

Medidas reales en Derecho del ambiente I y II

Isabel de los Ríos¹

Introducción

La legislación ambiental apareció desde las primeras manifestaciones jurídicas, como puede verse en la antigua China, en el Egipto de los faraones o en las leyes de Platón. De manera más moderna puede apreciarse en el Medioevo europeo y en las leyes de Indias en América. Por su parte, el Derecho ambiental, como rama jurídica con objetivos, principios, teorías, doctrinas y jurisprudencia propios, es muy nueva; tiene poco menos de cuarenta años, contados a partir de 1972, año de la Conferencia Mundial sobre el Medio Humano, cuando el mundo entero experimentó un vuelco al tomar conciencia del peligro que encerraban las agresiones al ambiente. Ese tiempo ha sido suficiente para su desarrollo acelerado, pues el temor e inquietud provocados en todo el planeta por el uso indiscriminado de la naturaleza y su impacto en la seguridad y salud de la vida humana, y de toda forma de vida en general, ha llevado a la búsqueda de soluciones, entre las cuales ocupa lugar esencial el Derecho.

El Derecho ambiental es eminentemente preventivo, por lo que siempre se han privilegiado las medidas que tienden a evitar la producción de impactos al ambiente; hay que tomar en consideración que siempre se van a producir fallas, sea porque es imposible prever todas las situaciones, sea porque hay conductas voluntariamente infractoras. Pero no sólo se trata de pronunciarse sobre necesidad de las medidas represivas, sino también sobre su clase. Esas medidas, que intervienen después de la realización de una agresión al ambiente, deben tener, además del simple efecto punitivo, efectos reparadores y disuasivos, pues su objetivo no es únicamente castigar sino también restablecer el orden y desalentar agresiones futuras.

En lo que concierne al ambiente, la mayor parte de las medidas represivas utilizadas —que continúan siendo las clásicas, como privación de la libertad, penas pecuniarias o reparación civil por equivalentes—, tienen un carácter aflictivo y prácticamente ninguno restitutivo, pues al carecer de incidencias directas sobre el ambiente, mal podrían orientarse a la recuperación de las condiciones en que este se hallaría si el ordenamiento jurídico hubiera sido respetado; tampoco es coactivo, pues ellas son, en la mayor parte de los casos, desproporcionadas en relación al beneficio obtenido.

Por otra parte, las medidas, originariamente ligadas a la idea de castigo han evolucionado —y de modo destacado en Derecho ambiental—, de tal manera que presentan más un carácter de protección de las víctimas que uno punitivo del autor de la agresión. Así, además de una primera realidad —la protección del ambiente necesita medidas en caso de fracaso de la prevención—, se hace presente una segunda: esas medidas deben ser de tal naturaleza que garanticen la cesación de la agresión al ambiente, la eliminación de los efectos de la actividad degradante, si es que los hubo; y la convicción para el transgresor de que tiene interés en respetar la reglamentación. Luego, la eficacia del derecho del ambiente está basada en la aplicación de medidas capaces de prevenir las agresiones al mismo tiempo que de hacerlas cesar y reparar sus consecuencias una vez producido el daño.

Algunas de estas medidas se encuentran previstas en diferentes leyes y, sin embargo, no son aplicadas. De todas maneras, nada parece impedir, en caso de infracción, la utilización de algunas medidas reales, incluso en ausencia de ley expresa. Naturalmente, el estado actual de la legislación no es ideal, pero es necesario señalar que el retraso es

¹Profesora de Derecho Penal Ambiental de la Universidad Central de Venezuela.

todavía más importante en cuanto a la aplicación que en la redacción. Por supuesto, también está presente el problema de la poca evolución doctrinal a este respecto: ¿Qué es la compensación? ¿Qué la restauración? ¿Cuáles son sus características? ¿Son diferentes la compensación y el reordenamiento?

El problema se sitúa, entonces, por igual en el desconocimiento y falta de conceptualización respecto de tales medidas. Ello implica, en primer término, que en el momento de escoger sanciones, las preferencias se acentúan en las medidas tradicionales. En segundo término, lleva a la no ejecución de las medidas reales, si una decisión de este tipo es tomada no tanto por falta de medios jurídicos para hacerlas ejecutorias, sino principalmente por falta de voluntad política de actuar, y de medios de información que permitan pedir su ejecución. Esta es otra evidencia de la necesidad de esta ley especial que, indudablemente, arrastrará tras de sí estudios teóricos de apoyo.

Obviamente, existen medidas alternativas de carácter personal, algunas de las cuales son de indiscutible eficacia en el derecho del ambiente, como la publicidad de la sentencia no sólo impulsaría al responsable a cumplir su obligación, sino alertaría a los ciudadanos sobre el hecho, los incitaría a vigilar el cumplimiento de la reparación y favorecería su toma de conciencia, las prohibiciones para el ejercicio de profesiones, la inhabilitación para intentar nuevas solicitudes de aprovechamiento de los recursos naturales renovables por un período determinado, etcétera, y siempre será posible, dependiendo de cada caso, encontrar otras del mismo modo adecuadas.

Generalidades

Bajo el nombre genérico de “reales” he designado los tipos diferentes de medidas que tienen efectos directos sobre el objeto que sufre o causa la agresión, como la suspensión de actividades o destrucción de agentes contaminantes, por ejemplo. Las llamo medidas en sentido genérico, porque ellas pueden ser de policía —una medida de policía es la que se aplica para restablecer el orden público en este caso el orden público ambiental, aun en ausencia de infracción—, cautelares —preventivas que se aplican en el curso del proceso y se dan en sede administrativa o sede judicial—, pueden consistir en sanciones que se aplican al final del proceso o en medidas de seguridad, también al final del proceso, o, inclusive, pueden ser medidas para garantizar las resultas de un juicio.

Características

Para que resulten preventivas, al mismo tiempo que reparadoras y disuasivas, estas medidas deben tener repercusión directa sobre la cosa (suspensión de actividades o destrucción de agentes contaminantes, por ejemplo), por oposición a las medidas personales, con impacto únicamente sobre la persona o su patrimonio (privación de la libertad o multas, por ejemplo). Por tales razones las hemos denominado “reales” o “de carácter real”. Su finalidad reparadora es evidente, pues están dirigidas, lo que es de suyo, a la cosa lesionada, no al transgresor, y su finalidad disuasiva está ampliamente demostrada, aun cuando no fuera más que por el costo considerable que la aplicación de ellas significa para el destinatario.

Clasificación

He identificado tres tipos diferentes de medidas reales en función de sus objetivos prioritarios. Por supuesto, como toda clasificación, ésta corre el riesgo de ser arbitraria. Las medidas reales —y conservo siempre el término genérico— pueden ser

conservatorias, reparadoras y meramente punitivas. Estas últimas tienen una utilidad relativa para la salvaguarda del ambiente y, como ya hemos visto, corresponden a una idea ya superada del rol de las sanciones. Además, por no ser la punición el objetivo de las medidas de carácter real, las meramente punitivas son muy escasas. No obstante, entre ellas se encuentran la ocupación a tiempo determinado —cuando es a tiempo indeterminado, mientras dure el daño o riesgo de daño, son medidas conservatorias— y la suspensión de energía a fábricas o establecimientos.

Por dichas razones trataré sólo las dos primeras. No se trata de establecer primacía de alguna sobre otra, sino de demostrar tanto su especificidad como que, a pesar de resultar en ocasiones suficientes en sí mismas, esas medidas las más de las veces se complementan.

Las medidas conservatorias: destinadas a evitar la continuación de agresiones al ambiente

Su objetivo esencial es asegurar el cese de los daños y molestias o riesgos que de ellos se produzcan; en este sentido, podríamos llamarlas conservatorias: tienden a suprimir la causa de la agresión, a mantener el ambiente en el estado posterior a la agresión, sin permitir que empeore. Si resultó una lesión, esta medida no la reparará, pero evitará la agravación del deterioro o su aparición, si se trata de un daño inminente. Dicho esto, es fácil comprender que esas medidas deben ser tomadas en los espacios de tiempos más reducidos, contrariamente a lo que sucede con las reparadoras. En efecto, considerando su carácter de urgencia, la intervención inmediata es necesaria.

Eso conduce a otra característica: esas medidas, debido a la urgencia, tienen en principio un rol temporal —subsisten mientras dure el daño o el riesgo de daño— y tienden a incitar e incluso a forzar al agresor a adecuarse a las formalidades exigidas por las leyes y reglamentos, o permisos. Entonces, en la mayor parte de los casos son dictadas antes de las decisiones definitivas, decisiones que pueden, además de confirmar las medidas, completarlas con otras, subordinar su suspensión a la ejecución de ciertas prescripciones o condiciones o, en fin, cambiar su naturaleza transformándola en definitiva, como por ejemplo, la supresión de una instalación después de haber estado solamente suspendida.

La clausura y la supresión de instalaciones y establecimientos

La legislación venezolana, así como la de los diferentes países, no guarda unidad respecto al término; se observa “clausura de fábricas y establecimientos”, “clausura de aserraderos, hornos y otras instalaciones”, “clausura de locales”, “cierre temporal”, “cierre definitivo”, etcétera. Se puede decir que la clausura y la supresión de las instalaciones o establecimientos son la prohibición, ya temporal, ya definitiva, o la eliminación material de una instalación o establecimiento que presente riesgos o inconvenientes para el hombre o el ambiente, o que funcione violando disposiciones de protección de la naturaleza y del ambiente. La medida presenta, así, dos formas principales, de acuerdo a si es definitiva o temporal.

La clausura definitiva y la supresión

Ambas son medidas definitivas, pero mientras en la primera la instalación permanece, en la segunda se hace necesaria su eliminación, cuando su sola existencia, incluso inactiva, resulta perjudicial.

En algunas leyes sanitarias se puede observar dicha medida, tendiente a prevenir o a combatir agentes perjudiciales, ordenada como medida de policía. Se diferencian

de la imposición de sanciones porque el responsable es exhortado a cumplir determinados requisitos sanitarios en un plazo señalado, pero en la imposibilidad de cumplir con lo ordenado y a pesar de no haber lugar a las penas por no estar tipificado como delito o falta, se ejecutarán las medidas dictadas por el funcionario competente. La sanción es diferente porque no se conforma con el cumplimiento de lo pautado sino se le añade la disminución de un derecho o el aumento de una obligación. Sin que esta medida pierda su finalidad de evitar la continuación de un daño al ambiente, puede además constituir una sanción, cuando el hecho que la provoca ha sido una infracción. Pese a su oportunidad —al término del proceso— y naturaleza —se impone como producto de una infracción—, dado su finalidad —evitar las consecuencias perjudiciales del acto sancionado—, puede ser considerada una medida de seguridad.

La clausura temporal

La diferencia con la medida anterior no se limita al carácter temporal o irreversible de sus efectos. La clausura temporal es, en principio, menos severa, pero ella puede revelarse muy pesada para el infractor toda vez que en todos los casos donde la encontramos en los textos venezolanos no tiene duración precisa, siendo equivalente a la duración de la situación irregular. En seguida, la eficacia de la medida es garantizada por la colocación de sellos. Además, existe la obligación para el empresario de asegurar el pago de los salarios, indemnizaciones y remuneraciones a su personal durante toda la duración de la suspensión. Esa obligación evidentemente no existe en caso de supresión o de clausura definitiva, las cuales suponen el despido del personal. Se trata, entonces, de una medida persuasiva para el empresario, pues él tendrá todo el interés en conformarse a las prescripciones y hacer cesar el riesgo, o el daño, en los plazos más reducidos. Al igual que la anterior, puede ser dictada como medida de policía y como medida de seguridad.

La interrupción de actividades

La decisión más eficaz para impedir la ocurrencia de una molestia potencial o la prolongación de una ya existente es la detención de la actividad dañina. Esa detención puede obtenerse, como se vio, por el cierre o la supresión de la instalación fuente del daño. Pero hay casos en que por el hecho de las características especiales de la actividad, no hay instalación o establecimiento susceptible de ser emplazado para que normalice una situación fáctica o legal. En otras palabras, aunque quizá los efectos sean parecidos a la anterior, esta es una medida diferente, pues no existe una instalación sobre la cual dictar la medida. Será el caso, por ejemplo, de una cantera puesta a funcionar que viola las leyes o reglamentos, que es susceptible, en consecuencia, de causar un perjuicio al ambiente; o el caso de una construcción irregular en un parque nacional. En ese supuesto, aunque el objetivo sea el mismo, habrá un recurso diferente al cierre de establecimiento: la interrupción de las obras.

La semejanza de la interrupción de actividades con el cierre de la instalación se explica porque ambas se refieren a la interrupción de la actividad contaminante, a reserva de su más amplia extensión, pues suspensión puede ser aplicada a las construcciones, vertidos y operaciones en el agua, los trabajos de exploración, de explotación, de construcción, de caza, de deforestación, etcétera.

La ejecución forzosa de trabajos

Una de las medidas que se encuentra en casi todos los casos de agresión al ambiente es justamente la ejecución de trabajos, a fin de eliminar o de impedir molestias. Esa

ejecución puede ser ordenada por la autoridad administrativa o judicial y tiene como objetivo principal alertar al contaminador de buena fe y de incitarlo a hacer cesar las consecuencias lesivas de la actividad. Los textos que imponen la ejecución de determinados trabajos como medida conservatoria, son innumerables. El irrespeto a esa advertencia origina la mayor parte de las otras medidas, entre ellas la ejecución forzosa, tendiente a tornar efectivo dicho imperativo.

Resulta entonces más interesante limitarse a esa última situación, dejando también de lado la ejecución forzosa de obras que tienen por objetivo la reparación del daño —lo que veremos en las medidas reparadoras—, para únicamente examinar aquí aquella ejecución forzosa que tiene por objetivo el cese de la agresión.

La noción de ejecución de trabajos comprende toda una serie de labores que pueden consistir en la construcción o la demolición de las instalaciones, necesarias para eliminar la contaminación, en la instalación de filtros o dispositivos, o en la modificación o reparación de los ya existentes. Algunas disposiciones contemplan la constitución de fianzas a fin de garantizar la ejecución de los trabajos o el reembolso de los gastos causados en la ejecución de oficio. Esta medida, seductora en principio, presenta en realidad grandes dificultades de aplicación. Señalaré, en lo que concierne a las medidas conservatorias, que todo parece indicar que la administración no quiere, en general, asumir los riesgos que el industrial no quiso aceptar, sobre todo si las soluciones más simples del cierre de la fuente de contaminación o la interrupción de la actividad pueden ser utilizadas. La medida se practica muy poco, sin embargo, las dificultades para su realización no justifican su exclusión de las leyes y reglamentos.

La retención y destrucción de agentes peligrosos

Varias formas han sido acordadas legalmente para impedir la actuación nociva de determinadas sustancias, especies vegetales o animales, productos y bienes en general, de manera de anular o detener sus efectos contaminantes o destructores. En primer lugar, es preciso examinar las diferencias con el decomiso, utilizado como una pena de carácter personal, cuya finalidad es concretamente el castigo del responsable desde el punto de vista patrimonial, vale decir no se aplica como medida preventiva. El aseguramiento aparece, al contrario, únicamente como una medida de policía. Las diferencias son claras. Sería conveniente, aparte su naturaleza, señalar que el aseguramiento no comporta la transferencia al Fisco de las cosas objeto de la sanción, sino su posesión provisoria con la finalidad de su restitución a su tenedor, una vez sea cumplido el objetivo; su destrucción o neutralización, cuando es el único medio de conjurar el peligro, o su devolución al ambiente o a la persona a las cuales ellas pertenecen. Contrariamente al decomiso, que en principio tiene un carácter personal-patrimonial, salvo excepciones instrumentos de pesaje falsos, drogas, confiscación aduanera el aseguramiento tiene siempre un carácter real y su objetivo es alejar de la circulación algunas sustancias y objetos, cualquiera sea su tenedor o propietario.

La retención

La retención o aseguramiento es la colocación en mano de la justicia de los elementos de prueba descubiertos durante una pesquisa para su conservación y su presentación posterior delante de los jueces; puede tender también a hacer cesar un estado delictuoso aseguramiento de un arma cuyo porte es prohibido o, en ocasiones, ayudar a preparar un decomiso posterior por ejemplo en materia de aduanas, de cacería, de pesca, de infracciones económicas o de imitaciones fraudulentas y además, en materia ambiental, sirve para impedir la producción o propagación de una agresión al entorno y a restablecer el orden público.

La retención circunscrita a los bienes muebles se contempla en varias disposiciones; en algunas va acompañado de su destrucción y, sólo en algunas ocasiones, del tratamiento. Es de señalar que, aun cuando en algunos casos su origen es una acción ilegal, más que castigar la medida tiende a preservar el orden.

La ocupación

No obstante que se refiere fundamentalmente aunque no de manera exclusiva a los bienes inmuebles, en algunas legislaciones se podrá ver cuando los propietarios no cumplan en sus propiedades las disposiciones de la higiene pública o existan viviendas en condiciones de insalubridad, fuentes de agua contaminadas o cualquiera otras circunstancias que, a juicio de las autoridades sanitarias, puedan constituir una amenaza para la salud pública, o que sea preciso prevenir o extinguir una enfermedad, o combatir una epidemia.

Aunque aparece en diversas leyes venezolanas, no conozco interpretaciones doctrinales ni jurisprudenciales al respecto. No obstante, es una medida conocida y utilizada desde hace ya bastante tiempo con diversos objetivos, desde la defensa nacional y las calamidades públicas, hasta la elaboración de estudios y operaciones previas a la ejecución de obras de utilidad pública, tanto para bienes inmuebles como bienes muebles. Por ello considero que debe tratarse del apoderamiento de cosas, muebles o inmuebles, y aun del derecho a utilizarlas, total o parcialmente, siempre de manera transitoria para posteriormente ser destruidas, tratadas o neutralizadas, retornadas al ambiente o reintegradas a su poseedor o propietario legítimo, por la necesidad prioritaria de eliminar un peligro o de interrumpir un daño.

La destrucción como medida aislada

Si bien en la generalidad de los casos primero procede la retención de agentes presumiblemente contaminantes o contaminados, en casos donde obviamente resulta inútil o impracticable la ocupación previa se procede directamente a la medida de destrucción; por ejemplo, la extirpación de especies vegetales perjudiciales para la agricultura o la cría, la captura de los animales de caza prohibida cuando por razones de salubridad sea necesario controlar aquellos que se encuentren infectados o pudieran ser portadores de alguna enfermedad contagiosa, y cuando por razones de protección a la agricultura, a la cría y a las demás especies sea necesario eliminar algunos ejemplares.

Las medidas reparadoras: destinadas a atenuar las consecuencias de agresiones al ambiente

Estas medidas tienen como características comunes el hecho de estar destinadas a hacer desaparecer o, al menos atenuar, las secuelas de agresiones al medio ambiente o a conservarlo en el estado anterior a la agresión. En este sentido, podríamos llamarlas medidas reparadoras. Pero también tienen diferencias notables entre sí que las hacen autónomas y específicas. Así, la restauración procura la reparación del mismo ambiente deteriorado, respetando la vocación inicial, es decir, busca retornar lo dañado al estado más cercano al original, devolverle sus características originales; la conformación de los sitios y obras construidas de manera irregular, es decir, poner los sitios en un estado en que nunca estuvieron, pero conforme a las disposiciones legales; la compensación, o enriquecimiento de otros lugares vecinos a la zona intervenida cuando sea imposible restaurar el propio sitio; y el reordenamiento, esto es, la recuperación de la misma zona pero con otra vocación, cuando regresar a la inicial sea imposible.

La restauración

De las medidas reparadoras, esta es la que considero más seductora, pues representa los objetivos fundamentales del Derecho ambiental, es decir, la conservación del ambiente en su estado primitivo, tanto como sea posible. Pero en tanto que es la más ambiciosa, es también la medida que puede presentar más inconvenientes en lo que concierne a su realización. Asimismo, es la que presenta mayor variedad en cuanto a su forma jurídica.

Consiste en hacer desaparecer las consecuencias de una agresión ambiental, devolviéndole sus características originales al ambiente, una vez cesada la acción lesiva. Normalmente, la palabra restauración designa la acción de regresar algo a su estado primitivo. En los diccionarios jurídicos de lengua española no aparecen asociadas al Derecho ambiental ni reposición ni restauración. Pensamos que es este último término el que ha logrado un mayor peso en la legislación ambiental y en las materias ambientales en general, pues el primero está muy ligada al Derecho procesal. El término debe ser entendido muy ampliamente, de lo contrario la medida será reducida al punto de ser inexistente porque, toda vez que pretender retornar un ambiente perturbado a sus características originales y solamente éstas, será en la mayor parte de los casos técnicamente irrealizables, y en todos los casos, ecológicamente discutible. Así parece entenderlo el legislador.

También se debe considerar que es necesario incluir en la noción de restauración la supresión, extirpación, destrucción y remoción de obras, rejas, plantaciones, ruinas o publicidad, términos de los que se ocupan diversos textos legales. Ello porque, aun si en ciertas ocasiones es necesario hacer algunos trabajos complementarios, en la mayoría de los casos esas labores constituyen en sí mismas un retorno a la situación inicial, no obstante que las expresiones utilizadas se encuentren tan alejadas. La demolición se encuentra en una situación parecida, no constituye una medida autónoma. O es parcial, en cuyo caso se tratará de una conformidad a los reglamentos (ver *infra*) o es total, porque se tratará de una restauración o una medida previa a una de las mencionadas, la conformidad o la restauración. De existir excepciones, ellas no podrían justificar las tesis de una medida diferente. De todo esto se puede concluir que se trata de una medida de carácter real tendiente a restablecer un ambiente dañado a su estado original, a reducir a niveles soportables las consecuencias de una actividad dañina o aun a rehabilitar los sitios, haciéndolos quedar como estaban antes de la agresión ecológica, lo que permitirá su reutilización y conservación del ecosistema original.

Ya se señaló que la restauración del ambiente debe ser aceptada en un sentido amplio, el restablecimiento exacto al estado original no puede pasar de ser sino una abstracción legal. Esto es así por más de una razón. Abordaré las que interesan de la concepción misma de la medida: las limitaciones de orden ecológico y las de orden económico.

Esto conduce a considerar las nociones de restauración razonable y de costo sensato. La primera implica la aceptación de un residuo tolerable de consecuencias del daño imposible de eliminar por razones técnicas o ecológicas. Se trata de una imposibilidad material, no de evitar el daño, como en el caso del daño tolerable, sino de eliminar sus consecuencias. No quiere decir que si esos medios no existen, el responsable del daño quede impune, sino que otras medidas deberán aplicarse, pero tomar en consideración estos hechos tornará la medida más viable y más realista. También implica que en caso de posibilidad de regeneración natural, la medida de restauración sea desechada.

La noción de restauración razonable tiene así en cuenta los límites biológicos, la posibilidad de regeneración natural del medio deteriorado y de las disponibilidades de información y de tecnología; la de costo razonable, de la equidad del saldo balance ambiente-agresor y de la rentabilidad de la medida relación costo-resultado.

La conformidad de sitios y obras con los actos administrativos

Esta medida consiste en ajustar las construcciones y trabajos en general, y los sitios donde fueron efectuados, mediante las modificaciones pertinentes a las condiciones estipuladas en los reglamentos, ordenanzas, autorizaciones y contratos, cuando aquellos hubieran sido ejecutados irregularmente. La conformidad es normalmente ordenada en la ejecución de obras que no cumplen las disposiciones de un permiso previo, y, excepcionalmente, en ausencia de permiso, cuando las prescripciones a cumplir están contenidas en las disposiciones generales como aquellas referentes a la utilización del suelo.

Otro problema se presenta cuando, por razones técnicas, una demolición previa es necesaria para poner en conformidad una construcción. Pero esa es una cuestión que escapa a las consideraciones legales. Lo que se quiere señalar es que el juez puede limitarse a exigir la conformidad. Corresponde al responsable escoger el método a emplear, pues, evidentemente, es el que tiene interés en que sea el menos oneroso.

El saneamiento y la reordenación

A pesar de que estas medidas no permiten el restablecimiento de los sitios de acuerdo a su destinación inicial, jugarán un rol muy importante cuando la recuperación total o parcial de un ecosistema dañado parezca imposible desde el punto de vista técnico, porque sus características esenciales fueron destruidas de manera irreversible. Frente a la destrucción de un medio natural sin posibilidades de renovación, la reconstitución de un medio diferente, pero con un valor ecológico al menos equiparable al destruido, se presenta como necesario. Hay dos medidas que responden a esta necesidad, las que he considerado conveniente tratar juntas, toda vez que no presentan mayores diferencias desde el punto de vista legal.

El saneamiento u ordenación consiste en labores tendientes a disminuir el aspecto caótico de ciertas explotaciones, especialmente las mineras, o a devolver al suelo algunas de las características que fueron afectadas con las explotaciones, para permitir un uso posterior con otros fines, eliminando los peligros eventuales, no ya al ambiente sino al ser humano directamente.

La reordenación, que es un grado más adelante, está conformada, una vez saneado y ordenado el terreno, por las labores que efectivamente producen una modificación en la destinación inicial del suelo. En la mayor parte de los casos, las obras de reordenación consisten en la recuperación de espacios de recreo y reposo, como jardines, terrenos de deportes, estanques de pesca y de natación, pero ofrecen posibilidades más diversas como la reforestación, estanques de sedimentación o de depuración de aguas, reservorios de aguas o áreas de piscicultura.

La compensación

Esta forma de reparación supone, en mi opinión, un daño admitido es prevista únicamente en los casos de permiso o autorización, permanente en un daño temporal procedería la restauración o el reordenamiento y tolerable lo contrario no pudiera encontrar su origen en un acto administrativo incontestable. Amén de las causas la restauración puede ser también consecuencia de daños ilícitos, esta medida se diferencia de la restauración por el hecho de que, mientras esta última tiende a reparar el mismo

lugar una vez que el daño ha cesado, la compensación busca reducir las consecuencias nefastas del daño cuando el atentado es imposible de revertir, ofreciendo, como contrapartida, la recuperación de terrenos vecinos, a fin de que la situación ambiental en sentido amplio sea, al menos equivalente a aquella que existía antes de la modificación del ambiente.

Dicha medida está constituida por los trabajos hechos por el responsable de una agresión tolerada o autorizada, en las cercanías del lugar modificado o a modificar, con el objetivo de disminuir los efectos dañinos, substituyendo el bien destruido o inutilizable desde el punto de vista del ambiente, por otros que le sean equivalentes. Se podrían imaginar medidas compensatorias negociadas entre los contaminadores y las víctimas, pero la exigencia de la compensación debe tener una base legal.

Conclusiones

El Derecho puede ser producto o factor de cambio. Es preciso dar un vuelco en la promulgación, aplicación y estudio de las normas específicas del Derecho ambiental, pues aun cuando éste se nutre de principios del derecho común, es mucho más que un farrago de dichos principios porque está basado en perspectivas y objetos propios y característicos.

En la adopción de medidas diferentes cuyos efectos recaigan sobre el objeto del daño y no sobre el causante del daño, está el futuro del derecho del ambiente, pues la simple transposición de las soluciones del daño general al daño ecológico se reveló insuficiente. A un nuevo daño corresponden nuevas soluciones. Es necesario respetar la especificidad del problema ambiental creando normas adecuadas y que se correspondan con la evolución del Derecho ambiental.

PREGUNTAS Y OBSERVACIONES A LA CONFERENCISTA

Pregunta: En Costa Rica, por ejemplo, los mecanismos de sanciones se utilizan casi siempre como labores de policía, o medida cautelares preventivas, en etapas iniciales del proceso penal. ¿Por su conversación se está visualizando la propuesta de que este tipo de medidas sean utilizados en otro momento procesal?

Respuesta: Por supuesto, por eso les decía que no hablaba de sanciones reales, ni de medidas de policía reales. Hablo de medidas en general, que es el nombre genérico, porque pueden ser de cualquier tipo. Usted puede clasificar los bienes de distinta manera: fungibles, no fungibles, públicos y privados, muebles o inmuebles, y siempre serán los bienes. Tenemos, por un lado, las medidas que pueden ser de policía, cautelares, para asegurar la ejecución de la sentencia, de seguridad y pueden ser sanciones propiamente dichas.

Una medida de seguridad se aplica, igual que la sanción, al final del proceso porque es substitutiva de una sanción en el caso de los sujetos peligrosos inimputables, a los que no se les puede imponer una sanción. No se define con relación al daño o a la magnitud de la acción del delito, al contrario, tiene que ver con la magnitud de la peligrosidad del agente; si es un homicidio, a una persona imputable se le aplicará una sanción de acuerdo a la gravedad de ese delito. Pero, también, se tiene que aplicar al final del proceso porque no se puede saber antes si la persona es imputable o no.

Tenemos un gran abanico de posibilidades y si se aplica en el caso de ausencia de infracción, por ejemplo, en el caso de una central nuclear o una central eléctrica en riesgo, que, teniendo todos los permisos y la documentación en regla, se encuentran en peligro de explotar. Si el Estado tiene conocimiento del asunto puede intervenir,

sin alterar el Estado de Derecho. También en el caso de una casa en ruinas, el Estado debe intervenir antes de que se derrumbe. En todos estos casos son medidas reales, es decir, a nadie se le impone alguna multa, no se le encarcela, e, incluso, se aplican antes del proceso. Pueden ser aplicadas antes, como las medidas de policía, y también como medida de seguridad, al final de la sentencia.

Pero eso no impide que se impongan en otro momento. Más aún, casi siempre las medidas reales se aplican en la sentencia definitiva o se aplican en el transcurso del proceso como medidas cautelares que luego son confirmadas en la definitiva. Del mismo modo, pueden dictarse en el proceso y suspenderse cuando se subsanen las causas que las originaron.

Pregunta: Con respecto a la valoración del daño ambiental y su posterior fijación de indemnizaciones para volver las cosas al estado anterior, en Argentina, la autoridad ambiental debe hacer la valoración del daño y posteriormente fijar montos, diferente a la multa, para volver las cosas al estado anterior. En Colombia, a nivel judicial, se puede presentar una acción de grupo o de clase para lograr la indemnización de daños a particulares, en su patrimonio etcétera y, paralelamente, se puede iniciar una acción popular para buscar la indemnización al daño causado al derecho colectivo como tal. No obstante, a nivel administrativo existen muchos problemas para lograr la fijación de la indemnización. Se está trabajando en un proyecto de ley para reformar el proceso sancionatorio. Me gustaría saber cómo se lleva a cabo esto en Argentina.

Respuesta de Néstor Cafferatta: Creo que es un resabio que proviene del Derecho administrativo pensar que el sistema de responsabilidad de tipo contravencional o de faltas se agota en una sanción, como la multa, la cancelación de una inscripción, o bien la inhabilitación, la revocación del permiso o la clausura. Digo esto porque cuando la infracción es a las normas ambientales y esa falta, a su vez, conlleva una situación de daño ambiental, en realidad, la administración pública debería ser la primera en exigir la recomposición o el restablecimiento del bien jurídico tutelado, en este caso el ambiente, que aparece dañado frente a una conducta, por acción u omisión injusta y que, a su vez, constituye una infracción a las normas administrativas.

El Derecho ambiental es un derecho de naturaleza multidisciplinaria, horizontal, transversal, que además de ser autónomo, es heterónimo porque tiene múltiples fuentes de aplicación, entre otros, el Derecho administrativo. El Derecho ambiental conlleva un mandato implícito de orden público, algo así como el “estado socio ambiental del derecho” o un estado ecológico de derecho, como lo llama la doctrina alemana, que contiene mandatos imperativos que deben ser observados, en primer lugar, por el Estado. El Derecho administrativo es, en realidad, la disciplina más fuerte del Derecho ambiental. Ahora, cuando falla el Derecho administrativo, vale decir cuando éste no actúa correctamente, se judicializa la cuestión ambiental.

Si el Estado agota su accionar en el ámbito del poder de policía, en el de lo cautelar, de la prevención o en el de la sanción, sea multa, sea clausura u otras sanciones clásicas del Derecho administrativo, y obvia la cuestión de recomponer el daño ambiental, de establecer los mecanismos de restablecimiento del ambiente deteriorado por la actividad o por la conducta del particular o bien, incluso, de un organismo público, en infracción a las normas administrativas, nos encontramos frente a una actuación defectuosa del Estado. En la jerarquía de las normas que se deben aplicar, la primera es la Constitución política que es la que mandata al Estado a proveer la defensa del medio ambiente. Considero que, una vez ocurrido el daño ambiental, volver las cosas al estado anterior, es un mandato de orden público que recae, fundamentalmente, sobre las autoridades.

El Estado, por vía administrativa, está en condiciones y debe tornarlo operativo o efectivo como directiva necesaria, objetiva de responsabilidad en la materia. No debe esperar que sea la justicia —en el caso de la legislación colombiana por vía de la acción popular o en el de la legislación argentina por vía de una acción de daños y perjuicios o incluso por una vía de acción de amparo— la que termine ordenando, con todo el costo que ello significa

En Argentina se sigue aplicando el Derecho administrativo clásico. No existe todavía una cultura jurídica que asimile que la autoridad administrativa puede y debe implementar los mecanismos de recomposición, de reparación en especie o de restauración en especie, por vía administrativa.

Observación: Me gustaría precisar que en Brasil hay, incluso previsto expresamente en la Ley de Crímenes Ambientales, sanciones para las personas jurídicas o la suspensión de actividades. En este sentido, es importante que los jueces y fiscales sean sensibilizados, que cuando un dicten una condena, en una sentencia por crimen ambiental, que la suspensión de actividades degradatorias o la reparación del daño causado no sea la única medida que se aplique, porque ese trata de una responsabilidad de orden civil. Por lo tanto, debe haber una suspensión de otras actividades, además de la que causó el daño, a manera de sanción. Quizá, una mejor alternativa sería aplicar otras sanciones tales como prestación de servicios con costeo de proyectos ambientales o manutención de espacios públicos.

Respuesta: En Cuba la justicia penal en materia ambiental todavía no está tan desarrollada como en otros países. Una particularidad que tiene legislación cubana es que la multa no es la sanción principal; se puede aplicar de manera independiente o conjunta con las otras medidas previstas en la legislación y que, además de aplicarse a las personas naturales todas las medidas, también son aplicables a las personas jurídicas.

Observación: En Venezuela la dinámica en materia ambiental es más amplia por la vía administrativa que por la jurisdiccional. El Ministerio del Ambiente es el que atiende estos asuntos. Existen diversas sanciones, las cuales pueden limitarse sólo a una multa.

En la Ley Orgánica del Ambiente se plantean medidas accesorias a la sanción que tienen carácter obligatorio para el juez, quien debe, al momento de imponer la sanción, tomar en cuenta todo ese conjunto de medidas y, por supuesto, también debe responder en caso de haber omitido, voluntaria o involuntariamente, la aplicación de cualquiera de esas medidas, incluso aquellas que pretenden hacerle el seguimiento a la actividad para ver si efectivamente se recuperó o no el daño ambiental.