de este instituto es restablecer el equilibrio violado por el daño. La pérdida o la disminución verificada en el patrimonio del lesionado o el daño moral que genera la reacción legal en la responsabilidad civil, movida por la ilicitud de la acción del autor de la lesión o por el riesgo. La obligación de indemnizar, fundada sobre la responsabilidad civil tiene en miras suplir la diferencia entre la situación del acreedor tal como ésta se presenta en consecuencia del perjuicio y la que existiría sin este último hecho.

Para algunos la responsabilidad civil se limita a la reparación del daño causado a otro, deshaciendo en cuanto sea posible sus efectos restituyendo lo perjudicado al *status quo anterior*. Sería la responsabilidad civil una relación obligacional que tiene por objeto la prestación de resarcimiento.

Otros creen que tiene responsabilidad de un carácter sancionatorio como una medida legal que podrá ser impuesta por quien fue lesionado por la violación de la norma jurídica a fin de reparar el daño causado o infundir respeto al orden jurídico. La sanción sería la consecuencia legal que el no cumplimiento de un deber produce en relación al obligado.

Se entiende por la corriente mayoritaria que la responsabilidad civil se constituye en una sanción de carácter civil como consecuencia de una infracción a una norma de derecho privado cuyo objetivo es el interés particular y posee también naturaleza compensatoria por incluir indemnización o reparación del daño causado por un acto ilícito contractual o extracontractual y por un acto lícito.

4.3. ESPECIE Y PREVISIÓN LEGAL

Primeramente es importante destacar donde se encuentra prevista legalmente la responsabilidad civil. Se encuentra disciplinada en el Estatuto Civil Brasileiro en sus artículos 186 a 188, 395 y siguientes, 389 y siguientes y 927 y siguientes.

La responsabilidad civil puede presentarse bajo diferentes especies conforme desde la perspectiva en que se analice. Siendo así, podrá ser clasificada de la forma en que se expone a continuación.

4.3.1. RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL Y EXTRA CONTRACTUAL

El Código Civil distingue las dos especies de responsabilidad, disciplinando genéricamente la responsabilidad extracontractual en los

arts. 186 a 188 y 927 y ss.; y la contractual en los arts. 395 y ss. y 389 y ss.

La responsabilidad contractual tiene su origen en el hecho de existir inejecución de un negocio jurídico bilateral o unilateral o aún mismo de la ley (como, por ejemplo, la obligación de alimentos). Es resultante de un ilícito contractual o sea de la falta de cumplimiento o de la mora en el cumplimiento de alguna obligación. Se infringe un deber especial establecido por la voluntad de las partes contratantes dependiendo pues de una relación obligacional preexistente y presupone capacidad para contratar. La carga de la prueba, aquí, compete al deudor quien deberá probar ante el incumplimiento la inexistencia de su culpa o la presencia de algún excluyente del deber de indemnizar.

La responsabilidad extracontractual también denominada aquiliana a su vez decurre del incumplimiento normativo o mejor de la práctica de un ilícito por persona capaz o incapaz visto que no existía vínculo anterior entre las partes por no estar ellas ligadas por una relación obligacional o contractual. Surge de la inobservancia de la ley, de la lesión a un derecho. Se entiende la violación de los deberes generales de abstención u omisión. El artículo 186 del Código Civil disciplina que todo aquel que cause daño a otro actuando en forma dolosa o culposa, cometiendo acto ilícito queda obligado a repararlo como manda el art. 927.

4.3.2. RESPONSABILIDAD OBJETIVA (O TEORÍA DEL RIESGO) Y SUBJETIVA (O TEORÍA DE LA CULPA)

Otro punto a tratar es la responsabilidad civil objetiva y subjetiva. La Responsabilidad subjetiva se basa en la noción de culpa debiendo la víctima demostrar el nexo causal entre el daño y la acción u omisión del agente teniendo su génesis en el Código Napoleónico y habiendo sido introducida en el Derecho Brasileiro por el art. 159, del Código Civil de 1916.

La responsabilidad subjetiva exige la figura de acto ilícito lo cual puede ser conceptuado como procedimientos o actividades en disconformidad con el ordenamiento jurídico violando una prohibición o mandato legal. La idea de dolo no importa mucho para la caracterización de la doctrina de la culpa siendo el principal fundamento la conducta del agente.

La responsabilidad civil objetiva se basa en el riesgo que determinada actividad humana genera. Esta especie prescinde de la culpa y se satisface sólo con el daño y el nexo de causalidad tiene como postulado que todo daño es indemnizable y debe ser reparado por quien a él se liga por un nexo causal, independiente de culpa.

El actual Código Civil prevé la responsabilidad civil subjetiva como regla y en algunos de sus dispositivos excepciona tal regla disponiendo

acerca de la responsabilidad civil objetiva, a ejemplo del párrafo único del art. 927 del mismo estatuto legal.

4.4. PRESUPUESTOS DE RESPONSABILIDAD CIVIL

No existe responsabilidad sin perjuicio avenido del daño. De esta forma la reparación expresa el resarcimiento, la indemnización o la retribución pecuniaria – de naturaleza económica – debida por el agente que causó el daño a tercero.

Son dispares las conclusiones de los juristas sobre los elementos que componen la responsabilidad civil, algunos señalan el hecho dañoso, el perjuicio y el vínculo entre ellos, otros presentan la culpa y la imputabilidad como sus presupuestos y están los que exigen el hecho dañoso, el daño y la antijuricidad o culpabilidad.

Pero, el art. 186 del Código Civil consagra una regla universalmente aceptada: todo aquél que cause daño a otro queda obligado a repararlo. Por el análisis de este artículo se observa que son cuatro los elementos esenciales de la responsabilidad civil del agente, ellos son: acción u omisión con culpa o dolo del agente, relación de causalidad y el daño experimentado por la víctima.

A continuación serán abordados sintéticamente los cuatro requisitos señalados por la doctrina como esenciales para la configuración de la responsabilidad civil.

4.4.1. ACCIÓN U OMISIÓN DEL AGENTE

Maria Helena Diniz (2010) conceptúa así:

A ação, elemento constitutivo da responsabilidade, vem a ser o ato humano, comissivo ou omissivo, ilícito ou lícito, voluntário e obviamente imputável, do próprio agente ou de terceiro, ou o fato de animal ou coisa inanimada, que causa dano a outrem gerando o dever de satisfazer os direitos do lesado²⁶⁰.

En este caso la ley se refiere a alguna persona que por acción u omisión viene a causar daño a otro. La responsabilidad puede derivar de acto propio, de acto de tercero que esté bajo la guarda del agente y aún de daños causados por cosas y animales que le pertenecen. Para que se configure la responsabilidad por omisión es necesario que exista el deber jurídico de practicar determinado hecho y que se demuestre que con su práctica el daño podría haber sido evitado. Este deber de no omitir puede surgir a consecuencia de una imposición legal o resultar de una convención (deber de guarda, de vigilancia, de custodia) y hasta de creación de alguna situación especial de peligro.

En cuanto a la acción, la voluntad es su requisito esencial pues la culpa proviene de un acto voluntario, ésto es, realizado con los

²⁶⁰ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil brasileiro*. Vol. 4. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 39.

elementos necesarios internos: discernimiento, intención y libertad. La omisión se constituye en un *non facere* relevante para el derecho ya que alcanza un bien jurídicamente tutelado. En este sentido la conducta negativa surge de la no realización de determinada acción.

Por lo tanto es posible decir que este elemento de la responsabilidad sería un comportamiento humano, comisivo u omisivo, voluntario imputable. Por ser una actitud humana excluye los eventos de la naturaleza; voluntario en el sentido de ser controlable por la voluntad del agente cuando de su conducta se excluyen los actos inconscientes o bajo coacción absoluta, imputable por poder serle atribuida la práctica del acto poseyendo el agente discernimiento y voluntad al ser libre para determinarse.

4.4.2. LA CULPA COMO FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD

El segundo elemento caracterizador de la responsabilidad por la reparación del daño es la culpa o dolo del agente que causó el perjuicio. La ley declara que si alguien causó perjuicio a otro por medio de acción u omisión voluntaria, imprudencia o negligencia queda obligado a reparar. En modo que para que la responsabilidad se caracterice es menester se pruebe que el comportamiento del agente causante del daño haya sido doloso o por lo menos culposos.

En el ordenamiento jurídico brasileiro rige la regla general de que el deber resarcitorio por la práctica de actos ilícitos es consecuencia de la culpa o sea de la reprobabilidad o censurabilidad de la conducta del agente.

La culpa para la responsabilidad civil es tomada por el vocablo *lato sensu* incluyendo también al dolo o sea a todas las especies de comportamientos contrarios al derecho sean intencionales o no pero siempre imputables al causante del daño. La culpa *stricto sensu* se amolda al criterio del hombre medio cuando éste no se atiende al cuidado que le era exigido sea por falta de vigilancia o por la elección errada, abarcando también los conceptos de impericia, imprudencia y negligencia.

La culpa puede ser *in eligendo* como consecuencia de la mala elección del representante de la propuesta o *in vigilando* a consecuencia de la ausencia de fiscalización; *in committendo* siendo consecuencia de una acción de un acto positivo; *in omittendo* como consecuencia de una omisión cuando existía el deber de no abstenerse, *in custodiendo* que es aquella en consecuencia de la falta de cuidados en la guarda de algún animal o de algún objeto.

Todas estas consideraciones deben ser observadas cuando se trata de la responsabilidad civil subjetiva, regla general en el ordenamiento jurídico brasileiro y del nexo causal entre éste y la conducta del agente.

4.4.3. DAÑO

El vocablo daño deriva del latín *damnum* significando genéricamente todo mal u ofensa que haya sufrido una persona y del cual resulta una disminución en la esfera patrimonial.

El daño es un elemento fundamental para la imposición de la obligación de indemnizar sin perjuicio de que un comportamiento ilícito pueda pasar desapercibido por el mundo jurídico.

Así, el daño viene a ser el perjuicio causado al tercero al lesionar cualquier bien moral o patrimonial jurídicamente protegido. Sería toda ofensa a bienes o intereses protegidos por el orden jurídico. El daño debe ser considerado como una lesión a un derecho que produzca inmediato reflejo en el patrimonio material o inmaterial del ofendido en forma de acarrearle la sensación de pérdida.

De esta manera se percibe que existen dos especies de daño, el patrimonial y el moral.

Para Venosa²⁶¹ (2011), “[...] *dano patrimonial*, portanto, é aquele suscetível de avaliação pecuniária, podendo ser reparado por reposição em dinheiro, denominador comum de indenização” (la cursiva es nuestra). Se mide por la diferencia entre el valor actual del patrimonio de la víctima y aquél que tendría en ese mismo momento si no existiera la lesión. Son los daños emergentes y los lucros cesantes que fijan los límites de la

²⁶¹ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Parte Geral*. Vol. 1. 5. ed. 19. São Paulo: Atlas, 2011. P. 30.

indemnización y pueden ser visualizados en el art. 402 del Código Civil que así dispone: “Salvo as exceções previstas em lei as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu o que razoavelmente deixou de lucrar”.

El daño emergente o positivo se traduce en una disminución del patrimonio, una pérdida por parte de la víctima, aquello que efectivamente perdió. Es, en la práctica, el daño más fácil evaluable pues depende exclusivamente de datos concretos. Es un *déficit* real y efectivo en el patrimonio del lesionado o sea una concreta disminución en su fortuna, sea porque se depreció el activo, sea porque aumentó el pasivo, siendo imprescindible que la víctima haya experimentado un perjuicio real ya que no son pasibles de indemnización de daños eventuales o potenciales.

El lucro cesante o daño negativo a su vez se traduce en aquello que la víctima razonablemente dejó de ganar. La víctima fue privada de una ganancia por la lesión, o sea, no pudo obtener un beneficio en virtud del perjuicio que le fue causado.

Cuando el juez decide en materia de responsabilidad civil la tarea más difícil no es la de convencerse de la culpa sino conferir a la víctima la indemnización más adecuada. La evaluación no puede partir de premisas abstractas. Para ésto el magistrado se vale de la teoría de la causalidad adecuada a pesar de ser muy criticada en la doctrina. El criterio de lucro cesante debe rastrearse en una probabilidad objetiva por lo tanto está expresado en el art.403 del Código Civil cuando establece que “[...] as

perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato [...]"

A su vez en lo respectivo a los daños morales en la definición de Wilson Melo da Silva (apud Rodrigues, 2010),

[...] são lesões sofridas pelo sujeito físico ou pessoal natural de direito em seu patrimônio ideal, entendendo-se por patrimônio ideal, em contraposição ao patrimônio material, o conjunto de tudo aquilo que não seja suscetível de valor econômico²⁶².

Es un daño que no posee ninguna repercusión patrimonial. Es el perjuicio que afecta al ánimo psíquico, moral e intelectual de la víctima que no alcanza o disminuye su patrimonio. También serán morales los daños causados a los derechos de la personalidad, de la imagen, del nombre, a la privacidad, al propio cuerpo que ocasione un disturbio anormal en la vida del individuo, una incomodidad de comportamiento. Es aquél que hiere el alma del ofendido, su espíritu, su honra, su dignidad, su concepto ante si mismo y ante toda la sociedad.

Es importante decir que la reparación del daño moral es, en regla, pecuniaria, ante la imposibilidad del ejercicio del *jus vindicatae*, visto que él ofendería a los principios de la coexistencia y de paz social. La reparación en dinero vendría a neutralizar los sentimientos negativos de daño, dolor, tristeza, angustia por la supervivencia de las sensaciones

²⁶² RODRIGUES, Marcelo Abelha. Instituições de direito ambiental. São Paulo: Max Limoad, 2010, 37.

positivas de alegría, satisfacción pues posibilita al ofendido algún placer que en cierta medida podría atenuar su sufrimiento. Como ya se sabe tendría entonces una reparación del daño moral por la compensación del dolor con alegría. El dinero sería tan sólo una mitigación que facilitaría la adquisición de todo aquello que pueda concurrir para traer al lesionado una compensación por sus sufrimientos.

La reparación de los daños morales ganó enorme dimensión en Brasil solo después de la Constitución de la República Federal de Brasil de 1998 que trajo en su artículo 5º, inciso X la consagración de daño moral en el ordenamiento jurídico brasileiro.

Es de agregar que no cualquier daño es pasible de resarcimiento sino aquel daño injusto contra la ley traducido en la noción de lesión a un interés debiendo ser actual, cierto y subsistente. El daño actual es aquél que efectivamente ya ocurrió. El cierto es aquél fundado en un hecho cierto y no sustentado en hipótesis. La subsistencia consiste en decir que no será resarcible el daño que ya haya sido reparado por el responsable; no siendo indemnizables *a priori* daños hipotéticos. Sin daño o interés violado, patrimonial o moral, no se corporiza la indemnización.

Así, se debe observar no sólo la lesión material o moral causada a la víctima sino también lo más importante es la lesión jurídica desencadenada de la violación al derecho.

4.4.4. RELACIÓN DE CAUSALIDAD

No subsiste para el agente la obligación de indemnizar determinado daño sin que entre éste y la conducta desarrollada se demuestre la presencia de un nexo causal. Al lado de la conducta y del daño como elemento primordial de cualquier teoría que tenga como objetivo investigar sobre la responsabilidad civil debe estar la relación de causalidad. Sin ésta no se puede concebir la obligación de indemnizar. Además, es la propia ley la cual expresamente lo exige.

El nexo causal representa, por lo tanto, una relación necesaria entre el evento dañoso y la acción que lo produjo de manera que ésta es considerada como su causa. Si la víctima experimenta un daño pero no se demuestra que éste resultó del comportamiento o de la actitud del acusado el pedido de indemnización formulado por aquella deberá ser juzgado como improcedente.

Por lo tanto el nexo causal quedaría como el elemento que interligado a un proceder con un resultado dañoso establece un vínculo entre las partes el cual justifica el deber del responsable de indemnizar el perjuicio experimentado por la víctima.

4.5. EXCLUYENTES DE RESPONSABILIDAD CIVIL

Existen ciertos hechos que interfieren en los acontecimientos ilícitos y rompen el nexo causal excluyendo la responsabilidad del agente.

Los principales excluyentes de la responsabilidad civil que involucran la negación de ligamen de causalidad son: estado de necesidad, legítima defensa, culpa de la víctima, hecho de tercero, caso fortuito y fuerza mayor y en el campo contractual la cláusula de indemnización.

La culpa exclusiva de la víctima elude el deber de indemnizar ya que impide el nexo causal y desaparece la relación de causa y efecto entre el daño y su causante.

El Código Civil de 2002 (Ley 10.406/2002) trae en su art. 945 la hipótesis de culpa concurrente de la víctima y del agente causante del daño cuando de tal sucede la responsabilidad y consecuentemente la indemnización son divididas pudiendo las fracciones de responsabilidad ser desiguales de acuerdo con la intensidad de la culpa.

Por su lado la ley puede mencionar expresamente que sólo la culpa exclusiva de la víctima inhibe el deber de indemnizar como ocurre con el decreto n°. 2.691/12, que regula la responsabilidad de los ferrocarriles. Y aún la ley n°. 6.453/77, que trata sobre la responsabilidad por daños nucleares también excluye la responsabilidad del denominado operador nuclear cuando sea probado que el daño ha sido resultado exclusivamente por culpa de la víctima.

Así la culpa concurrente sólo podrá compensar los daños cuando la ley no hace esta calificación. Cuando ésta se hace presente la responsabilidad del daño permanece integral siempre que exista al menos parcialmente agente responsable. Si fuese caso fortuito y en caso de

fuerza mayor también se aleja el nexo causal existiendo exclusión de la responsabilidad. La fuerza mayor se presenta como consecuencia de fuerzas de la naturaleza tales como huracán, terremoto, inundación, incendio no provocado, entre otros factores, ya el caso fortuito es consecuencia de actos humanos como la guerra, las revoluciones, la huelga, entre otros. Sus conceptos giran en torno a la imprevisibilidad o inevitabilidad del evento aliado a la ausencia de culpa. Se centra en el hecho de que el perjuicio no es causado por el hecho del agente sino en razón de acontecimientos que escapan a su poder.

Tampoco existirá el deber de indemnizar cuando se trate de estado de necesidad y legítima defensa. Es lo que estipula el art. 188 del Código Civil Brasileiro.

La sociedad no admite la justicia por propias manos, sin embargo hay situaciones en que el ciudadano se encuentra obligado a utilizar medios para proporcionar su defensa repeliendo una agresión injusta, actual o inminente contra sí o sus bienes valiéndose de medios moderados. En caso en que el agente se exceda en el rechazo responderá proporcionalmente por el exceso. Se agrega a esto el hecho de que la legítima defensa putativa no elude el deber de indemnizar pues excluye la culpabilidad y no la antijuricidad.

En lo referente al ejercicio regular de un derecho también se excluye la responsabilidad no siendo pasible de indemnización el daño de ahí resultante, estando implícito otro excluyente tal como lo es el estricto

cumplimiento del deber legal porque actúa en el ejercicio de un derecho reconocido.

El estado de necesidad en el campo de la responsabilidad civil se encuentra delineado en el citado art. 188, II, en los arts. 929 y 930 del Código civil. En este caso el agente ante las circunstancias no posee otra salida o alternativa viable y se obliga a ofender un derecho ajeno. Sería pues una situación de peligro actual de intereses protegidos por el Derecho en que el agente para salvar un bien propio o de tercero no tiene otro camino sino el de lesionar el interés de otro.

Partiendo hacia el hecho del tercero es preciso tener una noción de quién sería el tercero en la relación. Para Silvio Rodrigues²⁶³ el “terceiro é somente aquele por quem o indigitado responsável não responde”.

El hecho de tercero para excluir totalmente la responsabilidad del agente causante directo del daño tiene que presentar características semejantes a las del caso fortuito siendo imprevisible e irresistible. En esta hipótesis no existiendo relación de causalidad no existe responsabilidad para la reparación.

Finalmente la cláusula de no indemnizar. Principalmente en lo referido esta cuestión es en la esfera contractual. Se trata de la cláusula por la cual una de las partes contratantes declara que no será responsable por daños emergentes del contrato, su incumplimiento total o

²⁶³ SILVIO, ob. cit., 2010. P. 169.

parcial. No se debe confundir con la cláusula de irresponsabilidad pues ésta excluye la responsabilidad en cuanto la primera sólo distancia, suprimiendo la indemnización.

Mucho se discute sobre la validez de esta cláusula. Existen aquellos que entienden que ella es nula pues así es considerada en el campo de los derechos contractuales. Sin embargo el propio Código de Defensa del Consumidor admite la limitación de la responsabilidad de indemnizar en situaciones justificables cuando el consumidor fuera persona jurídica (art. 51, inciso I del CDC):

El Código Civil de 2002 (Ley 1º406/2002) nada dispone sobre ésta cláusula entendiendo la doctrina que debe ella ser admitida por el legislador y por la jurisprudencia y doctrina pacificadas como consecuencia de la autonomía de la voluntad negocial con restricciones sin que halle su imposición por medio incluso del mismo contrato de adhesión.

4.6. RESPONSABILIDAD CIVIL AMBIENTAL EN EL DERECHO BRASILEÑO Y ARGENTINO

Primeramente es importante el rechazo a la previsión legal de este instituto en el Derecho Brasileño. Estando previsto en las siguientes normas: Decreto-ley nº. 79.347/77 (que promulgó la Convención

Internacional sobre Responsabilidad Civil por Daños Causados por contaminación por Petróleo); Ley nº. 6.453/77 (trata de la responsabilidad civil por daños nucleares, previendo en su art. 4º que la responsabilidad civil para la reparación de daño nuclear causado por accidente nuclear será exclusiva del operador de la instalación nuclear); Ley nº. 7.347/85 (trata de la Acción Civil Pública); la Constitución Federal de 1988, protegiendo el medio ambiente en más de uno de sus dispositivos, en el art. 21, inciso XXIII, línea “c”, y el art. 225, §§ 2º e 3º, tratando de las conductas y actividades consideradas lesivas al medio ambiente, puniendo civil y penalmente a los agentes causantes de daño ambiental sea persona física o jurídica, la Ley nº 7.802/89: (dispone sobre la investigación, la experimentación, la producción, la propaganda comercial, la utilización, la importación, la exportación, el destino final de los residuos y embalajes, el registro, la clasificación, el control, la inspección y la fiscalización de agrotóxicos, sus componentes y afines e de las otras providencias), además de otras disposiciones legislativas.

El legislador patrio con la edición de la ley de Política Nacional del Medio Ambiente – Ley nº. 6.938/81 – creó en su artículo 14 § 1º, el régimen de la responsabilidad civil objetiva por los daños causados al medio ambiente. De esta forma es suficiente la existencia de la acción lesiva, del daño y del nexo con la fuente contaminante o degradadora para la atribución del deber de reparación.

Comprobada la lesión ambiental, se torna indispensable que se establezca una relación de causa-efecto entre el comportamiento del agente y el daño de él acaudado. No es imprescindible que haya evidencia de la práctica de un ilícito, basta que se demuestre la existencia del daño para el cual el ejercicio de la actividad peligrosa ejerció una influencia causal decisiva.

Se resalta que aún siendo lícita la conducta del agente tal factor se torna irrelevante si de esta actividad resulta algún daño al medio ambiente. Ésto proviene de la teoría del riesgo de la actividad o de la empresa según la cual cabe el deber de indemnizar a aquél que ejerce la actividad peligrosa consustanciando a la carga de su actividad el deber de reparar los daños por ella causados. Tal teoría es consecuencia de la responsabilidad objetiva.

En Argentina el esquema de la responsabilidad civil por daño ambiental presenta una dualidad regulatoria. Por una parte, la Ley 25.675 (*LGA* – Ley General del Ambiente) regula exclusiva y fragmentariamente el “daño ambiental de incidencia colectiva” (art. 27). Por otra parte, ante la ausencia de una norma en particular se entiende que es aplicable lo regulado por el Código Civil²⁶⁴ en todas aquellas cuestiones no previstas por la *LGA*. Se debe notar también que la misma *LGA* deja a salvo “otras acciones judiciales que pudieran corresponder” (art. 28, *in fine*), lo que ha venido a reafirmar la aplicación del mencionado cuerpo de leyes en

²⁶⁴ STIGLITZ, Gabriel A. *Responsabilidad civil por contaminación del medio ambiente*, LL, 1983-A-78, La Rocca, Buenos Aires.

materia de daño ambiental. En la Constitución Nacional de 1994 se incluye expresamente en su texto una cláusula ambiental (art. 41).

En Brasil el esquema de la responsabilidad civil por daño ambiental surge de la propia ley: se trata de un sistema normativo y directo. La Ley 6.983\81 asume el paradigma antropocéntrico-ecocéntrico. La Constitución de la República Federal de Brasil de 1988, refuerza el instituto.

Cuando se habla de responsabilidad civil ambiental se torna imperioso reflexionar con respecto al principio del Derecho Ambiental del Contaminador-pagador.

Este principio no trae como indicativo **pagar para poder contaminar, contaminar mediante pago o pagar para evitar la contaminación**. En este principio se identifican dos órbitas de alcance, la primera que busca evitar la aparición de daños ambientales de carácter preventivo, ésto es, impone al contaminador el deber de asumir los costes de prevención de los daños al medio ambiente que su actividad pueda ocasionar. Y la segunda tiene en miras su reparación ocurrido el daño, tiene carácter represivo, o sea, ocurriendo daños al medio ambiente en razón de la actividad desarrollada el contaminador será responsable por su reparación.

De esta forma, se distinguen en el principio dos esferas básicas: busca evitar la aparición de daño ambiental – carácter preventivo; y ocurrido el daño tiene en miras su reparación – carácter represivo. Dentro

de este principio pero específicamente en su carácter represivo es que se inserta la idea de responsabilidad civil por el daño causado al medio ambiente a consecuencia de residuos sólidos urbanos.

También es importante hacer una breve reflexión sobre el principio de Desarrollo Sustentable el cual se comporta juntamente con el principio contaminador-pagador como uno de los principios indispensables para el Derecho Ambiental así como para el campo de la responsabilidad civil ambiental.

En este principio, tal vez más que en cualquier otro, surge muy evidente la reciprocidad entre derecho y deber por cuanto el desarrollo es usufructo de un planeta plenamente habitable, no es sólo derecho sino también deber principal de las personas y de la sociedad. Tiene por contenido el mantenimiento de las bases vitales de la producción y reproducción del hombre y de sus actividades garantizando igualmente una relación satisfactoria entre los hombres y de éstos con su ambiente para que futuras generaciones también tengan oportunidad de disfrutar los mismos recursos que existen hoy a disposición de todos.

Buscan una coexistencia armónica entre la economía y el medio ambiente. Se permite el desarrollo pero en forma sustentable, planeada, para que los recursos existentes no se agoten o se tornen inocuos pues éstos no son inagotables y no se puede fomentar el desarrollo en forma ajena a este hecho.

Con esto, se pasa a reclamar un papel activo del Estado en auxilio de los valores ambientales confiriendo otra noción al concepto de desarrollo. Así, la libre iniciativa que rige las actividades económicas comenzó a tener otro significado.

Aquí, pues, los principios orientadores del Derecho Ambiental que se presentan con mayor importancia para el estudio de la responsabilidad civil en materia ambiental como consecuencia de residuos sólidos domésticos.

4.7. RESPONSABILIDAD CIVIL DEL ESTADO

En el pasar de los tiempos varias teorías surgieron con la intención de explicar la responsabilidad civil del Estado, serán citadas a continuación las más importantes. Antes de analizar cada una de ellas cabe señalar que existe mucha divergencia en la terminología entre los autores lo que torna difícil la colocación de la materia; lo que algunos llaman como culpa civil otros la llaman culpa administrativa; algunos consideran como hipótesis diversas la culpa administrativa y el accidente administrativo; algunos subdividen la teoría del riesgo en dos modalidades, riesgo integral y riesgo administrativo.

La primera de estas teorías es la de la irresponsabilidad, la cual fue adoptada en la época de los Estados absolutos y reposaba fundamentalmente en la idea de soberanía: el Estado dispone de

autoridad indiscutible ante el súbdito; él ejerce la tutela del derecho, no pudiendo, por ésto, actuar contra él, de ahí los principios de que el rey no puede errar y lo que en el decir de Hely Lopes Meireles²⁶⁵ (2011) “aquilo que agrada ao princípio tem força de lei” así, cualquier responsabilidad atribuida al Estado significaría colocarlo en el mismo nivel que al súbdito en menosprecio a su soberanía. Esta teoría luego comenzó a ser combatida por presentarse como una evidente injusticia.

La legislación patria pasó a entender la responsabilidad civil del Estado a través de la teoría civilista que se dividía en relación a los actos de gestión (practicados por la Administración en situación de igualdad con los particulares) o acto de Imperio del Poder Público (practicados por la Administración e impuestos coercitivamente a los particulares), siendo que sólo en relación a los primeros había responsabilidad civil del Estado, ya que no había en este caso culpa del agente público.

Luego de ser lentamente abandonada la diferenciación entre actos de imperio y actos de gestión el elemento condicionante pasó a ser únicamente la culpa, la cual entendida y aplicada en el derecho civil. Muchos autores continuaron apegados a la doctrina civilista aceptando la responsabilidad del Estado puesta de manifiesto la culpa. Se procuró equiparar la responsabilidad del Estado a la de un empleador o director por los actos de los empleados o agentes. Era la llamada teoría de la culpa civil o teoría de la responsabilidad subjetiva.

²⁶⁵ Meirelles, ob. cit., p. 618.

Surgieron más de una vez fuertes críticas a estas teorías surgiendo de ahí la elaboración por parte de la jurisprudencia de las teorías publicistas: teoría de la culpa del servicio o de la culpa administrativa y teoría del riesgo integral.

La teoría de la culpa administrativa representa el primer estadio de transición entre la doctrina subjetiva de la culpa civil y la tesis objetiva del riesgo administrativo que la sucedió pues toma en consideración la falta de servicio para de ella inferir la responsabilidad de la Administración. Esta teoría procura desvincular la responsabilidad del Estado de la idea de culpa del funcionario. Se pasó a hablar de culpa del servicio público.

Sin abandonar esta teoría en determinadas hipótesis se pasó a adoptar la teoría del riesgo que fundamenta la teoría de la responsabilidad objetiva del Estado. En esta teoría la idea de culpa es sustituida por el nexo de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y el perjuicio sufrido por el administrado. Es indiferente que el servicio público haya funcionado bien o mal, en forma regular o irregular.

Es la llamada teoría de la responsabilidad objetiva o teoría del riesgo ya que no necesita de la apreciación de los elementos subjetivos partiendo de la idea de que la actuación estatal involucra un riesgo de daño que le es inherente.

El § 6º, del artículo 37 de la Constitución Federal siguió la línea trazada por las constituciones anteriores y abandonando la teoría

subjetiva de la culpa, se orientó en el sentido de adoptar la teoría de la responsabilidad civil objetiva de la administración sin llegar a los extremos del riesgo integral.

Nótese que hablando de excluyentes existen casos en que el Estado se exime de responsabilidad. Son señaladas como causas excluyentes de responsabilidad la fuerza mayor y la culpa de la víctima.

El legislador y la propia jurisprudencia procuraran responsabilizar al Estado de todas formas también en el diseño de no dejar a la víctima no resarcida del perjuicio.

Informado por la teoría del riesgo, la responsabilidad del Estado se presenta hoy en la mayoría de los ordenamientos como responsabilidad objetiva. En esta línea ya no se invoca el dolo o la culpa del agente o el mal funcionamiento o falla de la administración. Se deja de lado, para fines de resarcimiento del daño el cuestionamiento del dolo o culpa del agente, de la licitud o ilicitud de la conducta, del buen o mal funcionamiento de la Administración. Demostrando el nexo de causalidad, el Estado debe resarcir.

La reparación del daño causado por el Poder Público a terceros se obtiene amigablemente o por medio de la acción de indemnización y una vez indemnizada la lesión de la víctima queda la entidad pública con derecho a volverse contra el servidor inculcado para obtener de él lo pagado a través de la acción regresiva autorizada por el § 6° del artículo 37 de la Constitución de la República Federal de Brasil de 1988.

Se puede afirmar que el legislador brasileiro así como la doctrina y la jurisprudencia siempre tuvieron en claro la evolución de la responsabilidad del Estado siempre en el sentido de su objetivación alejándose de la culpa y aproximándose al riesgo hasta asumirlo siendo razonable que se hablase de algún tipo de responsabilidad subjetiva sólo en el período que va del inicio de vigencia del antiguo Código Civil de 1916, hasta la promulgación de la Constitución Federal en 1946 cuando promulgada ésta la responsabilidad del Estado pasó a ser objetiva quedando revocado el Código Civil.

CAPÍTULO 5 DEL DAÑO AMBIENTAL

Una de las cuestiones más discutidas en la doctrina sobre la responsabilidad civil ambiental es el daño ecológico o ambiental específicamente en lo atinente a su reparación. Conceptuar al daño ambiental no es una tarea de las más fáciles pues se necesita de la definición de medio ambiente y éste a su vez posee varias acepciones, no es asunto cerrado en el Derecho Ambiental. Aún es preciso entender lo que viene a ser el daño en una forma general y ahí encarando el daño patrimonial y moral con todas sus problemáticas.

Se puede entender como cierto y pacífico en cualquier doctrina y jurisprudencia el deber de preservación y conservación del medio ambiente natural manteniéndolo propicio a una saludable calidad de vida como dice claramente el texto constitucional para que todos puedan usufructuar de este bien que pertenece a la propia sociedad como también protegerlo de toda y cualquier agresión quedando aquél que causó el perjuicio sujeto a las puniciones administrativas, penales y civiles en la forma que la ley disponga. Lo que no puede suceder es que el causante del daño salga libre de toda responsabilidad y que el medio ambiente se encuentre perjudicado. Ya que de ocurrir así generaría una degradación de la naturaleza y de los recursos ecológicos que son patrimonio de toda la humanidad.

Todo hombre y todo ciudadano tiene derecho a una calidad de vida saludable y al medio ambiente ecológicamente equilibrado, esto debe ser asegurado a todos como garantía constitucional.

En el presente capítulo será abordada toda la cuestión acerca del daño ambiental analizando como se presenta la problemática ambiental en Brasil y en Argentina, para a continuación presentar las características de esta especie de daño hasta llegar al estudio y a su reparación.

5.1. LA CUESTIÓN AMBIENTAL EN BRASIL

El hombre titulándose señor del universo entendió poseer el derecho de disponer de todos los recursos naturales en la forma en que desease y quisiese sin respetar ningún límite ni siquiera aquellos inherentes a los propios ecosistemas, teniendo el siguiente resultado: luego de todos esos años de degradación el saldo es un ambiente contaminado con muchas especies extintas y tantas otras en la ruta de la extinción.

Para que existiera el descubrimiento de nuevos mundos y la consecuente expansión humana fue preciso que se practicasen varios actos negativos y perjudiciales al medio ambiente donde el hombre casi siempre sometía a patrones de conducta insustentables sin preocuparse por una vida saludable y con los medios que propiciarían ese bienestar, degradando y contaminando todo el Planeta Tierra.

Para la sociedad que se decía desarrollada lo que interesaba era la atención de las necesidades muchas veces creadas, superfluas, pasajeras, integrantes de un patrón moderno de valores causantes de una degradación extensa que implicaron un agotamiento de la capacidad de provisión de recursos naturales para la satisfacción de dichas necesidades.

El Problema de la relación con el Planeta Tierra está relacionado con las grandes intervenciones y con lo cotidiano de cada ciudadano, o sea, el emprendedor muchas veces no está consiente del problema que su actividad causará al ambiente natural simplemente procura no

perjudicar para que no incurra en ninguna sanción penal, civil o administrativa pero si los controles fallasen volverían a contaminar. Es el problema de toda la humanidad: la falta de conciencia ecológica especialmente por parte de aquellos que más contribuyen para la degradación del medio ambiente.

El Derecho Ambiental como nueva disciplina jurídica surge como una reacción y respuesta del legislado al desafío inevitable de proteger legalmente al medio ambiente en favor de las presentes y futuras generaciones.

La expresión medio ambiente hace cerca de 30 años atrás ni siquiera era mencionada en el ordenamiento jurídico patrio como interés o derecho objeto de específica, racional y sistemática protección jurídica. Con la gran difusión de la importancia de preservar el patrimonio ecológico el medio ambiente fue elevado en el ordenamiento jurídico brasilero a la categoría de bien jurídicamente protegido e incluido entre los derechos fundamentales del ciudadano.

La gestión apropiada del patrimonio ambiental brasilero constituye una tarea compleja existiendo en rigor mayores perspectivas de éxito a medida que existen organizaciones orientadas a la consecución eficiente de los objetivos propuestos. El primer paso concreto en esta dirección ocurrió en Brasil en 1973 con la creación de la Secretaría Especial de Medio Ambiente (SEMA), ligada directamente a la Presidencia de la República. Ocho años después e 1981, es promulgada la Ley n° 6.938,

que instituyó la Política Nacional de Medio Ambiente marco para la gestión del medio Ambiente brasileiro. Subsecuentemente el proceso de incremento en la capacidad de gestión ambiental del Estado Brasileiro testimonia la creación del Instituto Brasileiro del Medio Ambiente y de los Recursos Naturales Renovables (IBAMA), en 1989, y tres años más tarde la del Ministerio del Medio Ambiente.

La Constitución de la República Federal de Brasil de 1988 consagró por primera vez en la historia del país dentro del Título del Orden Social en el art. 225, un capítulo específico a la temática ambiental y a partir de ese año vivir, trabajar, estudiar en un ambiente higiénico y ecológicamente equilibrado pasó en el plano constitucional a ser considerado un derecho fundamental. En efecto el capítulo constitucional prescribe al Estado Brasileiro y a la colectividad el deber de defender y preservar el medio ambiente para las generaciones presentes y futuras.

Así, creando y estableciendo obligaciones (derechos y deberes difusos), la Carta Magna acabó por hacer una verdadera convocatoria a los ciudadanos brasileiros para la lucha en defensa del patrimonio ambiental en favor de las presentes y futuras generaciones instituyendo la efectiva protección al llamado derecho fundamental de cuarta generación confirmando aún más la tesis de que el hombre continúa siendo la criatura principal y mayor beneficiario del mundo natural.

También se señala la existencia de normas constitucionales que trataron sobre la repartición de poderes en materia ambiental entre los

entes federados, el asunto de la división de poderes, privado, comunes y concurrentes que se halla distribuida a lo largo de los artículos 21 a 32 de la Constitución de la República Federal de Brasil de 1988.

Los compromisos internacionales asumidos por Brasil en el área de medio Ambiente han representado estímulos positivos para una gestión ambiental eficiente. Por ejemplo está la Conferencia de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente y Desarrollo (Rio 92), de la cual se desdobra la creación de la Comisión Interministerial sobre Desarrollo Sustentable (CIDES), en 1994. Esta Comisión tiene como objetivo asesorar al Presidente de la República en la toma de decisiones sobre las estrategias y políticas nacionales necesarias al desarrollo sustentable conforme a las directrices establecidas por la Agenda 21. En 1997, con el Instituto para cumplimentar el trabajo de la Comisión Interministerial, tornando la política de medio ambiente más representativa, se creó la Comisión de Política de Desarrollo Sustentable y de la Agenda 21 Nacional de la cual participan representantes del gobierno y de la sociedad civil bajo la presidencia en el Ministerio del Medio Ambiente. A la comisión cabe proponer y evaluar estrategias e instrumentos orientados para el desarrollo sustentable del País y elaborar la Agenda 21 Nacional.

Varios programas son desarrollados por el Ministerio de Medio Ambiente de Brasil buscando una protección efectiva de este bien de uso común del pueblo inclusive de la propia Amazonia (con el programa Amazonia Solidaria) que se encuentra hoy fuertemente amenazada por

los otros países desarrollados que explotan toda su riqueza animal y vegetal.

Se cumple en registrar finalmente la existencia en el ordenamiento jurídico brasileiro de un significativo cuerpo de normas infraconstitucionales (leyes federales, constituciones y leyes estatales, leyes orgánicas municipales, decretos, ordenanzas, resoluciones, etc.) que lentamente fueron creando innumerables medidas y variados instrumentos de tutela ambiental ya sea en la esfera administrativa, penal (Códigos de Agua, Pesca, Caza, Forestal, Código Penal, Ley de Contravenciones, Ley de Crímenes Ambientales – Ley 9.605/98 – etc.), y civil (Acción Popular Ambiental – art. 7.347/85 – Acción de Responsabilidad Civil por Daños Causados al Medio Ambiente, entre otros), estableciendo un conjunto de leyes y normas que hoy componen el Derecho Ambiental brasileiro.

Se resalta aquí la gran influencia de las organizaciones no-gubernamentales (ONGs) en Brasil, las más participativas y actantes más que el propio Poder Público, muchas creadas con la intención de protección ecológica, de concientización de la colectividad sobre la importancia de tener un ambiente natural equilibrado realizando un trabajo voluntario arduo y lento educando y convenciendo, cambiando comportamientos, esclareciendo a todos sobre la necesidad de una vida que no sea egoísta, utilitarista, más fraterna, libre y en sintonía con todos los seres vivos.

Mucho ya ha sido hecho sin embargo mucho aún hay por hacer. La humanidad ya dio grandes avances en la cuestión ambiental y los ciudadanos brasileiros de a poco van formándose una conciencia sólida sobre el asunto entendiendo que todos integran la red de la vida y son parte de este gran ecosistema vivo e integrado que es el Planeta Tierra. Todavía existe la necesidad de hacer valer las leyes ambientales que ya existen aplicándolas efectivamente, independientemente de quien sea el agente causante del daño al medio ambiente.

5.2. EI DAÑO AMBIENTAL

La palabra daño como dicho anteriormente deriva del latín *damnum* y significa perjuicio, pérdida. En lengua vulgar daño representa estrago, deterioro y daño.

Daño es la acción de una persona perjudicial a un tercero quien podrá exigir por los medios cabales alguna forma de reparación.

El daño es presupuesto necesario al concepto de responsabilidad civil. Sin el daño no existe obligación de reparar pues se pierde la razón de restablecimiento del *status quo*.

En lo concerniente al daño ambiental su caracterización dependerá de la valoración dada al bien jurídico lesionado por el daño y protegido por el orden jurídico. Así, para la definición de daño ambiental

se torna esencial, preliminarmente, el caracterizar el concepto jurídico de medio ambiente.

Principalmente a efectos de la responsabilidad debe ser hecho el análisis del concepto de daño ambiental, el daño ambiental es de antemano requisito esencial para la caracterización de la responsabilidad extracontractual, norte de la tesis en cuestión.

Antunes (2009), recuerda que:

A toda evidência, não se pode definir qual o ressarcimento devido se o dano a ser reparado não estiver suficientemente classificado, especificado e quantificado. Com efeito, sem a existência do dano, inexistente responsabilidade²⁶⁶.

Es importante resaltar que no todas las alteraciones ecológicas constituyen daño ambiental reparable por el Derecho vigente, no sólo todas las modificaciones que ocasionan perjuicios, muchas veces el ambiente puede cambiar de forma natural o así mismo artificial pero para un mejor estado. El medio ambiente vive en transformación constante desde siempre.

El daño ambiental consiste en la acción dañosa al medio ambiente, bien jurídico protegido perteneciente y de responsabilidad de toda la sociedad pudiendo ser reversible o irreversible.

²⁶⁶ ANTUNES, Paulo Bessa. *Direito ambiental*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009, p. 247.

La Ley nº 6.938\1981, que dispone sobre la Política Nacional del Medio Ambiente conceptúa daño como “alteración adversa de las características del medio ambiente”.

Según el autor, Bustamante Alsina (1994) define al daño ambiental del siguiente modo:

“Toda atividade humana individual ou coletiva que ataca os elementos do patrimônio ambiental causa um dano social por afetar os chamados ‘intereses difusos’, que são supraindividuais, pertencem a comunidade e não tem por finalidade a tutela o interesse de um sujeito em particular, se não de um interesse geral ou indeterminado em quanto a sua individualidade”²⁶⁷.

El citado autor alude a que prefiere definir de este modo al “daño ecológico”, que en realidad ha considerado más apropiado llamarlo “daño ambiental” por ser más abarcativo y comprensivo que el ecológico²⁶⁸, reservando aquella expresión para el daño que ataca los elementos bióticos y abióticos de la biosfera.

La expresión “daño ambiental” es ambivalente²⁶⁹, pues designa no solamente al daño que recae en el patrimonio ambiental que es común a una colectividad sino que se refiere también al daño que el medio

²⁶⁷ Bustamante Alsina, Jorge, *Derecho ambiental*, op. cit., p. 44; ídem, Responsabilidad civil por daño ambiental, LL, 1994-C-1057.

²⁶⁸ Pigretti, Eduardo y otros, *La responsabilidad por daño ambiental*, Centro de publicaciones jurídicas y Sociales, Buenos Aires, 1981, p. 26.

²⁶⁹ Bustamante Alsina, *Derecho ambiental*, op. cit., p. 45; cassagne, *Sobre la protección ambiental*, LL, 1995-E-1217.

ambiente ocasiona de rebote (*por retroceso*) a los intereses legítimos de una persona determinada, configurando un daño particular sea éste patrimonial o extramatrimonial²⁷⁰. Se apunta también a la dificultad para enunciar su concepto en abstracto por los diferentes matices con que puede presentarse en la realidad²⁷¹.

En Argentina existe un amplio consenso en relación a la responsabilidad por daño ambiental que sería de carácter objetivo.

Uno de los principales problemas en materia de responsabilidad civil por daño ambiental en Argentina reside en la dificultad para acreditar el nexo causal fundamentalmente debido a su complejidad. De allí que la jurisprudencia haya sustentado que en análisis de la prueba en estos casos, “debe tener un tratamiento particular en cuanto a la naturaleza de la agresión no se compadece con los sistemas habituales de análisis de las pruebas²⁷².

Si en la relación de causalidad se configura el elemento medular en todo el sistema de la responsabilidad civil por daño ambiental y al tiempo en que las mayores dificultades se encuentran a la hora de la prueba se ha intentado mejorar la situación de la víctima a través del derecho de acceso a la información.

Para Rodrigues (2005), el daño ambiental es:

²⁷⁰ Prieur, op. cit., p. 729.

²⁷¹ Natale, Protección del medio ambiente en la reforma constitucional, LL, 1994-E-1387.

²⁷² Cám. 1ª Civ, y La Plata, Sala II, 27/04/93, p. 369.

[...] podemos dizer que existe o dano ambiental quando há lesão ao equilíbrio ecológico decorrente de afetação adversa dos componentes ambientais. Essa lesão pode gerar um desequilíbrio ao ecossistema social ou natural, mas sempre a partir da lesão ao equilíbrio ecológico, que é o bem jurídico tutelado pelo direito ambiental. Exatamente porque o meio ambiente (e seus componentes e fatores) constitui um bem jurídico autônomo, imaterial, difuso, incindível de uso comum de todos, à lesão que o atinge será, *ipso facto*, uma lesão difusa e indivisível, cuja reparação será, igualmente, erga omnes²⁷³.

El daño ambiental tiene como punto de partida el desequilibrio ecológico en este entender debe generar una modificación del ecosistema en forma negativa donde el equilibrio ecológico es el bien tutelado jurídicamente por el Derecho Ambiental y la reparación será hecha en forma de englobar el todo ya que todos los componentes del bien jurídico “naturaleza” son indivisibles.

Pero es de observar que la Política Nacional del Medio Ambiente protege la vida en todas sus formas comunicándose con lo que determina el art. 225 de la Carta Magna vigente y no sólo el hombre sino también todos aquellos poseedores de vida siendo cierto lo siguiente: un bien, aunque si no fuera vivo puede ser ambiental en la medida en que pueda ser esencial a la calidad de vida de otro.

²⁷³ RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Instituto de direito civil ambiental*. São Paulo: Max Limoad, 2005, p. 210.

De esta forma la vida aunque no sea humana sólo podrá ser tutelada por el derecho ambiental cuando su existencia implique garantía de salubre calidad de vida del hombre toda vez que en una sociedad organizada éste es el destinatario de todas y cualquier norma.

Por lo tanto medio ambiente es un bien jurídico que pertenece a todos los ciudadanos indistintamente pudiendo de este modo ser disfrutado por la sociedad en general. Sin embargo toda la colectividad posee el deber jurídico de protegerlo lo cual puede ser ejercido por el Ministerio Público, por las asociaciones, por el propio Estado y hasta por los mismos ciudadanos.

El Texto Constitucional en su art. 225, provee los fundamentos básicos para la comprensión del instituto estableciendo que “Todos tienen derecho al medio ambiente ecológicamente equilibrado ya sea de uso común del pueblo y esencial a la salubre calidad de vida [...]”; así están protegidos el medio ambiente natural – que está compuesto por la atmósfera, las aguas interiores, superficiales y subterráneas, los estuarios, el mar territorial, el suelo, el subsuelo, los elementos de la biosfera, la fauna, la flora, el patrimonio genético y la zona costera; el medio ambiente laboral – que integra la protección del hombre en su lugar de trabajo con observancia de las normas de seguridad; el medio ambiente artificial – integra los servicios urbanos, los edificios comunales y el medio ambiente cultural – integran los bienes de la naturaleza

material e inmaterial, los conjuntos urbanos y sitios de valor histórico, paisajismo, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico y científico.

Entonces, es posible llegar a la implacable conclusión de que el concepto de medio ambiente es amplísimo en la exacta medida en que se asocia la expresión saludable calidad de vida. Se trata de un concepto jurídico indeterminado.

De esta forma, se tiene que daño ambiental es toda agresión realizada contra el medio ambiente causada por actividad económica potencialmente contaminante o por acto comisivo u omisivo practicado por cualquier persona sea ella física o jurídica de Derecho Público o Privado. Este concepto armoniza con lo dispuesto en el art. 225. § 3º, de la Constitución de la República Federal de Brasil de 1988, *in verbis*.

[...] as condutas e atividades consideradas lesíveis ao meio ambiente afetarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

Por lo tanto, el daño ambiental puede ser comprendido como siendo el perjuicio causado a todos los recursos ambientales indispensables para la garantía de un medio ecológicamente equilibrado provocando la degradación y consecuentemente el desequilibrio ecológico.

El significado de daño que interesa para el estudio de Derecho Ambiental y más específicamente la responsabilidad civil es el daño indemnizable. Para muchos doctrinarios el daño ambiental se presenta como un fenómeno físico-material y también puede integrar un hecho jurídico calificado por una norma y su inobservancia y solamente puede contemplarse un daño si la conducta fuera considerada antijurídica en el respectivo ordenamiento legal. Resumiendo, siempre debe haber una norma que prohíba cierta actividad que proteja determinado bien ecológico. Está claro que en el acto de subsunción de los hechos al texto de la norma siempre va a haber influencia de la actitud personal del intérprete.

Se agrega a lo que fue expuesto el hecho de distinguir en la doctrina el daño ambiental moral y el patrimonial. Es considerado daño patrimonial cuando existe la obligación de una reparación a un bien ambiental lesionado que pertenece a toda la sociedad. El daño moral ambiental a su vez está ligado a todo perjuicio que no sea económico causado a la colectividad en razón de lesión al medio ambiente.

La fundamentación legal para el daño extramatrimonial ambiental así como para otros intereses difusos o colectivos fue establecida por el art. 1° de la Ley 7.347/85 (Ley de Acción Civil Pública) con nueva redacción dada por la Ley 8.884/94, que dispone: "Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo de ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados: I – ao meio

ambiente; [...]; IV – a qualquer outro interesse difuso ou coletivo; [...]”. Se trata de la consagración en el ordenamiento jurídico nacional, reparación de toda y cualquier especie de daño colectivo en lo que atinente a su extensión y frente al bien ambiental a indemnizar podrá presentarse hasta como consecuencia de acto lícito considerando el riesgo de la actividad.

Esta fundamentación legal hace surgir un daño extrapatrimonial ambiental sin culpa en el cual el agente estará sujeto a reparar la lesión por riesgo de su actividad y no por el criterio subjetivo o de culpa. El daño extrapatrimonial ambiental no tiene ya como elemento indispensable el dolor en su sentido moral de daño, pesar, aflicción, sufrido por la persona física. El dolor, en el cual se formuló la teoría del daño moral individual acabó por abrir espacio a otros valores que afectan negativamente a la colectividad como es el caso de la lesión inmaterial ambiental.

Leite (2003) argumenta que:

Em resumo, sempre que houver um prejuízo ambiental objeto de como a ação popular, com ofensa ao sentimento coletivo estará presente o dano moral ambiental. A ofensa ao sentimento coletivo se caracteriza quando o sofrimento é disperso, atingindo consideravelmente número de integrantes de um grupo social ou comunidade²⁷⁴.

²⁷⁴ LEITE, José Rubens Morato. *Dano Ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

Se percibe que la innovación legal es significativa y suscitará varios cuestionamientos como una nueva configuración del derecho a la personalidad relacionada con la calidad de vida. Pero no se seguirá con el estudio de este asunto ya que no es éste objeto de la presente investigación.

Ante tantos conceptos formulados lo más coherente sería acreditar que no existe una definición pacífica sobre lo que viene a ser el medio ambiente y el daño ambiental, cierto es que cubre desde los perjuicios a los elementos que integran la naturaleza entre ellos el propio hombre o sea todos intentan entender y explicar como se regulan las relaciones entre el hombre y la naturaleza siempre teniendo en miras la calidad de vida de toda la sociedad ya que un ambiente ecológicamente equilibrado proporciona bienestar para todos.

5.3. CLASIFICACIÓN DEL DAÑO AMBIENTAL

Debido a esta dificultad en identificar la concepción de daño ambiental se hace un clasificación del mismo tomando en cuenta la amplitud del bien protegido, su reparabilidad y los intereses jurídicos involucrados y su extensión y el interés objetivado.

5.3.1. EN CUANTO A LA AMPLITUD DEL BIEN PROTEGIDO

En lo que dice al respecto de la amplitud del bien protegido la doctrina viene delineando varias significaciones tomándose en cuenta el concepto de medio ambiente que se adopta tratando así el daño ecológico puro, el daño ambiental *latu sensu* y el daño ambiental individual o reflejo que se pasa a mencionar.

El medio ambiente puede tener una conceptualización estrecha, o sea, relacionada a los componentes naturales del ecosistema y no el patrimonio cultural o artificial. Así, analizando bajo este enfoque el daño ambiental significaría daño ecológico puro y su protección estaría siendo hecha en relación a algunos componentes esenciales del ecosistema. Son daños que alcanzan bienes que son propios de la naturaleza.

En mayor amplitud el daño ambiental *latu sensu*, o sea, concerniente a los intereses difusos de la colectividad, incluiría a todos los componentes del medio ambiente inclusive el patrimonio cultural. En este caso se protegerían el medio ambiente y todos sus componentes en forma unitaria.

Daño individual ambiental o reflejo conectado al medio ambiente que es de hecho un daño individual pues el objetivo primordial no es la tutela de los valores ambientales pero si los intereses propios del lesionado, relativo al microbien ambiental. Visto desde esa óptica el bien ambiental estaría tutelado indirectamente en forma refleja y no habría una protección inmediata de los componentes del medio ambiente protegido. Así el bien ambiental estaría parcial y limitadamente protegido.

5.3.2. EN CUANTO A LA REPARABILIDAD Y AL INTERÉS INVOLUCRADO

En lo pertinente a la reparabilidad y al interés involucrado esta clasificación del daño ambiental puede ser hecha de la siguiente forma:

a) Daño ambiental de reparabilidad directa cuando dice al respecto de intereses propios individuales e individuales homogéneos y sólo reflejos con medio ambiente y en lo atinente al microbien ambiental. El interesado que sufrió lesión será directamente indemnizado.

b) Daño ambiental de reparabilidad indirecta cuando dice al respecto de intereses difusos, colectivos y eventualmente individuales de dimensión colectiva, la protección del macrobien ambiental y relativos a la protección del medio ambiente como bien difuso siendo que la reparabilidad es hecha indirecta y preferencialmente al bien ambiental de interés colectivo y no objetivando resarcir intereses propios y personales. Analizando sobre esta concepción el medio ambiente es reparado indirectamente en lo que concierne a su capacidad funcional ecológica y a la capacidad de aprovechamiento humano y no por ejemplo considerando el deterioro de intereses de los propietarios del bien ambiental.

5.3.3. EN CUANTO A LA EXTENSIÓN

El daño ambiental en cuanto a su extensión puede ser ordenado de la siguiente manera:

a) Daño patrimonial ambiental, relativo a la restitución, recuperación o indemnización del bien ambiental lesionado. Se resalta que esta concepción de patrimonio difiere de la versión clásica de propiedad pues el bien ambiental en su versión de macrobien es de interés de toda la colectividad aplicándose la versión clásica de propiedad cuando se trata de microbien ambiental pues dice del respeto a un interés individual y a un bien perteneciente a éste. En esta última hipótesis el daño ambiental está siendo protegido como daño individual ambiental reflejo.

b) Daño extrapatrimonial o moral ambiental, quiere decir que todo lo que dice al respecto de la sensación de dolor experimentada o concepto equivalente en su más amplio significado o todo perjuicio no-patrimonial ocasionado a la sociedad o al individuo en virtud de la lesión del medio ambiente. En esta perspectiva podrá existir una subdivisión en daño ambiental extrapatrimonial colectivo cuando la tutela se refiere al macrobien ambiental y aún daño ambiental extrapatrimonial reflejo a título individual en lo concerniente al interés del microbien ambiental.

El daño moral ambiental tiene naturaleza subjetiva de difícil valoración puede ser fundamentado en el sentido de pérdida avenida de un hecho dañoso al medio de vida de las personas, atentando directa o indirectamente contra la propia vida humana, el daño moral ambiental tiene conexión con todo perjuicio que no sea económico, causado a la colectividad en razón de la lesión al medio-ambiente.

Esta modalidad de daño ambiental es reciente pero se tornó un instrumento importante en el sentido de cohibir aún más las prácticas dañosas que ocasionan efectos graves al medio ambiente. Debe ser analizada la lesión de acuerdo con el desequilibrio ambiental reflejando en la calidad de vida de las personas dependientes de este medio, no solo la agresión a la naturaleza que debe ser objeto de reparación pero también la privación del equilibrio ecológico del bienestar y de la calidad de vida que importa a la colectividad.

Son acumulables la indemnización por daño patrimonial y daño moral surgidos de un mismo hecho dañoso.

5.4. CARACTERÍSTICAS

El daño ambiental presenta algunas características que le son peculiares, o sea, por ser un evento dañoso a un bien clasificado como

fundamental de cuarta generación y protegido constitucionalmente la doctrina presenta características propias.

5.4.1. PULVERIZACIÓN DE VÍCTIMAS

Se contraponen el daño ambiental al daño común por el hecho de que en cuanto éste alcanza a una persona o un conjunto individualizado de víctimas aquél alcanza necesariamente a una colectividad difusa de víctimas aún cuando algunos aspectos particulares de su dañosidad alcanzan a ciertos sujetos.

5.4.2. DIFÍCIL REPARACIÓN

En la gran mayoría de los casos de daño ambiental la reparación al *status quo ante* es casi imposible y la misma pecuniaria es siempre insuficiente e incapaz de recomponer el daño. Muchas veces el perjuicio para el medio ecológico es irreparable toda vez que existen bienes naturales que son irrecuperables como por ejemplo una especie en extinción. Por esto la doctrina siempre se pregunta de qué manera es posible reponer la desaparición de una especie, cómo purificar aguas subterráneas contaminadas por agrotóxicos entre otros cuestionamientos que surgen y que no se quieren silenciar.

La prevención en esta materia – además como en casi todos los aspectos de la sociedad industrial – es la mejor cuando no la única solución.

5.4.3. DIFÍCIL VALORACIÓN

No siempre es posible calcular el daño ambiental justamente en virtud de su irreparabilidad. Édis Milaré²⁷⁵ (2007) resalta que esta característica se volvió más compleja con el avenimiento de la Ley 8.884/94 que en su art. 88, alteró el *epígrafe* del art. 1° de la Ley 7.347/85 (disciplina la acción civil pública), enseñando que también los daños morales colectivos sean de las acciones de responsabilidad civil en materia de tutela de intereses transindividuales.

Existe aún una corriente que reclama la existencia de tres características de daño ambiental, es necesaria la configuración del deber de indemnizar: por su anormalidad existe donde hay modificación de las propiedades físicas y químicas de los elementos naturales de tal grandeza que estos pierden parcialmente o totalmente su propiedad de uso; su periodicidad, no bastando la eventual emisión contaminante y su gravedad debiendo ocurrir transposición de aquél límite máximo de absorción de agresiones que poseen los seres humanos y los elementos naturales.

²⁷⁵ MILARÉ, ob. cit., p. 424.

5.5. REPARACIÓN DEL DAÑO AMBIENTAL

El daño ecológico, en principio, no repercute directamente sobre persona alguna ni sobre sus bienes. Aún así él es susceptible de reparación. Bien dice el art. 14 § 1° de la ley 6.938/81: “[...] é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, e indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade [...]”.

Existiendo el daño ambiental existe el deber de repararlo. La reparación está compuesta por dos elementos: la reparación *in natura* del estado anterior del bien ambiental afectado y la reparación pecuniaria o sea la restitución en dinero.

Cuando no fuera posible el retorno al *status quo ante*, recaerá sobre el contaminador la condena de un *quantum* pecuniario, responsable por la recomposición afectada y directa del ambiente lesionado. Pero, en la legislación brasilera no existen criterios objetivos para la determinación del referido *quantum* impuesto al agente degradador del medio ambiente. La doctrina, sin embargo, trae algunas instrucciones que deben ser seguidas como por ejemplo la reparación integral de daño, no pudiendo el agente degradador resarcir parcialmente la lesión material, inmaterial y jurídica causada.

En Argentina la Ley General del Ambiente habilita para interponer la acción por reparación del daño ambiental colectivo a los mismos

sujetos legitimados para iniciar el amparo del art. 43 de la Constitución Nacional, ampliando, sin embargo, la nómina constitucional al Estado y al damnificado directo. La especificidad del daño ambiental configura la indemnización pecuniaria como un remedio único y exclusivamente subsidiario en relación con la reparación *in natura*.

La Constitución de la República Federal de Brasil de 1988, con gran perspicacia, alberga los principios de la restauración, recuperación y reparación del medio ambiente en el art. 225. En su § 1º, inciso I, señala la obligación de “[...] restaurar os processos ecológicos essenciais [...]”. En el § 3º del citado artículo consta la obligación de reparar el daño causado al medio ambiente. Acentúa este párrafo que la obligación de reparar es independiente de la aplicación de sanciones penales administrativas. Aún en su art. 225, § 1º, inciso IV, la Constitución Federal disciplinó el estudio del impacto ambiental que entre sus finalidades primeras llama a elaborar una solución técnica adecuada a la recomposición del ambiente modificado por actividad licenciada. Siendo así una evaluación previa de los daños facilitaría una posterior reparación al ambiente impactado.

Tal como se da, frente a la constatación de que el ambiente es considerado en los términos de la ley como un “patrimonio público” (art. 2º, I, de la Ley nº. 6.938/81), siendo cierto que cualquier agresión practicada contra el mismo corresponde a lesionar los intereses de gran número de ciudadanos extensible muchas veces a toda la colectividad.

Por ser el bien ambiental un bien público ahí radica la necesidad de recuperación del daño mediante el retorno al *status quo ante*, aunque ésto sea más oneroso.

El art. 4º, VII, de la Ley nº 6.938/81 así dispone:

Art. 4º - A Política Nacional do Meio Ambiente visará:

VII – à imposição, ao poluidor e ao predador, da obrigação de recuperar e/ou indenizar os danos causados e ao usuário, da contribuição pela utilização de recursos ambientais com fins econômicos.

En la esfera del Derecho Ambiental brasileiro, el legislador a través de los artículos 4º, inciso VII, y 14, § 1, ambos de la Ley 6.938/81, y el art. 225, § 3º, de la CF/88, establecen al degradador la obligación de restaurar y/o indemnizar los perjuicios ambientales. La opción del legislador indica que en primer plano debe intentarse la recomposición del bien ambiental y cuando ésta es inviable se parte hacia la indemnización como sucedánea o como compensación.

La indemnización por daño ambiental es uno de los modos de componer el perjuicio y deberá ser casi siempre en dinero mediante arbitrio del juez de la causa en un *quantum* lo más próximo posible al monto lesionado.

Sin embargo, existen casos en que la mera indemnización en dinero será insuficiente requiriendo la recomposición o reconstitución tanto cuanto sea posible de la situación anterior. La Constitución misma

impone la obligación de recuperar el medio ambiente degradado a aquél que explore recursos Minerales. En estos casos la simple indemnización monetaria se presenta insuficiente exigiéndose su recomposición de acuerdo con la solución técnica determinada por el órgano público competente. La casi inviabilidad de la recomposición del daño ambiental no redundará en la irreparabilidad del mismo. La sociedad tiene de su lado los mecanismos jurisdiccionales de reparación y que sirven para obligar al agente a resarcir en la forma más íntegra posible la lesión ambiental.

Resumiendo: el medio ambiente lesionado es en la mayoría de las veces imposible de ser recuperado o recompuesto, no susceptible de retorno al *status quo ante* y por lo tanto existe la fuerte necesidad de conservación y manutención de éste. El perfil de la protección jurídica ambiental debe ser delimitado en la conservación del bien jurídico y su mantenimiento. Se trata de la restauración y compensación ecológica buscando la primera la reintegración, recomposición o recuperación del perjuicio y la segunda la sustitución de los bienes ambientales afectados por otros funcionalmente equivalentes.

Es de gran valía resaltar que no todo daño se indemniza. Es imposible determinar el monto a ser pagado en caso de extinción de una forma de vida, de contaminación de aguas subterráneas o de devastación de un bosque. En estos casos la posición monetarista es absolutamente insatisfactoria.

Existiendo indemnización en dinero por daño material al medio ambiente deberá ser observado el art. 13 de la Ley n° 7.347/85, (Acción Civil Pública); este ordenamiento jurídico establece que la indemnización por el daño causado revertirá a un Fondo Especial para Gastos de Reparación de Intereses Difusos Lesionados dirigido por un Consejo Federal o por Consejos Estatales con la necesaria participación del Ministerio Público y representantes de la comunidad siendo sus recursos destinados a la recomposición de los bienes lesionados. El referido Fondo está actualmente reglamentado por la Ley 9.008/95 que creó el Consejo o Gestor de este Fondo y por el decreto 1.306\94. .

Es imposible no destacar que la acción de reparación de daño ambiental es imprescriptible pues existen hipótesis en que los daños al medio ambiente representan una agresión continua en el tiempo, originaria de un autor o varios provenientes de una sucesión de actos practicados en épocas diversas.

Desafortunadamente en el ordenamiento jurídico brasilero no existen reglas específicas en cuanto a la prescriptibilidad del daño ambiental. Con ésto se verifica cierta inseguridad del sistema jurídico cabiendo a los operadores de Derecho traer soluciones a la cuestión suscitada.

La solución más acertada es aquella que trata al daño ambiental como imprescriptible puesto que es anónimo y perteneciente a la colectividad, ésto es, el medio ambiente es un bien que pertenece a todos

y las reglas clásicas de derecho civil siempre prevén una titularidad del bien. Consonantemente la lección de Leite (2003) afirma que:

A prescrição é instituto criado para apenar o titular do direito pela sua inércia no não exercício desse direito. Como os direitos difusos não têm titular determinável, não seria correto transportar-se para o sistema de indenização dos danos causados ao meio ambiente o sistema individualístico do Código Civil, apenando, desta forma, toda a sociedade, que, em última *ratio*, é a titular ao meio ambiente sadio²⁷⁶.

Aunque se adoptase una regla específica para la prescripción del daño ambiental se deberían establecer excepciones a ésta.

La preservación ambiental y la restricción al respectivo daño dependen de muchas acciones interligadas pero ante todo de la conciencia de los ciudadanos y de los gobernantes. Por otro lado, se cree que un sistema resarcitorio más adecuado al bien ambiental constituye un instrumento legislativo necesario, útil y vendría a ampliar el sistema de protección, inhibiendo y previniendo la aparición del daño de la misma forma en que por ejemplo la amenaza penal desestimula la práctica del delito.

²⁷⁶ LEITE, José Rubens Morato. *Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003

CAPÍTULO 6 DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL ESTADO POR DAÑO CAUSADO AL MEDIO AMBIENTE

El hombre a pesar de ser racional muchas veces es un ser inconsecuente que no analiza los resultados de sus acciones las cuales se presentan, no raramente, destructivas. Es necesario que se establezca un límite para estas acciones con miras a preservar un bien que pertenece a toda la humanidad que es la naturaleza un bien que a partir de él todas las especies de vida permanecen existiendo. Es preciso garantizar una calidad de vida saludable para todos independientemente del color, raza, religión o de cual sea el origen.

Conforme dice la Constitución, art. 225, *epígrafe*, “Todos têm direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado [...]”, compitiendo a todos “[...] o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”, siendo toda persona, física o jurídica responsable por los daños a este bien principalmente el Poder Público que tiene el deber de fiscalizar todas las acciones humanas como también conceder la licencia ambiental para que las empresas puedan ejercer su actividad entre otras atribuciones.

El papel del Estado en lo referente al medio ambiente es tan importante como en cualquier otra actividad que él ejerza y él puede ser responsabilizado por todo acto que venga a perjudicar la naturaleza hasta

el mismo por acto que haya sido provocado por algún agente de su cuerpo de funcionarios.

En este capítulo fueron abordados los siguientes aspectos: el medio ambiente entendido como derecho fundamental, el problema de la responsabilidad civil del Estado por daño causado al medio ambiente así como la oportunidad de las excluyentes de la responsabilidad cuando se trata del Estado como agente causante del daño haciendo una breve síntesis de las acciones que son utilizados por los ciudadanos para efectivizar la tutela ambiental.

6.1. EL MEDIO AMBIENTE COMO DERECHO FUNDAMENTAL DE CUARTA GENERACIÓN

La tutela de los valores inherentes al Hombre es el principio basal de las Constituciones contemporáneas. El derecho al medio ambiente equilibrado está deliberadamente inserto en las normas constitucionales como derecho fundamental de la persona humana no siendo ya vislumbrado como mera atribución de órganos o de entidades públicas, lo que ocurría con las constituciones más antiguas. Así se entiende que los derechos humanos son históricos: nacen y se transforman. Visto desde este prisma el derecho a la vida es un derecho inseparable de la naturaleza humana expresando su importancia en el desarrollo de las relaciones sociales.

Las investigaciones sobre protección ambiental y de los derechos fundamentales han demostrado la existencia de la unión en la evolución del Derecho con lo que se puede concluir que ambos convergen a un mismo objetivo: asegurar una calidad de vida saludable y digna a todos los habitantes de este planeta.

Para tratar al medio ambiente como un derecho fundamental es preciso aclarar el concepto de derecho fundamental el cual se extrae del principio de que son derechos indispensables para la vida humana, necesarios para que todos vivan con dignidad, libertad e igualdad, caracterizándose principalmente no sólo por el reconocimiento formal de estos derechos sino también por la lucha incesante del Estado en verlos concretados e incorporados en el día-a-día de los ciudadanos y de sus agentes.

El medio ambiente es un derecho humano que merece la garantía y protección por parte del Estado brasilero a través de la actuación conjunta de todos sus Poderes. A partir del momento en que el derecho al medio ambiente ecológicamente equilibrado gana el carácter de una nueva constitución se torna un bien jurídico que debe ser igualmente tutelado como los demás bienes jurídicos previstos en la Constitución.

Por lo tanto el derecho al medio ambiente se encuentra en un desdoblamiento del art. 3° de la Constitución Federal y debe ser revelado en la actuación privada como en la estatal con las mismas prioridades que las demás normas de la Constitución Federal.

El reconocimiento del medio ambiente como derecho humano fundamental tiene su punto culminante cuando se reconocen las características especialísimas en que se basan los derechos fundamentales. Una de estas características se fundamenta en la aplicabilidad plena e inmediata de las normas, pactos, tratados y convenciones internacionales que versan sobre el derecho ambiental.

La Constitución de la República Federal de Brasil de 1988 en su art. 5º, §§ 1º e 2º, consagra expresamente la aplicación inmediata “[...] das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais [...]”, y prescribe que:

“[...] os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil faça parte”.

Se ve que los derechos internacionales ratificados por Brasil no son pasibles de ser excluidos por los derechos y garantías expresados en la Constitución es porque están incluidos en el rol de derechos y garantías vigentes en el país adquiriendo estatura constitucional, aplicabilidad inmediata y característica de *cláusula pétrea*.

Por lo expuesto, se observa que se debe considerar el medio ambiente ecológicamente equilibrado previsto en el art. 225 de la Constitución de la República Federal de Brasil de 1988 como un derecho

humano fundamental garantizado que se encuentra apartado del rol de derechos y garantías descritos en el art. 5º de esta Carta.

Para certificar su fuerza de cláusula pétrea el derecho al medio ambiente es imprescriptible e irrevocable siendo por lo tanto un derecho indisponible, luego intangible. Quedando considerada inconstitucional cualquier alteración normativa que debilite o quiera pasar sobre este derecho que es inherente a la persona humana.

Así, se amplía el rol de los Derechos Fundamentales. La calificación del medio ambiente siendo uno de los derechos de la humanidad propicia la efectividad de este derecho perdiendo su carácter individualista para alcanzar una dimensión universal y solidaria. Este derecho al medio ambiente ecológicamente equilibrado es un derecho a la vida por lo tanto es derecho-deber oponible contra todos pues al mismo tiempo en que la persona es titular de este derecho también tiene la obligación de defenderlo y preservarlo.

El medio ambiente es un derecho fundamental del hombre considerado de cuarta generación necesitando para su consecución de la participación y responsabilidad compartida del Estado y de la colectividad. Se trata de hecho de un derecho fundamental intergeneracional, intercomunitario incluyendo la adopción de una política de solidaridad.

Es en este momento cuando se trata de la defensa y protección de este bien de la humanidad que surge la necesidad de que se establezca la forma de responsabilizar a las personas sean ellas físicas o

jurídicas hacia el medio ambiente insertando aquí al Estado como causante de daño ambiental.

6.2. RESPONSABILIDAD CIVIL DEL ESTADO FRENTE AL DAÑO AMBIENTAL

Es sabido que la tutela del medio ambiente da lugar a la responsabilidad civil objetiva por el evento dañoso, o sea, el deber de reparar integralmente el daño surge independiente de apreciación de culpa o dolo del agente. Es lo que se lee del artículo 14, § 1° (repcionado por la constitución Federal en el art. 225, §§ 2° e 3°), de la Ley de Política Nacional del Medio Ambiente (Ley 6.938/81): “[...] o poluidor obligado, independentemente de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade”.

En la responsabilidad civil por daño ambiental como ya se ha acentuado en otra oportunidad no se discute la legalidad o licitud de la actividad desarrollada pero sin su lesividad. De nada sirve argumentar que el autor del daño actuó dentro de la ley, o sea, que poseía licencia ambiental, por ejemplo, pues la investigación dice al respecto de la lesividad o dañosidad del acto practicado.

En el caso de daño ambiental es tarea difícil la segura determinación del nexo causal ya que los hechos de la contaminación por

su complejidad muchas veces permanecen camuflados no sólo por el anonimato, sino por la multiplicidad de causas, de las fuentes y de comportamientos sea por su tardío desenlace, sea por las dificultades técnicas y financieras de su medición, o aún por la amplia distancia entre la fuente emisora y el resultado lesivo además de tantas otras.

Esta complejidad no torna menor para el contaminador el deber de reparar los daños causados. En la jurisprudencia patria ya estuvo el deber de indemnizar aún cuando existiera concausa no atribuible, en tesis, al agente que debía asumir la responsabilidad de indemnizar. Y, no sería sorpresivo que en el futuro próximo existiese la inversión de la carga de la prueba en caso de comprobación del nexo causal en las acciones de reparación de daño ambiental transfiriendo al demandado la necesidad de probar que éste no tiene ningún lazo con el daño.

Las personas jurídicas de derecho público interno, restringiendo este campo para hablar del Estado pueden ser responsabilizadas por las lesiones que causaren al medio ambiente. Ha llegado el momento de tratar sobre la responsabilidad pasiva del Estado frente al daño ambiental.

El Estado puede ser sujeto pasivo de la demanda reparadora del daño ambiental. La regla general de responsabilidad en lo concerniente al poder público es la establecida en el art. 37, §6°, de la Constitución de la República Federativa de Brasil de 1988, el cual establece un régimen único de la responsabilidad civil de la administración pública que es

objetiva por el riesgo ya sea que se trate de conducta comisiva u omisiva, véase:

As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado, prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Y en lo referente a responsabilidad ambiental el Estado como cualquier otra persona responde objetivamente en virtud de lo expresamente estipulado en el art. 225, §3º, de la Constitución de la República Federal de Brasil de 1988, y en el art. 14, §1º, de la Ley 6.938/81.

Art. 225 [...]

§3º - As condutas e as atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

Art. 14 [...]

§1º - Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, efetuados por sua atividade [...]

Acerca del tema, Leite resalta (2003):

O problema da responsabilidade do Estado, no âmbito do direito do ambiente, exigirá a discussão de dois núcleos temáticos: a) responsabilidade do Estado por atos ilícitos e b) responsabilidade do Estado por atos lícitos²⁷⁷.

Tratándose del primer núcleo temático el sistema jurídico brasileiro fue disciplinado por el mencionado art. 37, siendo la discusión en cuanto a los actos ilícitos practicados por el Estado. Así, el poder Público será siempre responsabilizado cuando sus agentes causaren daño a terceros, estando a salvo su derecho de regreso contra el real causante de la lesión.

En lo referente a la temática de los actos ilícitos, importa realizar que el Estado ejerce una función destacada en el control ambiental conforme se desprende de las tareas impuestas al mismo por el legislador constituyente, en el art. 225 de la Constitución Federal y así el mismo cuando acredita actuar correctamente puede ser responsabilizado en virtud de la conducta de uno de sus agentes o así mismo en virtud de un acto perjudicial realizado por alguna empresa concesionaria o permissionaria de servicios públicos.

²⁷⁷LEITE, José Rubens Morato. *Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

En esta ocasión es posible percibir que todas las actividades de riesgo al medio ambiente están bajo el control del Estado y siendo así el mismo responde subsidiariamente por el daño ambiental provocado por terceros. Esta posición se refuerza más con la cláusula constitucional que impone al Poder Público el deber de defender el medio ambiente y de preservarlo para las presentes y futuras generaciones. Así alejándose del deber de actuar o actuando deficientemente el Estado debe responder por su descuido, negligencia o deficiencia que se traducen en un ilícito ocasionando el daño que no ha evitado el cual debería haberlo sido por derecho. En este caso, reparada la lesión podrá demandar a su vez, regresivamente, el derecho al causante del daño.

En este mismo sentido afirma Mancuso (citado LEITE, 2003):

Já no tocante às lesões ao meio ambiente e patrimônio cultural (...), cremos que remanesce integra a responsabilidade objetiva de todos os que concorrem para o resultado, ressalva, entre eles, a via regressiva.

Canotilho (apud LEITE, 2003) presenta algunos ejemplos que caracterizan esta responsabilidad del Estado, como el incumplimiento o la falta de ejecución de preceptos que se relacionan a la protección del medio ambiente por parte de los agentes del Poder Público, el origen de normas reglamentarias claramente disonantes con las normas legales

protectoras de los bienes constitutivos del ambiente y finalmente, el no-cumplimiento por parte del legislador de las imposiciones constitucionales que se dicen con respecto a la protección de la naturaleza.

La autorización administrativa no exonera a la persona responsable de su obligación de reparar el daño ambiental. Pero queda a cargo del agente probar que su conducta se encontraba dentro de los parámetros aceptables.

Es importante traer a la luz el pronunciamiento del ya citado doctrinario Canotilho (citado LEITE, 2003) al tratar de los daños ambientales y actos autorizados:

Creemos que, não obstante os problemas suscitados pelo efeito de legalização do ato administrativo, o efeito justificativo do ilícito pelo ato licenciador conduziria, em último termo, à neutralização do princípio do poluidor pagador. Em última análise, a responsabilidade acabava por se transferir pêra o legislador, e, conseqüentemente, para os cidadãos²⁷⁸.

Para la lectura del art. 170, inciso VI, de la Constitución Federal de 1988, el cual asegura el principio de defensa de medio ambiente como un de los fines de la actividad económica y de la libre iniciativa y también el art. 225 de la misma Carta se verifica que el legislador constitucional

²⁷⁸ LEITE, José Rubens Morato. *Dano Ambiental: do individuo ao coletivo extrapatrimonial*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 23.

buscó una verdadera responsabilidad compartida cuando se trata sobre el daño ecológico.

Doctrinarios como Fiorillo (2003), Silvio Rodrigues (2002) y Nelson Nery (2004) afirman que el Estado puede ser legitimado pasivo si tuviera alguna parte en la actividad causante del daño. La simple autorización del Poder Público para el funcionamiento de alguna empresa que venga a causar daño al medio ambiente no es causa suficiente por sí sola para determinar la responsabilidad de este ente.

Es preciso afirmar que independientemente de cualquier entendimiento doctrinario la responsabilidad del Estado por cualquier acto que vega a causar perjuicio al medio ambiente natural es objetiva, sin importar la prueba de culpabilidad, teniendo como base los dispositivos constitucionales ya mencionados del art. 37, 225, y el propio art. 5° de la Constitución Federal de Brasil.

El párrafo único del art. 22 del Código de Defensa del Consumidor (Ley 8.078/90) confirma la previsión constitucional. Aquí:

Art. 22. Os órgãos públicos, por si ou suas empresas concessionárias, permissionárias, ou sob qualquer forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos.

Parágrafo único. Nos casos de descumprimento, total ou parcial, das obrigações referidas neste artigo, serão as

peessoas jurídicas compelidas a cumpri-las e a reparar os danos causados, na forma prevista neste Código.

En la hipótesis de daño derivado de acto comisivo u omisivo practicado por persona jurídica de derecho público es siempre investigada la culpabilidad del agente que le dio causa. De tal manera que la responsabilidad del Estado es objetiva y la del agente causante del evento dañoso por estar basada en la culpa es subjetiva.

A título de ilustración una de las penalidades pasibles de ser aplicadas en las áreas de protección ambiental es la “[...] obrigação de reposição e reconstituição [...]” (art. 9º, §2º, da lei 6.902/81). Además de ésto, la Ley nº 6.938/81 prevé como uno de los objetivos de la Política Nacional del Medio Ambiente la “[...] imposição ao poluidor e ao predador da obrigação de recuperar e/ou indenizar os danos causados [...]” (art. 4º, inciso VII), “[...] independente da existência da culpa [...]” (art. 14, §1º).

6.3. EXCLUYENTES DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL ESTADO POR DAÑO CAUSADO AL MEDIO AMBIENTE

Es asunto tormentoso en la doctrina el saber si está permitido aplicar alguno de los excluyentes de la responsabilidad. Todavía, la tendencia doctrinaria prevaeciente es en el sentido de no adoptar el caso fortuito y la fuerza mayor como excluyentes tratándose de interés difuso y

de medio ambiente pues éstos huyen de la concepción clásica del derecho intersubjetivo.

En la especie de responsabilidad civil por daño ambiental gran parte de la doctrina adoptó como regla la Teoría del Riesgo Integral la cual admite cualquier excluyente de la responsabilidad. No es necesario establecer culpabilidad, basta la comprobación del daño y del nexo causal entre éste y el agente responsable por la lesión. En el caso de intereses difusos lo que cuenta es el daño producido y la necesidad de una reparación integral.

Al adoptarse la Teoría del riesgo como ocurre en el caso de la responsabilidad por daño ambiental se entiende que ocurren alteraciones a las reglas de exclusión previstas en el Código Civil. La Constitución Brasileira y la Ley de Política Nacional del Medio Ambiente (Ley 6.938/81) traen un régimen especial de responsabilidad al degradador ambiental y no disponen acerca de ninguna exclusión de la obligación de reparar el daño ecológico (caso fortuito, fuerza mayor, hecho de un tercero, culpa de la víctima). De esta manera el agente contaminador debe asumir integralmente todos los riesgos que se derivan de su actividad por tratarse de una verdadera socialización del riesgo. Más que esto, la teoría del riesgo integral se funda en el principio de equidad pues aquél que lucra con una actividad debe responder por el riesgo o desventaja de ella resultante.

Una excepción, sin embargo, se hace imperiosa. En lo referente a la responsabilidad civil de las personas jurídicas de derecho público en especial el Estado frente al daño ambiental, diferentemente de las personas jurídicas de derecho privado, refuerza la Teoría del Riesgo Creado en la cual se admiten las excluyentes del caso fortuito y de la fuerza mayor. De esta manera, si un ciclón, por ejemplo, derrumba algunas edificaciones se trata de un evento en el cual el Estado no tiene ninguna participación, tampoco sus agentes ya que se originó por fuerza mayor. No verificándose el nexo causal entre la acción (u omisión) y el resultado no hay que hablar de responsabilidad estatal.

Es importante que se haga una aclaración sobre este asunto, ya que en caso de daño ambiental la doctrina y la jurisprudencia afirman que la responsabilidad del Estado es objetiva fundada en la teoría del riesgo creado.

La premisa básica de la teoría del riesgo creado es que si una persona en ejercicio de una actividad, crea o amplía un riesgo para otro deberá cargar con sus consecuencias dañosas. El riesgo creado tiene lugar cuando la persona hace uso de mecanismos, instrumentos o de medios que aumentan el peligro de daño. En estas hipótesis las personas que causaren daño responden por la lesión practicada, debido a la creación de riesgo o peligro y no por la culpa. Va en esto un problema de causalidad. Sin nexo causal no existe la obligación de indemnizar. A pesar de la existencia de un daño si su causa no estuviera relacionada con el

comportamiento del agente no habría que hablar de relación de causalidad y por consecuencia de obligación de indemnizar.

El profesor Sílvio Rodrigues (2002) aduce que para la teoría del riesgo creado todo aquél que en virtud de la actividad que involucra crear el riesgo de causar un daño a tercero lo obliga a repararlo aunque su actividad y su comportamiento estén exentos de culpa. Así examinada la situación y verificada la relación de causalidad entre la conducta del agente y el daño experimentado por la víctima ésta tendría derecho a ser indemnizada.

Posee como requisitos la ocurrencia de un daño y la existencia del nexo causal, ambos ya explicados en otra oportunidad.

En relación al Estado, nunca en la historia constitucional patria (desde la Constitución Federal de 1946) fue abrazada la teoría del riesgo integral. Ni siquiera en la jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal el cual siempre rechazó expresamente la teoría del riesgo integral tratándose del Estado como agente causante de daño ambiental.

Otro aspecto bastante importante fue tratado por el Juez Cavalieri Filho (citado LEITE, 2000).

Convém registrar que a teoria do risco administrativo não se confunde com a do risco integral, muito embora alguns autores neguem a existência de qualquer distinção entre elas, chegando mesmo a sustentar que tudo não passa de uma questão de semântica. A realidade, entretanto, é que a

distinção se faz necessária para que o Estado não venha a ser responsabilizado naqueles casos em que o dano não decorra direta ou indiretamente da atividade administrativa²⁷⁹.

Véase que entre las dos teorías citadas no existe ningún punto de conexión, al contrario, existe una fuerte distinción y ésta es muy importante y necesaria cuando se habla de responsabilidad civil del Estado con el fin de que éste no venga a ser responsabilizado en los casos en que la lesión no derive directa o indirectamente de su actividad.

Aún citando a Cavalieri Filho (citado Leite, 2003):

Duas outras conclusões podem ser extraídas do texto constitucional. O Estado só responde pelos danos que os seus agentes, nessa qualidade, causem a terceiros. A expressão grifada – seus agentes, nessa qualidade – está a evidenciar que o constituinte adotou expressamente a teoria de risco administrativo como fundamento da responsabilidade da Administração Pública, e não a teoria do risco integral, portanto condicionou a responsabilidade objetiva do Poder Público ao dano decorrente da sua atividade administrativa, isto é, aos casos em que houver relação de causa e efeito entre a atividade do agente público e o dano. Sem essa relação de causalidade, como já ficou assentado, não há como e nem por quê responsabilizá-lo. Importa dizer que o Estado não responderá pelos danos causados a outrem pelos servidores

²⁷⁹ Ibidem, p. 69.

quando não estiverem no exercício da função, nem agindo em razão dela. Não responderá igualmente, quando o dano de fato é exclusivo da vítima, caso fortuito ou força maior e fato de terceiro, por isso que tais fatores, por não serem agentes do Estado, excluem o nexo causal²⁸⁰. (grifo do autor)

Así queda claro que el Estado solamente responderá por los daños que son de su causa, o sea, habiendo nexo causal entre el evento dañoso y la conducta del agente público es que se podrá hablar de responsabilidad del Estado con base en la teoría del riesgo creado.

De estas lecciones doctrinarias relativas a la responsabilidad objetiva es posible retirar la orientación central de la limitación de esta responsabilidad a la teoría del riesgo creado: la redacción del dispositivo constitucional que no admite el recibimiento de la teoría del riesgo integral.

Comparando el texto constitucional del art. 37, § 6º, que empeña la responsabilidad del Estado sólo cuando hubiere una acción u omisión del agente público, en esta calidad que cause el daño (de ahí las excluyentes ya mencionadas), como lo que prescribe el § 1º del art. 14 de la Ley nº. 6.938/81, será posible observar que aquél mismo raciocinio jurídico puede y debe ser hecho.

Así dispone el art. 14, §1º de la Ley 6.938/81:

²⁸⁰ Ibidem, p. 88.

[...] Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou recuperar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros afetados por sua atividade.

Por lo tanto, de la misma forma que en relación al Estado tiene que haber un nexo causal entre el daño y una acción del funcionario ya que en esta cualidad aquél es responsabilizado por el daño, aquí también tiene que quedar configurado el nexo causal entre el daño ambiental y a terceros y el contaminador por su actividad.

Se vislumbra que no se tiene que hablar de responsabilidad de un eventual contaminador cuando la conducta lesiva al medio ambiente es practicada por un tercero, sea él víctima o no, o aún cuando haya ocurrido un caso fortuito o de fuerza mayor.

Por lo tanto, es posible constatar que la responsabilidad civil por el daño ecológico es objetiva fundada en la teoría del riesgo creado por la cual se admiten algunas de las causas excluyentes de la responsabilidad civil (caso fortuito o fuerza mayor) y no en la del riesgo integral (que no admite las excluyentes), en los exactos y expresivos términos del § 1º del art. 14 de la Ley n.º. 6.938/81, que solamente empeña la responsabilidad de alguien por daños ambientales si queda comprobada la acción efectiva (actividad) de éste alguien directa o indirectamente en el causar el daño.

En cada caso concreto existirá la necesidad de demostrar la existencia de dos presupuestos indispensables: la ocurrencia del daño

ambiental y el nexo causal con la acción u omisión del agente responsable, que sea la causa eficiente del evento capaz de generar el perjuicio a ser indemnizado.

Así, queda demostrado que en base al art. 14, § 1° de la Ley de la Política Nacional de Medio Ambiente (Ley n°. 6.938/81), la responsabilidad del Estado por daño causado al medio ambiente es objetiva fundada en la Teoría del Riesgo creado o riesgo administrativo como acostumbra a denominarla la mayor parte de la doctrina y jurisprudencia brasileira y no en la Teoría del riesgo integral como sugiere la minoría de los doctrinarios (éstos muchas veces se valen de la propia argumentación utilizada en la teoría del riesgo creado para fundamentar su posición ante la teoría del riesgo integral).

CAPÍTULO 7 DE LOS RESIDUOS SÓLIDOS

Según datos de la Organización de las Naciones Unidas en los últimos 30 años el volumen de basura producido en el mundo aumentó tres veces más que la población en media de cada persona que resulta responsable por la producción de un kilo de basura por día²⁸¹.

Con el aumento de las poblaciones se verificó también el aumento de la producción de residuos ultrapasando así la capacidad de absorción por el medio ambiente de estos subproductos de las actividades de la

²⁸¹ FIGUEIREDO, Paulo Jorge Moraes. *Os resíduos sólidos e sua significação frente ao impasse ambiental e energético da atualidade*. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2010, p. 23.

población, estos residuos retornan al medio por la propia dinámica de la naturaleza como: radiación, contaminación, lluvias ácidas, etc.

7.1. CONCEPTO Y CLASIFICACIÓN

Residuos sólidos son los restos de las actividades humanas resultado de lo que fue utilizado en los procesos de producción y son considerados inútiles o descartables, sin utilidad o valor.

La definición de Reseduos Sólidos está contenida en la legislación brasilera por la resolución 5\93 del Consejo Nacional de Medio Ambiente – CONAMA:

Art. 1º Para os efeitos desta Resolução definem-se:

I – resíduos sólidos: conforme a NBR 10.004 da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT – “Resíduos nos estados sólidos e semisólido, que resultam de atividades da comunidade de origem: industrial, doméstica, hospitalar, comercial, agrícola, de serviço e de varrição. Ficam incluído nesta definição os lodos provenientes de sistemas de tratamento de água, aqueles gerados em equipamentos de instalações de controle de poluição, bem como determinados líquidos cujas particularidades tornem inviável seu lançamento na rede pública de esgotos ou corpos d’água, ou exijam para isso solução técnica e economicamente inviáveis, em face da melhor tecnologia disponível”.

Por esta definición se entiende que los residuos sólidos son expulsiones, materiales sólidos o hasta mismo semi-sólidos provenientes de las actividades de tipo industrial, doméstico, hospitalario, de la sociedad, agrícola, de barrido y de servicios. Quedan incluidos los líquidos tóxicos no pasibles de tratamiento o impedidos de ser vertidos en la red pública. También forman parte de este rol los residuos provenientes de tratamiento del agua, de lodo o fango, aquellos que quedan expuestos o no tienen como ser disueltos en el agua.

Al entender de Machado (2002):

“O termo ‘resíduo sólido’ no Brasil significa lixo, refugo e outras descargas de materiais sólidos, incluindo resíduos sólidos de materiais provenientes de operações industriais, comerciais e agrícolas e de atividades da comunidade [...] não inclui materiais sólidos ou dissolvidos nos esgotos domésticos ou outros significativos poluentes existentes nos recursos hídricos, tais como a lama, resíduos sólidos dissolvidos ou suspensos na água, encontrados nos efluentes industriais, e materiais dissolvidos nas correntes de irrigação ou outros poluentes comum na água²⁸²”.

Importante observación ya que sería de gran relevancia el que fuesen citadas también las materias sólidas disueltas en las aguas

²⁸² MACHADO, Paulo Afonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 262.

residuales domésticas, en el barro o por ejemplo aquellos que están contenidos en varias formas de irrigación.

Según Ribeiro y Morelli²⁸³ (2009): “talvez a criação de um índice (porcentagem em sólido) que separe os resíduos sólidos e líquidos pudessem solucionar este problema.”

En cuanto a la clasificación, de acuerdo con la norma NBR – 10004|2004 de la ABNT, los Residuos Sólidos pueden ser:

- Resíduos classe – I Perigosos, são aqueles que oferecem risco à saúde ou risco de poluição ao meio ambiente devido a suas características de corrosividade, inflamabilidade, reatividade, toxicidade ou patogenicidade e devem ser tratadas de forma correta para evitar danos, necessitam de disposições especiais, devem ser aterrados em aterros especiais, ou incinerados de forma específica destinada só a este tipo de atividade, têm-se como exemplo dessas classe de resíduos, aqueles derivados da atividade agrícola que utilizam agrotóxicos, como as embalagens dos pesticidas;
- Resíduos classe II – Não perigosos;
- Resíduos classe II A – Não inertes: são basicamente os resíduos provenientes de moradias, de fácil solubilidade, por exemplo, o lixo doméstico que em geral não apresenta danos sérios ao meio ambiente ou à saúde:

²⁸³ RIBEIRO, Daniel Vêras; MORELLI, Márcio Raimundo. Resíduos sólidos problema ou oportunidade? Rio de Janeiro: Interciência, 2009, p 19.

- Resíduos classe II B – inertes: são aqueles que quando dispostos no solo ou na água não se dissolvem, como por exemplo; os restos de entulhos de construção civil, também não apresentam riscos à saúde.

Traducción libre:

- Resíduos classe – I Peligrosos, son aquellos que ofrecen riesgo a la salud o riesgo de contaminación al medio ambiente debido a sus características de corrosividad, inflamabilidad, reactividad, toxicidad o patogenicidad y deben ser tratados en forma correcta para evitar daños, necesitan de dispositivos especiales, deben ser enterrados en rellenos especiales o incinerados en forma específica destinada sólo a este tipo de actividad, se tiene como ejemplo de esta clase de residuos a aquellos derivados de la actividad agrícola que utiliza agrotóxicos como los embalajes de los pesticidas;
- Resíduos classe II – No peligrosos;
- Resíduos classe II A – No inertes: son basicamente los residuos provenientes de moradas, de facil solubilidad, por ejemplo la basura doméstica que en general no representa serios daños al medio ambiente o a la salud:
- Resíduos classe II B – inertes: son aquellos que cuando son depositados em suelo o en el agua no se disuelven como por ejemplo; los restos de escombros de construcción civil, tampoco representan riesgos a la salud.

En cuanto a su origen los residuos pueden ser clasificados en basura domiciliaria, comercial, de barrido, de salud y hospitalaria, de servicios, agrícolas, industriales y escombros provenientes de construcción civil.

Otra clasificación puede ser hecha en cuanto a la composición química, así pueden ser: orgánicos o biodegradables.

Basura mojada y seca: La basura nuestra de todos los días.

Basura mojada es un tipo de residuo no reciclable. Esta basura está constituida por:

- Restos de alimentos, vegetales y cáscaras de frutas, huevos y huesos.
- Pañales descartables, absorbentes y papel higiénico.

Algunas basuras secas de nuestro día a día no son reciclables, entre ellas:

- Papeles; papel carbónico, fotografías, cintas adhesivas y “colillas” de cigarrillo.
- Vidrios: espejos, vidrios de ventanas, gabinetes de baño, lámparas fluorescentes e incandescentes, cristales y utensilios de vidrio templado, vidrios de automóviles, tubos y válvulas de TV, cerámicas, porcelana y vidrios trabajados como pírex.
- Metal; esponja de acero, clips, grampas.
- Plástico: ebonita (manijas de ollas y tomas). Los inorgánicos o no biodegradables, ejemplo, vidrio, parafina y lámparas.

Esta conceptualización y clasificación se hace importante porque auxilia en lo pertinente a las formas de destinación y de tratamiento, son importantes también para relacionar la legislación adecuada a cada tipo de residuos.

7.2. DIFERENCIA ENTRE BASURA Y RESIDUO

Basura es todo aquello descartado por el hombre considerado inutilizable. La cantidad de basura producida es proporcional a las actividades industriales y urbanas. Está directamente ligado al crecimiento poblacional y al modelo económico vigente. Las consecuencias dañosas al medio ambiente y al hombre han constituido una gran preocupación para todos.

Se estima que en Brasil cada ciudadano produce de 600 gramos a 1 kilo de basura por día. Si este número fuera multiplicado por la cantidad de personas que constituyen la población brasilera serían más de 190 mil toneladas de basura producidas diariamente. La problemática de la basura gana dimensiones alarmantes por la peligrosidad de muchos materiales descartados y por la rapidez del descarte.

En Brasil el Decreto Federal N° 5.940, del 25 de octubre de 2006, instituyó la separación de los residuos reciclables descartados por los órganos y entidades de la administración pública federal directa e

indirecta en la fuente generadora y su destinación a las asociaciones y cooperativas de los catadores de materiales reciclables.

No es posible no producir basura pero podemos disminuir su volumen cambiando nuestro comportamiento. Es preciso reducir el desperdicio, reutilizar siempre que sea posible, comprar menos y realizar recolección selectiva. Separar la basura – papel, plástico, metal, vidrio para reciclaje es una alternativa ecológica y está al alcance de todos nosotros.

La diferenciación entre basura y residuo aún no es pacífica en la doctrina ni tampoco tiene alguna mención en la legislación vigente.

El Profesor Celso Antônio Pacheco Fiorillo (2005), define que:

Lixo e resíduo tende a significar a mesma coisa. De forma genérica podemos afirmar que constituem toda substância resultante da não-interação entre o meio e aqueles que o habitam, ou somente entre eles, não incorporada a esse meio, isto é, que determina um descontrole entre os fluxos de certos elementos em um dado sistema ecológico. Em outras palavras é o 'resto', a 'sobra' reaproveitada pelo próprio sistema, oriundo de uma desarmonia ecológica...Lixo é o resto sem valor, enquanto que resíduo é meramente resto²⁸⁴.

Tratándose de esta diferenciación algunos doctrinarios clasifican basura y residuo como siendo la misma cosa en cuanto que otros

²⁸⁴ FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro* 6. ed ampliada. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 45.

prefieren definir basura como resto sin valor alguno, totalmente descartable e innecesario y al residuo como aquello que puede ser reaprovechado principalmente utilizado en forma de generar algún retorno tanto económico como de preservación.

Como atesta Povinelli y Bidone²⁸⁵ (2005): “várias definições se apresentam para o mesmo fato, fenômeno, resultam sempre materiais diversos. Aqueles considerados não-reutilizáveis chamados, até passado recente de lixo.”

Se nota que existe una amplia discordancia entre las definiciones de basura y residuos, la falta de claridad de estos conceptos acarrea una serie de problemas principalmente en lo que compete a la administración de este material ya que el hecho de no ser uniformes puede confundir a las personas y dificultar las acciones orientadas al tratamiento, administración y destino final de estos materiales. Existe la necesidad de empadronamiento para explicitar mejor tales conceptos.

7.3. TRATAMIENTO Y DESTINO FINAL DE LOS RESIDUOS

La materia a ser expuesta es básicamente de responsabilidad de la ingeniería ambiental o sanitaria, sin embargo no se pueden negar sus implicancias judiciales principalmente en lo que atañe a la mala

²⁸⁵ POLVINELLI; J. BIDONE: F.R. *Os Conceitos Básicos de Resíduos Sólidos*. São Carlos: EESC/USP, 2005. P. 15.

destinación a los efectos de la responsabilidad civil, dando lugar al análisis según la finalidad del trabajo.

En primer lugar es de suma importancia resaltar que Brasil adoptó un principio constante en la Convención de Basilea de 1989 en la cual, en general, el residuo debe ser depositado y tratado en el lugar donde fue generado, es decir que cada municipio resulta responsable por la basura generada en su interior pudiendo impedir la entrada de residuos provenientes de otros lugares, sin embargo puede existir la remoción de residuos hacia un lugar donde no ha sido generado configurando esto una excepción.

Según Machado (2002):

[...] para que o município opte por aceitar o comportamento de exceção – aceitar lixo alheio – ele deverá motivar cabalmente o ato administrativo ou a lei que autorizar o procedimento, sob pena de oportuna decisão judicial impeditiva²⁸⁶.

Así, el acto administrativo deberá estar debidamente justificado y la Unión y los Estados no pueden imponer que determinados municipios acepten residuos generados en otros lugares. Esta regla también es válida para los países en general, todos los países son responsables por el destino y tratamiento del residuo generado en su interior. En cuanto al

²⁸⁶ MACHADO, ob. cit., p. 318.

tratamiento de estos residuos, de acuerdo con la Resolución CONAMA 005/93, el art.1º, III así disciplina:

O sistema de tratamento de resíduo sólido é o conjunto de unidades, procesos e procedimentos que alteram as características físicas, químicas ou biológicas dos resíduos e conduzem à minimização dos riscos à saúde pública e à qualidade do meio ambiente.

Y continúa en el inciso IV;

IV - O sistema de disposição final de resíduos sólidos é o conjunto de unidades, processos e procedimentos que visam o lançamento de resíduos no solo, garantindo-se a proteção da saúde pública e a qualidade do meio ambiente²⁸⁷.

De las definiciones supra citadas se extrae que los residuos sólidos sólo podrán ser depositados en el medio ambiente para luego ser tratados a fin de dirimir la degradación causada a la naturaleza y los riesgos a la salud pública.

El destino final de los residuos sólidos es otra preocupación pues el volumen de residuos es cada vez mayor, principalmente en los grandes centros urbanos lo que genera dificultades presupuestarias para políticas destinadas al tratamiento y al espacio físico a ellos determinado. Las

²⁸⁷ BRASIL, CONAMA, Resolução nº 5 de 05 de agosto de 1993, disponível em: <http://www.ambientepleno.com.br/indexsearch.php?PID=160795>. Acesso em: 21.9.2011.

formas utilizadas para el destino de los residuos sólidos serán estudiadas a continuación.

7.3.1. DEPÓSITO A CIELO ABIERTO

Los conocidos “vertederos” son descargas libres realizadas por particulares, industriales o aún mismo por las prefecturas municipales. A pesar de que la legislación rechace los depósitos de residuos sólidos a cielo abierto y determinar las formas adecuadas de depósitos de los mismos lo que se observa en las ciudades y la no aplicabilidad de estas disposiciones legales y un número exorbitante de vertederos inclusive en grandes centros urbanos.

Machado (2000), en su doctrina critica la utilización de este tipo de depósito haciendo que el lector preste atención a la falta de legislación federal al respecto, así menciona:

A prática referida não deveria ficar ao alvedrio dos Estados mas ser taxativamente proibida por norma federal, com penalidade adequada em caso de infração para que em medias e pequenas cidades não continuem a ploriferar os “lixões” pondo em risco não só a saúde da coletividade, como especificamente dos infelizes que demandam tais depósitos como “catadores de lixo”²⁸⁸.

²⁸⁸ MACHADO, ob. cit., p. 465.

7.3.2. RELLENO SANITARIO

Se entiende por rellenos sanitarios los lugares escogidos para depósito de residuos donde diversas cautelas deben ser analizadas para evitar la contaminación de las aguas subterráneas y del suelo. Arruda (2005), habla con propiedad sobre el depósito en rellenos sanitarios al afirmar que:

Todo lixo é compactado e depositado nesses aterros e depois cobertos por terra; (i) a cobertura da terra deve ser diária para evitar vetores, (ii) o solo deve ser impermeabilizado, bem como (iii) deve ser controlada a drenagem, para evitar a poluição do lençol freático e (iv) deve haver estação de tratamento do chorume no próprio local²⁸⁹.

Machado (2002) (apud Sociedad Americana de Ingeniería Civil) define:

E método de disposição de refugo na terra, sem criar prejuízos ou ameaças à saúde e a segurança pública, pela utilização de princípios de engenharia que confinam o refugo ao menor volume possível, cobrindo-o com uma camada de terra na

²⁸⁹ ARRUDA, Paulo Tonani Matteis. *Responsabilidade civil decorrente da poluição por resíduos sólidos domésticos*. São Paulo: Método, 2005, p. 45.

conclusão de cada dia de operação, ou mais freqüentemente de acordo com o necessário²⁹⁰.

No se puede confundir relleno sanitario con relleno irregular que es aquel donde la basura es depositada en el lugar y cubierto diariamente pero no hay un tratamiento adecuado de los lixiviados ni estudio previo para la implementación de estos rellenos de acuerdo con las determinaciones de las normas sanitarias.

7.3.3. INCINERACIÓN

Los residuos son destruidos por vía térmica lo que reduce la basura hasta a un 5% de su volumen y puede haber aprovechamiento de energía. El gran problema de la incineración son los gases producidos que muchas veces pueden ser perjudiciales a la salud humana, el tratamiento de estos gases liberados posee un costo relativamente alto para ser eficaz según Arruda (2005):

A incineração permite o aproveitamento de energia, mas não a reciclagem do material tóxico liberado no processo – seja na forma sólida (exemplo: cinzas), líquida (exemplos: vapores d'água) e gasosa (exemplo; gases poluentes), tendo como

²⁹⁰ MACHADO, ob. cit., p. 465.

benefício a redução do volume do material orgânico produzido²⁹¹.

En la práctica lo que se analiza es que en este tipo de tratamiento los residuos son procesados en forma inadecuada lo que acarrea la transferencia de la contaminación al aire. Lo ideal sería que se instalasen dispositivos que evitaran o disminuyesen los efectos causados por los gases derivados de este proceso. En ciertos casos, a pesar del alto costo la incineración es necesaria como por ejemplo en los residuos hospitalarios donde éste es un tipo legal de tratamiento, viabilizando una mejor forma de destrucción de materiales considerados como perjudiciales o peligrosos a la salud humana en virtud de su alto grado de toxicidad.

7.3.4. COMPOSTAJE

El compostaje se trata del método por el cual los residuos son transformados en compuestos y utilizados como abonos o fertilizantes de manera similar son retiradas las masas de residuos orgánicos recogidos. Arruda²⁹² critica esta modalidad de destino pues no siempre son eliminados todos los parásitos contenidos en los residuos sólidos lo que podría contaminar alimentos a ser ingeridos. Otra crítica es que tal

²⁹¹ ARRUDA, ob. cit., p. 48.

²⁹² ARRUDA, ob. cit., p. 48.

método exige mucho espacio para almacenar el material derivado del compostaje.

La Sociedad Renacimiento (2011) conceptúa compostaje como:

O processo de reciclagem onde corre a degradação biológica, aeróbia ou anaeróbia, de resíduos orgânicos, que resulta na sua estabilização, produzindo uma substância única utilizável, em algumas circunstâncias, como condicionador do solo²⁹³.

En relación a este tipo de procedimiento, Machado²⁹⁴ (2002), también hace su crítica: “É importante regulamentar o processo para que haja a destruição de agentes patológicos e de parasitas, pois o adubo advindo desse método poderá contaminar alimentos a serem ingeridos crus.”

Es importante resaltar que la mayoría de los residuos domésticos son de origen orgánico y por lo tanto pasibles de compostaje, sería interesante que ese tipo de técnica fuese utilizada observándose la forma correcta de hacerlo de acuerdo con las normas técnicas.

7.3.5. RECICLAJE

²⁹³ RENASCIMENTO – Sociedade de recuperação e valorização de resíduos Ltda. Valorização. Disponível em: <<http://www.renascimento-residuo.pt/frames.htm>>. Acesso em: 13 de novembro de 2011.

²⁹⁴MACHADO, ob. cit., p. 468.

El reciclaje consiste en el reaprovechamiento de materiales principalmente los inertes a través del procesamiento en forma de recuperarlos para ser utilizados aún mismo como materia prima de un nuevo producto. Conforme Arruda²⁹⁵ (2005) “grande parte dos resíduos sólidos reciclados é inerte; não orgânico. Mas, os resíduos sólidos orgânicos também são recicláveis”.

Pereira Neto (2006) concuerda con este razonamiento afirmando que:

As conseqüências desta visão restrita sobre a reciclagem do lixo urbano no País são nítidas nas tomadas de decisões sobre os sistemas adotados nos Municípios e nos programas de reciclagem já instalados. Estes sistemas induzem a população urbana ao conceito errôneo de que somente os materiais ‘inertes’ são recicláveis²⁹⁶.

Teóricamente se habla mucho del reciclaje como una buena opción para el problema de la basura pero lo que se observa en la práctica es que los materiales que realmente interesan a las grandes empresas son aquellos que traen un retorno lucrativo.

Como ejemplo, podría ser citado el caso de los Estados Unidos, donde el alza de los combustibles convencionales aliada a la dificultad de

²⁹⁵ARRUDA, Paulo Tonani Matteis. *Responsabilidade civil decorrente da poluição por resíduos sólidos domésticos*. São Paulo: Método, 2005.

²⁹⁶ PEREIRA NETO, J.I. Um sistema integrado de coleta, reciclagem, tratamento e destinação de resíduos sólidos urbanos. São Paulo: CEMPER, 2006. P. 06.

encontrarlos hicieron que los residuos sólidos fuesen vistos en forma diferente, hoy son utilizados como una buena y rentable fuente de energía.

Varios programas existentes en Brasil ya estimulan a la población a reciclar sus materiales descartados, inclusive a aquellas personas más pobres que son acompañadas por programas de índole asistencial pero el número aún es muy pequeño si es comparado con la producción diaria de residuos en nuestro país.

7.3.6. RECOLECCIÓN SELECTIVA

La recolección selectiva consiste en un sistema en el cual se recoge en forma separada una parte de basura considerada apta para el reciclaje, se separa la basura inorgánica de la orgánica en los propios lugares donde la basura fue generada, como por ejemplo, en las residencias o en los establecimientos comerciales.

De acuerdo con Calderon (2003):

Adotando medidas integradas para se tratar o lixo, como reciclagem, compostagem e incineção, inclusive com possibilidades de geração de energia elétrica nos dois últimos casos, reduziram bastante os resíduos. Assim, apenas 10% do

lixo urbano não seria aproveitado e seria encaminhado para aterros²⁹⁷.

El objetivo de este estudio no es agotar ni definir las diferentes maneras de tratamiento y destino de estos materiales. Lo que se torna importante para esta observación es la verificación de las medidas posibles para el problema de la mala destinación de los residuos sólidos, al no ser observado en lo cotidiano causando lo numerosos problemas relacionados a la salud pública, problemas éstos que podrían ser fácilmente resueltos si fuesen observadas las formas correctas de destino así como las más adecuadas a cada tipo de situación.

7.4. RESIDUOS SÓLIDOS DOMÉSTICOS

El proceso de urbanización de Brasil siguió el modelo de los países del tercer mundo donde el crecimiento de las ciudades se desarrolló en forma desenfrenada con la migración de los habitantes que vinieron del campo a las ciudades no habiendo existido una preparación ni una estructura suficiente para que las personas absorbieran los problemas derivados la basura producida por ellos los cuales se tornaron cada vez más graves.

²⁹⁷ CALDERONI, Sebetai. *Os bilhões perdidos no lixo*. 4. ed. São Paulo: Humanitas/FFCH/USP, 2003. P. 24.

Los residuos domésticos son las masas de residuos producidos en forma continua y reiterada resultantes de las actividades humanas provenientes en su mayor parte de las residencias, producidos también por los establecimientos comerciales, oficinas y pequeñas empresas; no se incluyen los residuos provenientes de establecimientos de salud y de industrias. Conforme Pereira Neto²⁹⁸, la principal preocupación con los residuos producidos en las ciudades es el hecho de que en su mayoría estén húmedos y de que no exista una administración adecuada de este material generando uno de los grandes problemas ambientales de la actualidad.

En la visión de Zanta y Ferreira²⁹⁹ (2011), “resíduos domésticos são os resíduos domiciliares e, também, aqueles com características similares, como os comerciais e os resíduos da limpeza pública, normalmente, encaminhados para a disposição em aterros”.

De acuerdo con la revista Resol, 2003, “Resíduos sólidos domiciliares ou residenciais são aqueles gerados e coletados diretamente no domicílio e|ou residência”.

En general estos residuos domésticos son compuestos en su mayoría de materia orgánica que puede ser superior al 50% de todo el material, ésto no es taxativo, estos residuos sólidos domésticos también pueden contener algunos materiales tóxicos en su composición.

²⁹⁸ PEREIRA NETO, ob. cit., p. 130.

²⁹⁹ ZANTA, Viviana Maria e Ferreira, Cynthia Fantoni Alves. Gerenciamento Integrado de Resíduos sólidos Urbanos. Disponível em: <<http://www.ens.ufscbr/labs/Livro%20Prosab\cap01.doc>>. Acesso em; 23 set. 2011.

En cuanto a la generación de estos residuos, Lima (2005) afirma:

A geração de resíduos depende de fatores culturais, nível e hábito de consumo, renda e padrão de vida das populações, fatores climáticos e das características de sexo e idade dos grupos populacionais³⁰⁰.

Esta problemática en la generación aún no se ha completado en nuestra realidad, lo que se analiza en la práctica son los factores ligados a la minimización de estos residuos, el problema de la disposición final y de manejo. En otros países más desarrollados este tipo de observancia ya forma parte de sus políticas de saneamiento, como es el caso de Bélgica que adopta un programa de minimización y prevención en la generación de residuos sólidos atribuyendo la política de “contaminador-pagador”, Ya en las residencias domiciliarias los ciudadanos quedan obligados a separar sus residuos reciclables bajo pena de pago de una tasa creciente cada año.

En la realidad brasilera y argentina se nota que los aspectos analizados en cuanto a la solución sobre los residuos sólidos urbanos se presentan con predominancia en el final del ciclo de consumo luego del uso y descarte por el consumidor, se habla mucho de la disposición final lo que contribuye a la no participación y no concientización de la

³⁰⁰ LIMA, Luis Mário Queiroz. *Lixo tratamento e biorremediação*. São Paulo: Hermes, 2005. P. 170

población en cuanto a la importancia de cada uno, principalmente en lo atinente a la manera en que los residuos son generados y descartados.

La reaparición de enfermedades que en el pasado habían sido controladas o erradicadas como el dengue y la fiebre amarilla es justificada por el profesor Forattini³⁰¹ (2005), quien afirma que el saneamiento ambiental es el gran responsable, principalmente en cuanto a la proliferación de moscas como derivado del destino impropio de los residuos sólidos domésticos.

Hoy día a pesar de que la población brasilera y argentina aún forman parte del mundo subdesarrollado se preocupan, justamente, con movimientos ambientalistas como bien mayor y a través del esclarecimiento a toda la sociedad podrá exigir del poder público una forma de dirimir el problema de los Residuos Sólidos Urbanos.

CAPÍTULO 8 RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DEL DAÑO AMBIENTAL CAUSADO POR RESIDUOS SÓLIDOS DOMÉSTICOS EN BRASIL Y ARGENTINA.

La contaminación comenzó desde el momento en que los hombres ya no sobrevivieron solamente en la actividad minera y pasaron

³⁰¹ FORATTINI, O.P. *A saúde públicano no século XX*. Revista saúde pública, 2005, p. 34.

a cultivar otras formas de alimentación basadas en la agricultura, se establecieron en determinados lugares durante más tiempo, con esto comenzó a existir acumulación de materiales ya utilizados y descartados así como otras formas de contaminación.

Por ser estos daños al medio ambiente, inicialmente, de pequeño monto ueron casi no notados. Sin embargo, posteriormente en el inicio de la industrialización la humanidad pasó a percibir que los recursos naturales eran finitos y que la población estaba contribuyendo a la desaparición de los mismos.

El fenómeno de la Revolución Industrial no fue acompañado por el saber que los recursos surgidos de la naturaleza eran inagotables y las personas se valían de todo lo que era necesario como materia-prima sin la debida preocupación en lo respectivo a la preservación y mantenimiento de estos recursos.

Lo que se puede notar al principio fueron las devastaciones perceptibles, por ejemplo, la disminución de los bosques. Aún, no se había atentado con las devoluciones al medio ambiente de los restos generados por la producción y por la utilización de los bienes ya consumidos y utilizados por los seres humanos.

8.1. CONTAMINACIÓN CAUSADA POR LOS RESIDUOS SÓLIDOS DOMÉSTICOS

En el ordenamiento brasileiro el tema contaminación fue inicialmente tratado por el Decreto nº 50.877/1961, conceptualizando contaminación de la siguiente forma:

Qualquer alteração das propriedades físicas, químicas e biológicas das águas, que possam importar em prejuízo à saúde, à segurança e ao bem-estar das populações e ainda comprometer a sua utilização para fins agrícolas, industriais e comerciais, e principalmente a existência normal da fauna aquática.

Con el pasar del tiempo fue observada la importancia de ampliar el concepto supra verificado con el objetivo de no sólo abarcar las aguas sino todo bien ambiental fundamental para la sobrevivencia y el bienestar humano.

La Ley 123 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires³⁰², conceptúa como contaminación: “Presença no ambiente de qualquer agente físico, químico e biológico, de temperatura de uma concentração de vários agentes, em lugares, forma e concentrações tais que possam ser nocivos para a saúde, segurança ou bem-estar da população humana, prejudiciais para a vida animal ou vegetal, ou impeçam o uso e o gozo normal dos materiais, propriedades e lugares de recreação³⁰³”.

³⁰² ZEBALLOS DE SISTO, María C., “El Orden Ambiental. Las evoluciones de impacto ambiental en la ciudad de Buenos Aires, Ley 23”, Ugerman Editores, 1999.

³⁰³ Ley 123, Anexo, Evaluación de Impacto ambiental, Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

El artículo 3º de la Ley n. 6.938\81 en conjunto con el art. 225 de la Constitución de la República Federal de Brasil de 1988, que establece la Política Nacional de Medio Ambiente conceptúa la contaminación en su inciso III:

III – poluição, a degradação da qualidade ambiental resultante de atividades que direta ou indiretamente:

- a) prejudiquem a saúde, a segurança e o bem-estar da população;
- b) criem condições adversas às atividades sociais e econômicas;
- c) afetem desfavoravelmente a biota;
- d) afetem as condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente;
- e) lancem matérias ou energia em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos.

Se tutela el bien mayor del ser humano que es la vida basada en la saludable calidad de vida y en el equilibrio de los factores supra relacionados en las líneas del referido artículo.

Es esclarecedora la lección de Silva (2011) en su obra, que:

São aquelas substâncias sólidas, líquidas, gasosas ou em qualquer estado da matéria que geram a poluição. Ou em sentido ainda mais abrangente: “poluente é todo fator de perturbação das condições ambientais, não importa a sua

natureza, viva ou não, química ou física, orgânica ou inorgânica”³⁰⁴.

De esta definición resulta que la contaminación constituye una modificación en las esferas ambientales, vivas o no, químicas, físicas, orgánicas e inorgánicas donde las sustancias en cualquier estado generan el cambio de las condiciones ambientales a peor.

Pompeu (1989) en su obra, afirma que:

No sentido mais amplo da expressão, a poluição pode ser entendida como qualquer modificação de características de um ambiente de modo torná-lo impróprio às formas de vida que ele normalmente abriga; num sentido mais restrito e prático, a definição de poluição deve incluir um elemento indicador de prejuízo sanitário, econômico ou simplesmente estético. A modificação do ambiente, para ser considerada poluição, deve afetar, de maneira nociva, direta ou indireta, a vida e o bem-estar humano³⁰⁵.

En modo general lo que debe ser considerado como contaminación es todo aquello que modifica en forma de perjudicar aún estéticamente el ambiente tornando al mismo en impropio para la vida saludable.

³⁰⁴ SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. 4. ed. São Paulo; Malheiros, 2011. P. 32

³⁰⁵ POMPEU, Cid Tomarik. Regime Jurídico da política das águas públicas. CETESB, 1989. P. 43.

Todos los conceptos analizados supra, inclusive aquellos determinados por la ley abarcan en general las formas de contaminación sea de las aguas, del aire atmosférico, del sonido, del suelo entre otras. Tratando la contaminación, en síntesis como la modificación del ambiente natural o hasta del artificial perjudicando a la salud, al bienestar de las personas, la flora y la fauna.

En cuanto a la contaminación designada por residuos sólidos domésticos, foco de nuestro trabajo, se puede analizar que la preocupación con los despachos indebidos de los residuos sólidos no es reciente el art. 12 de la ley nº 2.312, del 03\01\1961, que fue reglamentada por el decreto nº 49.974 de 1961 determinaba que:

A coleta, o transporte e destino final do lixo deverão processar-se em condições que não tragam inconvenientes à saúde e ao bem estar público, nos termos da regulamentação a ser baixada.

Descargas de residuos sólidos domésticos a cielo abierto en forma libre o indebidamente en otros tipos de rellenos sanitarios o ambientes constituyen contaminación. Entre las formas de contaminación del medio ambiente causada por los residuos sólidos domésticos los depósitos a cielo abierto y los rellenos sanitarios son los más frecuentes ya que no tratan debidamente la suspensión producida causan daños principalmente de las aguas subterráneas y el suelo como también a los

alimentos que puedan ser irrigados con aguas contaminadas. La suspensión también puede atraer moscas y otros insectos o animales que pueden ser responsables de varias dolencias.

Otras formas de contaminación por residuos sólidos domésticos pueden ser las derivada de la falta de control de las plantas de compostaje o de la incineración que en este caso puede liberar en el acto del tratamiento toxinas perjudiciales a aire y a los alimentos. La falta de periodicidad en la recolección de la basura también puede constituir una forma de contaminación del medio ambiente pues la basura acumulada atrae animales, insectos y otros agentes causantes de enfermedades así como modificar el espacio causando así mismo contaminación visual.

8.2. FORMAS DE REPARACIÓN DEL DAÑO AMBIENTAL CAUSADO POR RESIDUOS SÓLIDOS DOMÉSTICOS

Las condenas de reparación por daños ambientales provocados por residuos sólidos domésticos se pueden dar como: obligación de no hacer, obligación de hacer y de pago de indemnización.

Conviene ratificar que las formas de reparación del daño ambiental obedecen a un orden jerárquico. Primeramente, se busca la recuperación del bien lesionado; posteriormente, en forma subsidiaria la indemnización pecuniaria en los casos en que la reparación no sea posible. Por lo tanto, la principal opción de la responsabilidad civil

ambiental no es la justa compensación monetaria de la víctima sino la preservación del daño ecológico y la reintegración de los bienes ambientales lesionados.

La obligación de no hacer se caracteriza por la abstención de la conducta que causó el daño ambiental como por ejemplo el cese de actividades que generen el lanzamiento de residuos sólidos domésticos en lugar inadecuado o prohibido o así mismo el cese de la disposición de determinados residuos en lugares no apropiados.

En cuanto a la obligación de hacer ésta implica que puede haber una determinación de posibles acciones que tengan en miras la reparación o recuperación del medio ambiente al status *que ante*, a través de medidas del tipo: retiro de residuos de determinado lugar, o aún, la demolición de obras realizadas sin la debida licencia ambiental como por ejemplo usinas de incineración que degraden el medio ambiente y que estén en situación irregular.

Es importante resaltar que la obligación de hacer puede consistir en obligación de dar educación ambiental a los agentes para que por ejemplo no exista reincidencia en la conducta lesiva al medio ambiente.

Vale aún resaltar que en ambas obligaciones tanto en la de hacer como en la de no hacer podrá ser determinado el pago de multa por el incumplimiento de la misma.

Si fueren realizadas las obras para por ejemplo la remoción de residuos sólidos urbanos indebidamente lanzados el pago de valor

pecuniario referente a indemnización debe contener los gastos referentes a las mismas.

La indemnización del daño al bien ambiental público debe ser destinada a fondos regulados por ley.

8.3. RESPONSABILIDAD CIVIL POR LOS DAÑOS CAUSADOS POR LA CONTAMINACIÓN POR RESIUIOS SÓLIDOS DOMÉSTICOS

Responsabilidad viene del latín *responsus*, del verbo *respondere*, que tiene el sentido de responder. De ahí que la responsabilidad deriva de la idea de cumplir una obligación de carácter transitorio establecida entre un acreedor y un deudor.

Venosa³⁰⁶ (2011) define que “o termo responsabilidade é utilizado em qualquer situação na qual uma pessoa, natural ou jurídica, deve arcar com as conseqüências de um ato, fato ou negócio danoso.”

En la definición de Diniz (2010):

Responsabilidade é a “aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiro, em razão de ato por ela mesma praticado, por pessoa ou por quem ela responde, por alguma coisa a ela pertencente ou da simples imposição legal³⁰⁷”.

³⁰⁶VENOSA. ob. cit., p. 01.

³⁰⁷ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro – Responsabilidade civil*. 7 vol. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. P. 34

De los conceptos supra elencados se verifica que la idea de responsabilidad está vinculada a un hecho perjudicial, a una lesión a un bien jurídico protegido.

En caso de los daños ambientales la responsabilidad civil se da en forma objetiva en la cual sólo es necesario que se demuestre el daño y el nexo causal decurrente de la conducta y actividad del agente independiente de la comprobación de culpa como corrobora el art. 14, § 1º de la Ley nº 6.938\81, instituyente de la Política Nacional de Medio Ambiente, *in verbis*:

Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente de existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal por danos causados ao meio ambiente.

La gran preocupación en el campo ambiental es la reparación del daño, no se toma en consideración si la conducta fue culposa o dañosa así como si fue derivada de acto legal o ilegal bastando que ocurra el daño al medio ambiente. El agente será responsabilizado independiente

de error o fraude en su conducta basta la existencia de relación de causalidad entre la conducta que inclusive puede ser lícita y el daño.

Lo que se aprecia es el resultado de la debida conducta dañosa que torna perjudicial la vida humana, su hábitat cuando se considere que la lesión ocurrida generó una apropiación indebida de los derechos de todos a tener una vida saludable basada en aire puro, en agua limpia, etc.

La responsabilidad civil derivada de daño ambiental por la contaminación por residuos sólidos será siempre objetiva y extracontractual por tratarse de relación no establecida vía contrato.

Las características del acto con la presencia de culpa, dolo, error, fraude entre otras sólo pueden influir en el dosaje de la pena y en su aplicabilidad no eximiendo de responsabilidad al causante del daño que puede tener derecho de repetición.

8.3.1. TEORÍA DEL RIESGO INTEGRAL

La teoría del riesgo integral se caracteriza por ser innecesaria la comprobación de culpa pero es considerada extremista por algunos doctrinarios por no admitir causas excluyentes de la responsabilidad.

Cavaliere Hijo (2003), al comentar el artículo 14, § 1º de la Ley 6.938\81, resalta que:

O artigo 225 § 3º, da Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, recepcionou o já citado art. 14 § 1º, da Lei

6.938\81, criando a responsabilidade objetiva baseada no risco integral, ou seja, na teoria segundo o qual não se admitem excludentes de responsabilidade. O autor aduz que “se fosse possível o caso fortuito ou a força maior como causas excludentes de responsabilidade civil por dano ecológico, ficaria fora da incidência da lei a maior parte dos casos da poluição ambiente”³⁰⁸.

A pesar de las divergencias doctrinarias se adopta la teoría supra citada en la cual, todo aquel que ocasionara un daño ambiental derivado de la acción u omisión que acarree contaminación por residuos sólidos urbanos debe ser responsabilizado civilmente en manera de resarcir todos los perjuicios causados independientemente de la culpa.

Las causas excluyentes de responsabilidad como caso fortuito o fuerza mayor, dolo de tercero, culpa de la víctima no excluyen la responsabilidad en estos casos, el argumento utilizado por aquellos que defienden esta teoría es que estas causas excluyentes no pueden ser superiores a los intereses de la colectividad, los derechos individuales no podrán sobrepasar a los derechos colectivos.

Es importante resaltar que no se debe confundir acción u omisión con comportamiento. Como por ejemplo si un particular deposita basura de su residencia en la vía pública debe ser responsabilizado por la debida conducta reprobable e ilegal, pero si por caso existiera la costumbre de

³⁰⁸ CARVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2003. P. 154.

arrojar basura doméstica en determinado lugar donde diariamente la recolección de estos residuos es hecha justamente para evitar la proliferación de la contaminación atendiendo las normas legales y la recolección no acontece por hechos ajenos al particular éste no será responsable por el hecho pues no existe manifestación de una acción comisiva u omisiva que desencadenase el daño derivado de la contaminación y sí un comportamiento ya realizado consuetudinariamente por todos los de la comunidad lo que no generaría responsabilidad.

De acuerdo con la teoría del riesgo integral lo que se busca es la responsabilidad total de aquellos que actuaren en forma ilegal y terminaren por causar daños a la colectividad, ésta defiende que de la misma forma en que existió apropiación del bien traído por la actividad dañosa el contaminador debe acarrear también con la carga del resarcimiento del perjuicio causado para aquellos que directa o indirectamente sufrieron el daño.

8.3.2. DEL AGENTE ACTIVO Y PASIVO

El sujeto pasivo de la acción es aquel que asumió el riesgo de la actividad determinada o aquel que responde por acto un tercero, empleado o agente.

En regla, los intereses ambientales tutelados son difusos, en este caso el área activa de una demanda por daños y perjuicios sería la

comunidad, pero puede haber aún intereses particulares o individuales a ser analizados en cada caso concreto. En el caso de los residuos sólidos urbanos en la mayoría de las veces la colectividad actúa como sujeto activo de las acciones, por ejemplo una comunidad que necesita agua de un depósito que ha sido contaminado por la eliminación de residuos en sus márgenes. Puede existir aún solidaridad pasiva donde dos o más personas responden concurrentemente por el daño, su reparación y prevención en términos ejemplificativos podría ser observado el caso de un distrito industrial si no fuera posible elencar individualmente a los responsables por daños ambientales allí causados, todos los que forman parte de los distritos responden solidariamente, teniendo así en miras reparar el interés público de resarcimiento total del perjuicio ambiental de la forma más rápida posible atendiendo siempre a los intereses de la colectividad. Si hubiera más de un responsable para el mismo daño con la responsabilidad sólo de uno de ellos dará lugar al derecho de repetición de éste contra los otros.

8.3.3. RESPONSABILIDAD CIVIL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS DE DERECHO PRIVADO

En cuanto a la responsabilidad de la persona jurídica de derecho privado el sujeto responderá en forma objetiva por los daños causados por residuos sólidos urbanos no haciendo distinción entre las personas

físicas de su propietario o de sus representantes la persona jurídica de derecho privado responde como proponente de sus empleados, así como por sus órganos. No es necesario que se demuestre la intención del establecimiento en violar la ley ni que ésta haya actuado con imprudencia o impericia. El simple hecho de generar el residuo y su destino inadecuado aunque sea realizado por terceros es hecho suficiente para generar el deber de reparar el daño.

8.3.4. RESPONSABILIDAD CIVIL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS DE DERECHO PÚBLICO

La responsabilidad jurídica de derecho público se encuadra en la teoría del riesgo integral ya mencionada anteriormente, independientemente de ser la conducta lícita o ilícita, comisiva o omisiva, en los términos del art. 37, § 6º de la Constitución de la República Federal de Brasil de 1988, pues es obligación del Estado la protección al medio ambiente y la adopción de medidas y políticas orientadas a cohibir el desarrollo desenfrenado basado en la degradación. El Estado, entonces, pasa a tener responsabilidades equiparadas a las de una persona común.

En este sentido, Stoco³⁰⁹ (2001), defiende que el presupuesto de la responsabilidad objetiva por parte del poder público resulta de la propia Constitución de la República Federal de Brasil de 1988, en el art. 37, § 6º,

³⁰⁹ STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial - Doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2001, p.90.

así como del art. 21, XXIII, c, que preceptúa que “a responsabilidade civil por danos nucleares independe de culpa”, aplicándose así por analogía a los daños derivados de otras conductas como es el caso de los residuos sólidos urbanos.

Arruda (2005) corrobora con este entendimiento y refuerza su posicionamiento al afirmar que:

O tema da responsabilidade do Estado foi abordado na Confederação das Nações Unidas para o Meio Ambiente e Desenvolvimento, consagrando que os Estados têm o direito de explorar seus recursos, desde que não sejam causados danos a outros Estados, cooperando na erradicação da pobreza, sob pena de se negar vigência ao desenvolvimento sustentável [...] vale ressaltar que o princípio nº 10 que orienta os Estados a viabilizarem o acesso aos procedimentos administrativos e processos judiciais, inclusive, para indenização e ressarcimento de eventuais danos causados³¹⁰.

Esta responsabilidad civil por parte del poder público puede derivar de conducta comisiva, omisiva, lícita o ilícita si se encuadra en la teoría del riesgo referida anteriormente.

El Estado responde solidariamente por daños causados por terceros independientemente de la comprobación de culpa debido a su

³¹⁰ ARRUDA, Paulo Tonani Matteis. *Responsabilidade civil decorrente da poluição por resíduos sólidos domésticos*. São Paulo: Método, 2005, p. 93.

deber de prestar protección al medio ambiente a través de medidas y de control.

Otra corriente defendida es la de que el particular que obtiene licencia ambiental del Estado para actuar en forma lícita pero actúa fuera de los límites establecidos responde objetivamente en cuanto que el Estado responde subjetivamente pues existiría la necesidad de comprobación de que la falta de servicio de fiscalización de este particular contribuyó para el eventual daño.

Los que defienden la teoría subjetiva se alejan de que la responsabilidad sólo será objetiva si el Estado concediese licencia ilegal por mal desempeño del servicio público, sin embargo no es el posicionamiento dominante.

8.3.5. ACUMULACIÓN DE LAS SANCIONES DE NATURALEZA CIVIL, PENAL Y ADMINISTRATIVA.

Está permitida la acumulación de estas sanciones, visto que son de naturaleza diferente en las esferas administrativas y penales no es necesario el presupuesto del daño ambiental, basta que exista la conducta lesiva ilícita. Arruda, (2005) justifica con sapiencia esta afirmación:

A responsabilização na esfera civil independe das sanções de âmbito administrativo e penal, que poderão ser cumulativas ou

não, dependendo da conduta do agente poluidor. E tal se justifica no disposto no art. 225, § 3º da CF\88, [...] que utiliza a conjunção “e” para definir as modalidades de responsabilização a que está sujeito o poluidor³¹¹.

El hecho es que independientemente de la aplicación y comprobación de conductas ilegales, la sanción civil podrá producirse basada en la comprobación en el daño causado al medio ambiente.

8.3.6 IMPRESCRIPTIBILIDAD DE LA REPARACIÓN DE LOS DAÑOS AMBIENTALES

Por tratarse de derechos tenidos como fundamentales se torna imprescriptible este tipo de reparación son derechos difusos que no poseen un titular determinado a no ser la colectividad, por no mencionar que el daño al medio ambiente se produce en su mayoría a largo plazo con la verificación de los resultados dañosos mucho después de su inicio lo que dificulta la determinación precisa de la fecha inicial del daño.

8.3.7. FORMAS DE REPARACIÓN DEL DAÑO AMBIENTAL

En lo referente a los bienes materiales ya fue analizado que éstos deben ser resarcidos en forma integral, se debe posibilitar la *restitutio in*

³¹¹ Ibidem, p. 102.

integrum debiendo aproximarse al máximo al *status quo ante* en el cual se encontraba la naturaleza anteriormente.

Sin embargo, en algunos casos no es posible este tipo de reparación visto que los daños resultan ser totalmente irreversibles, para estos casos las formas de condena pueden consistir en (i) obligación de incentivo a medidas de planeamiento de actividades relativas a la contaminación ambiental; (ii) incentivo a la educación ambiental en todos los niveles; (iii) incentivo fiscal para miembros de la industria que se comprometan con la planificación de la reducción de la contaminación y así mismo con la producción de residuos sólidos domésticos, entre otros.

Para los demás casos otras formas de responsabilidad civil son: (i) indemnización por daño causado por el acumulación de basura en lugar próximo a aguas subterráneas generando contaminación de las aguas; (ii) condena en virtud de no cumplir con la obligación de no disponer basura a cielo abierto; (iii) condena por la obligación de hacer, pudiendo consistir en la obligación de proveer educación ambiental a los agentes o así mismo en la adecuación de las condiciones de la basura ya depositada; conminación de pena de multa diaria en caso de que no sean cumplidas las obligaciones determinadas; entre otras.

8.4. EFICACIA DE LA RESPONSABILIDAD

Las dificultades para la demostración de los elementos de la responsabilidad en materia ambiental son innumerables.

El daño es de difícil comprobación aunque sea el derivado de una acción comisiva u omisiva pues la destinación irregular de los residuos sólidos urbanos domésticos en la mayoría de las veces perdura en el tiempo acumulando pequeños resultados que sólo con el pasar del tiempo acumulan un daño de mayor proporción y percepción.

Otra cuestión es que además de estas dificultades en la medición en forma inmediata de la proporción del daño el mismo resultado ocurre debido a reiteradas conductas de diversos agentes lo que dificulta la prueba de los elementos para establecer responsabilidad, sin mencionar que los daños también pueden ser anónimos como por ejemplo en los casos de disposición de basura en terrenos baldíos durante el período nocturno.

Un hecho importante a ser analizado es que todas las acciones provenientes de los seres humanos generan algún tipo de daño ambiental, por lo tanto se debe fijar un término medio entre las conductas realmente lesivas y censurables en términos de rendición de cuentas y las conductas de menor potencial lesivo. El hecho de que un particular deposite su basura en terrenos baldíos, por ejemplo, es un hecho reprobable y contrario a la ley pero si todas las conductas de este tipo fuesen analizadas por el poder público un número incontable de acciones

serían presentadas ante la ley abarrotando las dependencias judiciales de todo el país.

Se debe tomar en consideración qué es lo realmente punible a título de responsabilidad, como por ejemplo, la disposición de residuos sólidos urbanos a cielo abierto por los municipios lo que podrá causar grandes trastornos a toda la comunidad, este tipo de comportamiento debe ser atacado por todos los medios jurídicos posibles, la responsabilidad de los entes públicos ante este tipo de situación disminuiría significativamente los problemas ambientales y de salud pública relacionada a la basura. Mientras que la sociedad permanezca indiferente y no exija un pago por los daños sufridos el instituto de la responsabilidad civil no será eficaz.

CAPÍTULO 9 INSTRUMENTOS PROCESALES DE DEFENSA DEL MEDIO AMBIENTE

Ante el estudio sobre la responsabilidad civil por daños ambientales se hace imperioso el análisis de los medios procesales que pueden ser utilizados para tutelar el medio ambiente. Es importante para el ciudadano conocer cuales son los instrumentos que están a su disposición para defender ese bien esencial cuando se sufre una lesión por una persona física o jurídica. Es la solución encontrada para buscar la

responsabilidad del agente causante del daño y la reparación del bien ambiental cuando se lesionó haciéndolo retornar al *status quo ante*.

La defensa del medio ambiente en razón de la naturaleza del bien tutelado (bien difuso) conforme determina el art. 19 de la Ley de la Acción Civil Pública recibirá tratamiento directo y primario de las normas procesales previstas en la jurisdicción colectiva y solamente de forma secundaria deberán ser aplicados el Código de Proceso Civil y los demás instrumentos.

El medio ambiente cuenta con instrumentos de protección en el campo administrativo, en el ámbito penal y también en la esfera civil. Son numerosas las particularidades e incontables los aspectos y las controversias que surgen y gravitan en torno a los aludidos instrumentos existentes. A continuación serán tratados algunos instrumentos de tutela del medio ambiente.

9.1. ACCIÓN CIVIL PÚBLICA

El típico y más importante medio procesal de defensa del medio ambiente es la acción civil pública, que fue recepcionada por la Constitución en su art. 129, inciso III.

La Ley n°. 7.347, del 24 de julio de 1985, a su vez reglamentó la acción civil pública, apropiada en los casos de daños causados al medio ambiente, al consumidor de bienes de derechos de valor artístico,

estético, histórico, turístico y paisajístico, a cualquier otro interés o derecho difuso o colectivo, a la defensa del orden económico, así como el orden urbanístico estableciendo reglas procesales para ello.

El objetivo de la Acción Civil Pública consiste en dos formas de reparación del daño ambiental, siendo la primera por el regreso al estado anterior a la lesión, denominada reparación específica y la segunda por la indemnización pecuniaria que funciona como una forma de compensación ecológica. De esta forma podrá contemplar la formulación de un pedido alternativo, siempre que sea compatible y necesaria la obtención de la tutela pretendida.

En lo que concierne al interés colectivo *latu sensu* la protección del medio ambiente queda a cargo de uno de los legitimados mencionados en el art. 5°, de la Ley 7.347/85, que son el Ministerio Público, los entes públicos (Unión, Estado y Municipios), los entes autárquicos, empresas públicas, fundaciones, sociedades de economía mixta y las asociaciones civiles constituidas hace más de un año y que tengan en su estatuto la previsión de la tutela jurisdiccional del medio ambiente. También se tiene que considerar la legitimación extraordinaria conferida a los sindicatos por la CR/88 (art. 8°, III) siempre que esté presente el interés legítimo para proponer Acción Civil Pública referente a las cuestiones del medio ambiente del trabajo, defensa de los sindicalizados en cuanto consumidores y otras hipótesis de interés de categoría.

En lo que dice respecto a la legitimación pasiva cualquier persona que haya practicado el evento dañino podrá figurar en la acción, sea la persona física o jurídica, de derecho público o privado puesto que la ley no restringe su amplitud.

Tratándose de acción civil pública es perfectamente aceptable la realización de la investigación civil que es una atribución exclusiva del Ministerio Público. Tiene como finalidad la recolección de material de apoyo para el enjuiciamiento de la acción civil pública, averiguando la existencia de circunstancias que den lugar a la aplicación de la Ley n°. 6.938/81, con el fin de dar formato a la convicción de quien promueve la acción y evitar el ejercicio de la acción imprudente. No posee carácter obligatorio.

Para el Ministerio Público existe obligatoriedad moderada con la conveniencia y oportunidad en el ejercicio de la acción civil. Para los demás colegitimados el ejercicio de la acción es facultativa.

9.2. ACCION POPULAR AMBIENTAL

La acción publica es uno de los remedios constitucionales más antiguos y a pesar de marchas y contramarchas de la historia se puede decir que fue pionera en la defensa de los intereses colectivos *latu sensus* es característica de los regímenes democráticos y existe desde el derecho romano.

Fue prevista por primera vez en el ordenamiento jurídico patrio con la Constitución Imperial de 1824 en su art. 157 anteriormente citado.

Pero fue recién con la Constitución Federal de 1988, art. 5°, inciso LXXIII, que hubo previsión expresa para la utilización de la acción popular en la defensa del medio ambiente:

Qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada, má fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência.

Tiene como objeto la protección del medio ambiente en cuanto a los actos nocivos practicados contra él sea por una persona física o jurídica de derecho público o privado.

El sujeto activo como afirma la Constitución es cualquier ciudadano independientemente de que sea elector o no. El ciudadano propone la acción sin fundamentarse en tener interés por ser elector o no. El ciudadano propone la acción sin fundamentarse en un interés individual sino en el interés público. No hay así coincidencia entre el titular del bien lesionado y el sujeto de la acción.

En cuanto al sujeto pasivo este será cualquier persona responsable por el acto nocivo al medio ambiente de acuerdo con el

concepto de contaminador establecido por la Política Nacional del Medio Ambiente (Ley n. 6.938/85).

Es importante señalar que estando el acto consumado aunque las consecuencias nocivas al medio ambiente este siendo producidas no habrá lugar a la acción popular ya que la acción civil pública pretende atacar el acto y no a sus consecuencias, a pesar de que haya posicionamientos en contra afirmando que la acción popular posee una doble naturaleza jurídica, deshaciendo el acto nocivo y condenando al demandado al pago de perdidas y daños.

9.3. INTERDICTO COLECTIVO

El derecho legal lesionado por el acto ilegal o abusivo de autoridad pública o agente de persona jurídica encuentra protección en el mandato de seguridad previsto en el art. 5º, inciso LXIX de la Constitución Federal:

Art. 5º [...]

[...]

LXIX – Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público;

LXX – o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por:

Partido político com representação no Congresso Nacional; organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados.

Cabe destacar que ese instituto no sirve solo para la tutela de los intereses colectivos sino que también de aquella categoría de intereses posicionados en relación a la calidad de vida a la que se le da el nombre de difusos y entre los cuales el medio ambiente es uno de los ejemplos más expresivos.

De esa forma es posible extraer quienes son los legitimados activos y pasivos del mandato de seguridad colectivo ambiental. Así pueden figurar en el polo activo partidos políticos con representación en el Congreso Nacional, organizaciones sindicales, entidades de clase o asociaciones legalmente constituidas y funcionando hace por lo menos un año. Sin embargo muchos doctrinarios defienden la tesis de que ese rol no es taxativo y más allá de los elencados en el art. 5º, inciso LXX, pueden figurar otros sujetos como por ejemplo el Ministerio Público.

En el polo pasivo del *mandamus* surge una acentuada restricción a su utilización en la tutela del medio ambiente, pues el concepto de contaminador que es presentado por la Ley nº. 6.938/81 es mucho más amplio que aquel que puede ser encontrado en la norma constitucional de modo que esa disonancia acaba por tornarlo un instrumento de diminuta

operatividad en cuanto a la defensa de bienes y valores ambientales. Más allá de eso la existencia de la prueba pré-constituída de la liquidez y certidumbre del hecho que se afirma puede hacer inviable la utilización del *mandamus* en la medida en que con poca frecuencia se exigirá prueba pericial para la efectiva demostración del daño ambiental.

9.4. ACCIÓN DIRECTA DE INCONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY O DEL ACTO NORMATIVO

El objetivo de la Acción Civil Pública es la defensa de uno de los derechos tutelados por la Constitución Federal por el Código de Defensa del Consumidor y por la Ley de la Acción Civil Pública, pudiendo tener como fundamento la inconstitucionalidad de ley o acto normativo. La Acción Directa de Inconstitucionalidad de Ley o Acto Normativo tiene como objetivo en el decir de Nelson Nery Júnior (2003):

[...] a declaração, em abstrato, da inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, com a conseqüente retirada da lei declarada inconstitucional do mundo jurídico por intermédio da eficácia *erga omnes* da coisa julgada³¹².

La Constitución Federal cuidando de ese remedio jurídico posibilitó su regulación por los Estados-miembros creando la acción

³¹² NERY JUNHOR, Nelson. Código de Processo Civil Comentado: e legislação extravagante. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003 p. 1309.

directa de inconstitucionalidad de leyes o actos normativos estatales y/o municipales frente a las constituciones estatales.

Para proponer la acción están legitimados el Ministerio Público, la OAB, las entidades sindicales y de clase (art. 102, I, línea "a" y art. 103 y 125, párrafo 2º, Constitución Federal).

De la misma forma que las demás acciones figura en el polo pasivo todo aquel que causó un daño al medio ambiente, o sea, el contaminador.

9.5. INTERDICTO DE MANDATO AMBIENTAL

Es el instrumento capaz de tutelar el medio ambiente en la medida en que el derecho ambiental tenga como objeto una vida de calidad. Hablar de vida de calidad es buscar el tornar efectivos los preceptos de los artículos 5º y 6º de la Constitución y estos son indiscutiblemente objeto del recurso de interdicto, por cuanto ostentan la naturaleza de derechos constitucionales.

En los términos de la Constitución Federal art. 5º, inciso LXXI, tenemos:

[...] conceder-se-á mandado de injunção sempre que falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à personalidade, à soberania e à cidadania.

Es un instituto que está a disposición de cualquier persona sea ella física o jurídica, nacional o extranjera, titular de un derecho, de una libertad o de una prerrogativa constante expresada en la Constitución y que venga a probar que ese derecho, libertad o prerrogativa no pueden ser tutelados por falta de normas reglamentarias.

Es preciso aclarar que aunque no se niegue su importancia ese remedio constitucional aún es muy poco utilizado para la defensa del medio ambiente en los días actuales.

CONCLUSIÓN

La constitucionalización del derecho al medio ambiente en Brasil y en la Argentina y en gran parte de los demás países del mundo es el fenómeno que traduce la importancia que la tutela jurídica del medio ambiente adquiere en el sentido de que es condición para la supervivencia de las presentes y futuras generaciones. El concepto del medio ambiente es globalizante, o sea es un macrobien, pues abarca el conjunto de todos los factores involucrados para una calidad de vida saludable, limitándose no solamente al medio natural.

Una de las materias más importantes en el campo del Derecho Ambiental es la responsabilización por daños causados a los recursos ambientales debido a su relevancia imperante en el ordenamiento patrio que elevó como derecho fundamental el medio ambiente ecológicamente equilibrado.

Un hecho alarmante verificado en los últimos años es la cuestión de la contaminación causada por los residuos sólidos urbanos. Hasta hace poco tiempo atrás el asunto no era foco de discusiones tampoco era considerado importante principalmente en comparación a otros problemas ambientales de repercusión mayor.

En la realidad la contaminación por residuos sólidos domésticos atenta contra el desarrollo sustentable, comprometiendo recursos naturales vitales al ser humano y a la naturaleza como un todo.

Las personas, los entes públicos, las empresas, todos depositan sus residuos en la naturaleza sin cuidado o preocupación alguna, un hecho que podría ser aceptado hasta el siglo pasado pero que hoy es Inadmisible, la eliminación de residuos no puede tornarse un obstáculo al desarrollo humano.

Actualmente la sociedad tomo conciencia del problema debido al crecimiento de la concientización ambiental, pero para la minimización de esos efectos contaminantes y degradantes no es posible impedir la producción de residuos sólidos domésticos bajo pena de paralización del crecimiento económico y la propia supervivencia humana. Por ello se busca un equilibrio entre medio ambiente y producción, no se admite que el contaminador que excede esos límites salga intacto de sus acciones.

El objetivo de esta investigación está en el campo del Derecho Ambiental y del Derecho Civil. La responsabilidad civil se da de la forma en que deben ser reparados o compensados los daños causados a los demás que sufrieron con el daño ambiental o ecológico algún tipo de perjuicio. Ese daño puede ser incluso moral, difícil de evaluar, pero plenamente posible para aquel que se siente lesionado en su calidad de vida, salud y bienestar.

Según la utilización de los recursos la investigación es pura. Según el abordaje la investigación es cualitativa y según los objetivos la investigación es exploratoria y descriptiva.

Objetivo general:

Analizar la responsabilidad civil por daño causado al medio ambiente frente a la contaminación de los residuos sólidos doméstico en Brasil y en la Argentina;

Objetivos específicos:

Identificar cual es la importancia de la responsabilidad Civil por daño causado al medio ambiente frente a la contaminación de los residuos sólidos domésticos en Brasil y en la Argentina;

Analizar si es posible responsabilizar civilmente a aquellos que destinan y disponen los residuos sólidos domésticos de forma inadecuada al medio ambiente comprometiendo el desarrollo sustentable y la calidad de vida humana;

Verificar si hay posibilidad de responsabilidad civil derivada de la mala destinación de los residuos sólidos domésticos y si hubiera un aspecto positivo como se daría ese proceso.

Los objetivos fueron alcanzados en virtud de preceptos legislativos que fueron utilizados para el mantenimiento del bien mayor de toda la humanidad: la vida saludable basada en la calidad de vida en equilibrio con la naturaleza.

Se constató que la responsabilidad civil de los daños ambientales es extracontractual y está firmado bajo la óptica de la teoría del riesgo integral que no admite excluyentes, convirtiendo a todo aquel que lesionó un bien ambiental incluso de forma culposa responsable por los daños causados.

Al adoptarse la teoría del riesgo integral se tiene en foco el total resarcimiento de forma realmente eficaz del daño causado al medio ambiente y siendo que se considera un derecho fundamental tiene prevalencia sobre otros institutos, como por ejemplo, el derecho de propiedad.

Se constató que en toda y cualquier actividad perjudicial al medio ambiente derivada de mala disposición y de la mala administración de esos residuos da lugar a la responsabilidad civil, ya que es posible la señalización del responsable por la conducta humana.

Una vez que la actividad contaminante sea lícita existe la posibilidad de responsabilidad como por ejemplo en el caso de las usinas de incineración o rellenos sanitarios que estuvieran funcionando de acuerdo con las normas establecidas pero pueden no ser suficientes para evitar daños al medio ambiente.

La responsabilidad civil está determinada por la reparabilidad del daño causado por conducta comisiva u omisiva contraria al derecho.

No se hace distinción entre las personas jurídicas o físicas, de derecho público o privado, interponiéndose así mismo a los órganos

estatales la responsabilización derivada de los residuos sólidos domésticos especialmente en los casos en que fuera probada algún tipo de negligencia en el deber de fiscalizar e incluso de disponer formas correctas de distinción de esos residuos asegurando los intereses de toda una sociedad.

Otro factor importante es que el daño a ser resarcido debe ser el daño cierto y actual, no se puede prever la responsabilidad por daños causados por residuos sólidos domésticos que sean hipotéticos, no puede ser punido un daño futuro, que no debe ser confundido con daño presumido. El daño presumido se trata de un daño de difícil reparación y valoración y a pesar de la gran posibilidad de certeza en cuanto a esos daños futuros existen muchas divergencias en ese sentido, por eso la atención mayormente apunta incluso a los daños crónicos, con los efectos futuros totalmente dimensionados, no se aplica la sanción de responsabilidad civil, lo que se puede hacer es condenar al agente al pago de una indemnización por la parcela pasada es la obligación de no hacer, prohibiendo la actividad para el futuro.

La Constitución de la República Federal de Brasil de 1988 combinada con la ley 6.938\81 (Ley de Políticas Nacionales del Medio Ambiente) es clara en afirmar que cuando se trata del daño ambiental la responsabilidad es objetiva debiendo el causante de la lesión repararla independientemente de la constatación del elemento propulsor de la conducta (culpa).

Se torna indiscutible la naturaleza objetiva de la responsabilidad civil imputada al causante de un daño ambiental por la disposición de residuos sólidos domésticos, puede haber aún la imputación combinada de la sanción de sello administrativo, penal y civil.

En lo referente a la responsabilidad civil del Estado es pacífico el entendimiento de que este proviene de conductas comisivas u omisivas que causen daños a terceros incluyéndose en este contexto el daño ecológico. Por ello esa responsabilidad trae a su paso reglas peculiares analizadas a lo largo de la investigación las cuales hablan de la controversia existente en el análisis de la idoneidad de las excluyentes de la responsabilidad tratándose del Estado como agente causante de esa especie de daño, toda vez que la doctrina se divide en cuanto a la aplicabilidad en virtud de la existencia de dos teorías muy divergentes, que provoca esa división doctrinaria. Tales teorías se presentan bajo la denominación de teoría del riesgo integral y teoría del riesgo creado cuya divergencia es sobre la aplicabilidad de una u otra en el ámbito de la responsabilidad civil del Estado en virtud de un daño causado al medio ambiente.

Vale señalar que los bienes ambientales al poseer la naturaleza de derechos fundamentales generan un derecho imprescriptible.

Es importante el análisis del estudio de la responsabilidad con efecto en los daños causados por la mala disposición de los residuos sólidos domésticos, evaluación de la teoría del riesgo integral y de los

medios de reparación de los daños causados por ellos por los simples hechos de que la sociedad precisa de un aparato jurisdiccional en defensa de sus intereses difusos, sobretodo porque tales acciones evitarán desvíos en la recolección y disposición de los residuos sólidos y en consecuencia a los perjuicios al medio ambiente y a la calidad de vida saludable.

REFERENCIAS

Agenda 21. Estado de São Paulo. Secretaria de Meio Ambiente. Agenda 21 Global. Acesso em: 14 de setembro de 2011. Disponível em: <http://www.ambiente.sp.gov.br/agenda21/apresentação.htm>.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALTVATER, Elmar. Existe um marxismo ecológico? In: BORON, Atílio A. AMADEU, Javier; GONZÁLEZ, Sabrina (orgs.). *A teoria marxista hoje: problemas e perspectivas*. Tradução de Rodrigo Rodrigues. São Paulo: Clacso, Expressão Popular, 2007.

ALVES, Alaôr Caffé *Lógica: pensamento formal e argumentação*. 4. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

ARAGÃO, Maria Alexandra de Sousa. *O Princípio do poluidor-pagador: Pedra angular na política comunitária do ambiente*. Coimbra: Coimbra, 2007.

ARGENTINA, Constitución Nacional de la República Argentina. DF, Senado, 1988.

ARRUDA, Paulo Tonani Matteis. *Responsabilidade civil decorrente da poluição por resíduos sólidos domésticos*. São Paulo: Método, 2005.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. ed. São Paulo: LTr, 2007.

BARROS, Susana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília: Brasília jurídica, 1996.

BARROS, Wellington Pacheco. *Curso de direito ambiental*. 2, ed. São Paulo: Atlas, 2008.

BATTESINI, Eugênio. Da teoria econômica à prática jurídica: origem, desenvolvimento e perspectivas dos instrumentos tributários de política ambiental. *Caderno do Programa de Pos-Graduação em Direito -*

PPGDir.\UFRGS. Universidade Federal do Rio Grande do Sul, v. III, n. VI
p. 125-142, maio 2005.

BELCHIOR, Germana Parente Neiva; MATIAS, João Luis Nogueira. A
função ambiental da propriedade. XVII Congresso Nacional do Compedi,
2008, Brasília. *Anais do XVII Congresso Nacional do Compedi – Brasília*.
Florianópolis: Fundação José Artur Boiteux, 2008.

BENJAMIN, Antonio Herman. Constitucionalização do ambiente e
ecologização da Constituição brasileira. In: CANOTILHO, José Joaquim
Gomes; LEITE, José Rubens Morato (orgs.). *Direito constitucional
ambiental brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. A natureza no direito brasileiro: coisa, sujeito ou nada disso. In:
CARLIN, Volnei Ivo (org.). *Grandes temas de direito administrativo:
homenagem ao professor Paulo Henrique Blasi*. Campinas: Millennium,
2009.

BESALÚ PARKINSON, Aurora. “*Responsabilidad civil por daño ambiental*”.
1ª. ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2005.

BIDART CAMPOS, Germán, *Tratado elemental de derecho constitucional
argentino*, ed. Editar, Buenos Aires, 1995, t. VI.

BOFF, Leonardo. *Saber cuidar: ética do homem – compaixão pela terra*. Petrópolis: Vozes, 1999.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, Senado, 1988.

BRASIL, Código Civil, Lei Federal nº 10.406, de janeiro de 2002. Disponível em: >http://WWW.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L4771.htm>. Acesso em: 21 de setembro de 2011.

_____. CONAMA, Resolução nº 5 de 05 de agosto de 1993, Disponível em: <http://WWW.ambientepleno.com.br/indexsearch.php?PId=160795>. Acesso em 23/10/2011.

_____. Constituição Político do Império do Brasil de 1824. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituição/Constituição24.htm>. Acesso em: 10/09/2011.

_____. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891. Disponível em: http://WWW.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituição/Constituição91.htm>. Acesso em: 10 de novembro de 2011.

_____. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituição/Constituição34.htm. Acesso em: 10 de novembro de 2011.

_____. Constituição do Brasil de 1937. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituição/Constituição37.htm. Acesso em: 10/09/2011.

_____. Constituição do Brasil de 1946. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituição/Constituição46.htm. Acesso em: 10 de novembro de 2011.

_____. Constituição da República Federal do Brasil de 1967. Disp. em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituição/Constituição67.htm. Acesso em: 10 de novembro de 2011.

_____. Constituição da República Federal do Brasil de 1988. Disp. em: http://WWW.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituição/Constituição88.htm. Acesso em: 10 de novembro de 2011.

_____. Decreto Federal nº 24.645, 10 de janeiro de 1934. Estabelece medidas de proteção aos animais. Disponível em:

[HTTTP\www.planalto.gov.br|ccivil_03|decreto|1930-1949|D24645.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D24645.htm).

Acesso em: 10 de novembro de 2011.

Decreto Federal nº 49.974_A|61 de 21 de janeiro de 1961. Regulamenta, sob a denominação de Código Nacional de Saúde. A Lei nº 2.312, de 3 de setembro de 1954, de Normas Gerais sobre defesa e Proteção da Saúde. Disponível em: [http://www.senado.gov.br|legislaçã|ListaTextoIntegral.action?id=160292](http://www.senado.gov.br/legislaçã|ListaTextoIntegral.action?id=160292). Acesso em 10|10|2011.

_____. Decreto Federal nº 50.877 de 29 de junho de 1961. Dispõe sobre o lançamento de resíduos tóxicos ou oleosos nas águas interiores ou litorâneas do País e dá outras providências. Disponível em: <http://www.lei.adv.br|50877-6htm>. Acesso em 29\10|2011.

_____. Estatuto da Terra. Lei Federal n. 4.504, de 30 de novembro de 1964. Disponível em: [http\www.Planalto.gov.br\CCIVIL\LEIS|L450.htm](http://www.Planalto.gov.br\CCIVIL\LEIS|L450.htm). Acesso em: 13|08|20011.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal anotada*. 7. ed. São Paulo: Saraiva: 2007.

BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, *Responsabilidad civil por daño ambiental*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, LL, 1994-C-1056.

_____. *Derecho ambiental*, Abeledo – Perrot, Buenos Aires, 1995.

CAMPOS JUNIOR, Raimundo Alves de. *O conflito entre o direito de propriedade e o meio ambiente*. Curitiba: Juruá, 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Protecção do ambiente e direito de propriedade: crítica de jurisprudência ambiental*. Coimbra: Coimbra, 1995.

_____. *Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 2004.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

CARDERONI, Sebatai. *Os bilhões perdidos no lixo*. 4. ed. São Paulo: HUMANITAS\FFCH\USP, 2003.

CARLESSO, Luciano Arlin. Direito humano a um meio ambiente de trabalho ecologicamente equilibrado: um direito de todos os seres humanos trabalhadores. *Revista LTr*, v. 72, n. 2, p. 209-219, fev. 2008.

CASTILHO, Ela Wiecko V. de; CASTILHO, Manoel Lauro V. de. A diversidade cultural no conceito constitucional de meio ambiente. In: CARLIN, Volnei Ivo (org.) *Grandes Temas de direito administrativo: homenagem ao Professor Paulo Henrique Blasi*. Campinas: Millenium, 2009.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 4. Ed. São Paulo; Malheiros, 2003.

CLÉVE, Clémerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais, *Revista de direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, n. 54, p. 28-39, jan.\mar., 2006.

COASE, Ronald. *The firme, the market and the Law*. Chicago: University of Chicago Press, 1988.

COSTA, Melinda de Oliveira Gonsalves Fernández. A ação popular como instrumento de defesa do meio ambiente e exercício da cidadania ambiental. *Direito Público*. Porto Alegre, v. 4, n. 15, 2005.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. Colisão entre princípios constitucionais. *Razoabilidade proporcionalidade e argumentação jurídica*. Curitiba: Juruá, 2006.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro – Responsabilidade civil*. 7. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

FENSTERSEIFER, Tiago. *Direitos Fundamentais e proteção do meio ambiente: a dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico-constitucional do Estado Socioambiental de Direito*. Porto Alegre: livraria do Advogado, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. *A soberania no mundo moderno: nascimento e crise do Estado nacional*. Tradução de Carlos Coccioli: São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERRARA, Rosario; FRACCHIA, Fabrizio; RAZON, Nino Olivetti. *Diritto dell'ambiente*. 3. ed. Roma: Laterza, 2002.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio, *Introdução ao estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental brasileiro*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

FIGUEIREDO, Paulo Jorge Moraes. *Os resíduos sólidos e sua significação frente ao impasse ambiental e energético da atualidade*. 2. ed. São Paulo: Dialética, 201.

FORATTINI, O.P. A saúde pública do século XX. *Revista Saúde Pública*, 34, 2005. Acesso em: 23 de agosto de 2011. Disponível em: http://www.scielo.hpdwscript=sci_serial&pid=0034-8910&ing=en&nrm=iso.

GARCIA, Emerson. O direito à educação a sua perspectiva de efetividade. In: GARCIA, Emerson (coord.). *A efetividade dos direitos sociais*. Rio de Janeiro; Lúmen Juris, p. 149-198, 2004.

GAVIÃO FILHO, Anízio Pires. *Direito fundamental ao meio ambiente*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 22.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: RT, 1990.

GRIGARAVICIUS, Maria Delia Pereiro de. *Dano Ambiental en el Medio Ambiente Urbano: Um Nuevo Fenómeno Económico en el Siglo XXI*. La Ley, Buenos Aires, 2001.

GUERRA, Sérgio. *Controle judicial dos atos regulatórios*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2003.

GULLETT, Warwick. The precautionary principle in Australia: policy, law & potencial precautionary EIAs, *Risk: health, safety & environment*, v. 11, p. 93-124, 2000.

HÄBERLE, Peter. *La libertad fundamental en el estado constitucional*. Tradução de Carlos Ramos. San Miguel: Pontificia Universidad Católica del Peru, 1997.

HABERMAS, Jürgen. *La ética del discurso y la cuestión de la verdad*. Tradução de Ramón Vilà Vernis. Buenos Aires: Paidós, 2006.

JORDANO FRAGA, Jesús, *La reponsabilidad de la administración com ocasión de los daños al médio ambiente*, en “Revista de Derecho Urbanístico”, nº 119, 1990.

KRÄMER, Ludwing. *Manuale di diritto comunitário per l' ambiente*. Milano: Giuffrè, 2002.

KRELL, Adreas J. *Discricionalidade administrativa e proteção ambiental: o controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais - um estudo comparativo*. Porto Alegre; Livraria do Advogado, 2004.

_____. *Desenvolvimento sustentável às avessas nas praias de Maceió\AL: a liberação de espigões pelo novo Código de Urbanismo e Edificações Maceió: EDUFAL, 2008.*

LAMY, Marcelo. Conceitos indeterminados: limites jurídicos de densificação e controle. *Revista Internacional d' Humanitats*, v. 11, p. 43-

58. CEMOrOCFeusp \ Núcleo de Humanidades ESDS \ Univ Autónoma de Barcelona, 2007.

LEUZINGER, Márcia Dieguez; CUREAU, Sandra. *Direito ambiental*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

LEITE, José Rubens Morato. Sociedade de risco e Estado. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (orgs.). *Direito constitucional ambiental brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. *Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

LEITE, José Rubens Morato; FERREIRA, Maria Leonor Paes Cavalcanti Ferreira. As novas funções do direito administrativo em face do Estado de Direito Ambiental. In CARLIN, Volnei Ivo (org.) *Grandes temas de direito administrativo: homenagem ao Professor Henrique Blasi*. Campinas: Millenium, 2009.

LENZA, Pedro. *Curso de direito constitucional esquematizado*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

LIMA, Luis Mario Queiroz. Lixo tratamento e biorremediação. São Paulo; Hemus, 2005.

_____. *Fundamentos constitucionais do processo: sob a perspectiva de eficácia dos direitos e garantias fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2002.

Lima, Francisco Gérson Marques de. *Fundamentos constitucionais do processo: sob a perspectiva de eficácia dos direitos e garantias fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2002.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Derecho Ambiental y Daño*. 1. ed. Buenos Aires: La Ley, 2009.

MACHADO, Paulo Afonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MAGALHÃES, Juraci Perez. *A evolução no direito ambiental no Brasil*. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998.

MANCUSO, Rodolfo e Camargo. *Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, patrimônio cultural e dos consumidores (Lei 7.347\85 e legislação complementar)*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MATIAS, João Luis Nogueira; BELQUIOR, Germana Parente Neiva. Direito, economia e meio ambiente: a função promocional da origem jurídica e o incentivo a condutas ambientalmente desejadas. *Revista Nomos*, Fortaleza, v. 27, p. 155-176, jul.\dez., 2007.

MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura de. *Meio Ambiente. Direito e dever fundamental*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 16. ed. São Paulo: RT, 2001.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Fundamentos de direito ambiental no Brasil. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 7, p. 170-179, 1994.

MIRANDA, Jorge, *Manual de direito constitucional*. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 2000.

MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente: a gestão ambiental em foco*. Doutrina, jurisprudência, glossário, 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. *Direito do Ambiente: a gestão ambiental em foco*. Doutrina, jurisprudência, glossário, 5. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2007.

MOLINARO, Carlos Alberto. *Direito ambiental: proibição de retrocesso*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional brasileiro*. 23. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2011.

MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da administração pública*. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2004.

MORAIS, Luís Carlos Siva de. *Curso de direito ambiental*. 2. ed. São Paulo. *Atlas*, 2006.

MOTA, Marcel. *Pós-positivismo e restrições de direitos fundamentais*. Fortaleza: Omni, 2006.

NATALE, Alberto A. *Protección del Medio Ambiente en la Reforma Constitucional*, La Ley, 1994-E, 1385 Sección Doctrina.

NEUFRAY, Jean-François. *Droit de l'environnement*. Bruxelles, Bruylant, 2001.

NUNES JUNIOR, Amandino Teixeira. O Estado Ambiental de Direito. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: Senado Federal, p. 295-307, a. 41. N. 163, jul.\ set. 2004.

PERRINI, Raquel Fernandes. A ação popular como instrumento de defesa ambiental. *Caderno de Direito Constitucional e Ciência Política*. São Paulo, p. 183-207, n. 11, abr.\jun., 1995.

PEREIRA NETO, J.I. Um Sistema interal de coleta, reciclagem e tratamento e destinação de resíduos sólidos urbanos. São Paulo: CEMPRE, 2006.

PIGRETTI, Eduardo A. *La responsabilidad por daño ambiental*, Centro de publicaciones Jurídicas y Sociales, Buenos Aires, 1981.

PIMENTA, Eduardo Salles. O ambiente e a legislação brasileira. In: ARAÚJO, Gisele Ferreira de (org.). *Direito ambiental*: São Paulo; Atlas, 2008.

POMPEU, Cid Tomarik. Regime jurídico da polícia das águas públicas. CTESB, 1989.

POVINELLI, J. BIDONE; F.R.A. Conceitos Básicos de Resíduos Sólidos. São Carlos: EESC\USP, 2005.

PRIEUR, Michel. *“Droit de l’environnement”*. Editorial Darloz, Paris, 1991.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Instituições de direito ambiental*. São Paulo: Max Limoad, 2002.

_____. Marcelo Abelha. *Elementos de direito ambiental: parte geral*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: parte geral*. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

RENASCIMENTO – Sociedade de recuperação e valorização de resíduos Ltda. Valorização. Acesso em: 13/11/2011. Disponível em: <<http://www.renascimento-residuos.pt/frames.htm>>.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *Constituição e meio ambiente na perspectiva do direito constitucional comparado*. In: SAMPAIO, José Adércio Leite, WOLD, Chris, NARDY, Afrânio. *Princípio de direito constitucional comparado*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

SANT'ANNA, Mariana Senna. *Planejamento urbano e qualidade de vida: da Constituição Federal ao plano diretor*. In: DALLARI, Adilson Abreu; DI SARNO, Daniela Campos Libório (coord.). *Direito urbanístico e ambiental*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

SANTOS, Fernando. *A efetividade dos direitos fundamentais sociais e controle das políticas públicas à luz da teoria dos princípios*. *Revista de Informação Legislativa, Brasília, a. 44, n. 175, p. 219-230, jul/set. 2007*.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SEARA FILHO, Germano. Apontamento de introdução à educação ambiental. Ambiente. *Revista Cetesb e tecnologia*, São Paulo, n. 1, [s\d].

SÉGUIN, Elida. *O direito ambiental: nossa casa planetária*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SICHES, Luis Recaséns. *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*. 2. ed. México: Porrúa, 1973.

SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. *Curso de direito constitucional positivo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009.

SOARES, Guido Fernando Silva. *Proteção internacional do meio ambiente*. São Paulo: Manole, 2003.

_____. Direito internacional do meio ambiente: emergência, obrigações e responsabilidades. São Paulo: Atlas, 2001.

STIGLITZ, Gabriel A. *Responsabilidad civil por contaminación del medio ambiente*, LL, A-78, La Rocca, Buenos Aires, 1983.

STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial - Doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2001.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Responsabilidade Civil*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

VILLANUEVA, Claudia. Derecho de acceso a la información ambiental, antecedentes internacionales y legislación nacional. In: DEVIA, Leila (coord.). *Nuevo rumbo ambiental*. Buenos Aires, Madrid: Ciudad de Argentina, 2008.

Villey, Michel. "Esbozo hitórico sobre la palabra responsable", en En torno al contrato, la propiedad y la obligación, Ghersi-Carozo, Buenos Aires, 1980.

ZANTA, Viviana Maria e Ferreira, Synthia Fantoni Alves. Gerenciamento Integrado de Resíduos sólidos Urbanos. Acesso em: 22\09\2011. Disponível em: <<http://www.ens.ufsc.br/labs/livro%20Prosab/cap01.doc>>.

ZEBALLOS DE SISTO, Maria C., *“El Orden Ambiental. Las de impacto ambiental en la ciudad de Buenos Aires, Ley 23”*, Lei 123, anexo, Ugerman, Editores, 1999.

WAINER, Ann Helen. *Legislação ambiental brasileira*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.