

## Brasil: la alarmante deforestación del Amazonas y el riesgo de la privatización de los parques nacionales

SANDRA AKEMI SHIMADA KISHI \*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. LA DEFORESTACIÓN EN LA AMAZONIA: LOS DESAFÍOS ACTUALES DE LAS AUDIENCIAS PÚBLICAS EN EL SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 3. LA PRIVATIZACIÓN DE LOS PARQUES NACIONALES Y LOS BOSQUES FRENTE A LA LEY DE PAGO POR SERVICIOS AMBIENTALES. 4. EL DERECHO AMBIENTAL DE LAS CATÁSTROFES EN BRASIL, LA RESPONSABILIDAD POR INCUMPLIMIENTO Y EL NUEVO PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN. 5. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: Se abordan los principales desafíos actuales del derecho ambiental brasileño: el Amazonas y el avance de la deforestación, el proceso iniciado en 2020 de privatización de los parques nacionales y de los bosques, y la tendencia de los Tribunales a reconocer una responsabilidad objetiva anticorrupción en el derecho de catástrofes ambientales.

---

\* Fiscal Regional de la República, Máster en Derecho Ambiental, Coordinador del Proyecto de Calidad del Agua (2015-2017) y del Proyecto de Conexión del Agua (2017-2021), ambos de la 4ª Cámara de Coordinación y Revisión del Ministerio Público Federal; Vicepresidente de ABRAMPA - Asociación Brasileña de Miembros del Ministerio Público Ambiental y Coordinador de la SG-Ministerio de Valoración del Daño Ambiental del Consejo Nacional del Ministerio Público. Profesor de Derecho Ambiental en el curso de postgrado en Derecho Ambiental de la UNIMEP - Universidad Metodista de Piracicaba (2001-2011), asesor pedagógico de los cursos a distancia de Derecho Ambiental de la Escuela Superior del Ministerio Público Federal; miembro del Grupo de Trabajo Comunidades Tradicionales de la 6ª Cámara de Coordinación y Revisión del Ministerio Público Federal y observador en representación del Ministerio Público Federal en el Consejo de Gestión del Patrimonio Genético del Ministerio de Medio Ambiente.

**ABSTRACT:** In this study, the main current challenges of Brazilian environmental law are addressed: the Amazon and the advance of deforestation, the process initiated in 2020 to privatize national parks and forests, and the tendency of the Courts to recognize an objective anti-corruption responsibility in the environmental catastrophe law.

**PALABRAS CLAVE:** Deforestación. Amazonía. Privatización de parques nacionales. Pagos por servicios ambientales. Responsabilidad ambiental anticorrupción.

**KEYWORDS:** Deforestation. Amazon. Privatization of national parks. payments for environmental services. environmental anti-corruption liability.

## 1. INTRODUCCIÓN

El artículo aborda tres retos actuales del derecho ambiental brasileño: el Amazonas y la necesidad de detener su deforestación; el problema estructural de la ausencia de gobernanza participativa y de órganos colegiados paritarios en el proceso de privatización de los parques nacionales y de los bosques, con comentarios sobre la ley de pago por servicios ambientales (Ley 14119/2021); y la responsabilidad objetiva anti-corrupción en el derecho de catástrofes ambientales que surge como una nueva tendencia, invocando ante el Poder Judicial el nuevo principio de precaución o el principio de control de riesgos.

La selva amazónica es uno de los cinco ecosistemas clasificados por la Constitución de la República Federal de Brasil como patrimonio nacional (junto con el Bosque Atlántico, la Sierra del Mar, el Pantanal de Mato Grosso y la Zona Costera: artículo 255).

Esto significa que su importancia se extiende más allá de la esfera regional, y que debe ser preservada en interés de toda la nación brasileña. La Ley Nacional de Política Ambiental, la Ley 6938/1981 fue visionaria en este sentido, al establecer, desde 1981, que el Estado debe garantizar una adecuada gestión de las políticas públicas, basada en la protección ambiental y en la gobernanza para la sostenibilidad, en aras de un medio ambiente equilibrado y de una calidad de vida saludable. Esta ley pone especial énfasis en el papel del Estado em cuanto responsable de la planificación y de la gestión de las políticas ambientales mediante una acción proactiva y supervisora, basada en la precaución, la prevención y la represión.

Ahora bien, si continua el proceso iniciado de permitir proyectos extractivos en la región amazónica y de privatizar los parques nacionales y los bosques, sin planificación ni participación social y sin gestión ni control de los riesgos ambientales, no solo se pone en peligro su existencia ecológicamente equilibrada, sino también todo el ciclo hidrológico y el régimen especial de lluvias en los ecosistemas adyacentes al amazónico. Las leyes federales, estatales y municipales infraconstitucionales no pueden permitir o facilitar la deforestación, por lo que podrá ejercitarse la Acción Directa de Inconstitucionalidad, (MACHADO, 2020, 1244).

## **2. DEFORESTACIÓN DEL AMAZONAS: DESAFÍOS ACTUALES Y AUDIENCIAS PÚBLICAS EN EL SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

El aumento de la deforestación, la extinción de los espacios de participación social y las catástrofes ambientales en Brasil han dado lugar a litigios y a la interposición de demandas en los tribunales con solicitud de medidas cautelares. Han tenido así lugar audiencias públicas judiciales, acogiendo la participación de la sociedad con el fin de proporcionar una justicia socioambiental efectiva.

La Ley Nacional de Política Ambiental de Brasil citada constituyó un hito en la evolución de la protección jurídica de todos los elementos que integran el medio ambiente, estableciendo la necesidad de que se aborde con una visión global e integrada. La Ley destaca la necesidad de coordinar las políticas de conservación de la naturaleza, desde el ámbito local hasta el desarrollo de programas de conservación a nivel nacional e internacional. Desde 1970, el Programa sobre el Hombre y la Biosfera de la UNESCO integra las Reservas Mundiales de la Biosfera en una red de áreas protegidas, a la luz de los diferentes ecosistemas del planeta, responsabilizando a los países que las proponen de conservarlas y de promover en ellas un desarrollo ecológicamente sostenible, a nivel social y cultural y con el apoyo logístico a la investigación, la educación y la vigilancia del medio ambiente.

La Ley de Política Ambiental Nacional y la Ley del Sistema Nacional de Unidades de Conservación de Brasil son dos normas que dotan de principios generales al derecho ambiental y que exigen al Estado Democrático Ecológico de Derecho que asuma nuevas finalidades de protección de la naturaleza mediante una gestión integrada de sus elementos. Al fin y al cabo, según WINTER (2009, p. 21) la propuesta de sostenibilidad se traduce en el concepto de integración.

Las recientes leyes promulgadas en Brasil, como el nuevo marco jurídico del saneamiento, la ley 14026/2020, que modificó la ley brasileña de Política Nacional de Saneamiento (ley 11445/2007) y la ley 14119/2021 (artículo 4, párrafo 1) de pago por servicios ambientales, prevén una debida articulación de las políticas de gestión, mediante la integración de las políticas de desarrollo urbano y regional, de vivienda, de lucha contra la pobreza y su erradicación, de protección del medio ambiente, de promoción de la salud, de los recursos hídricos y de otros intereses sociales relevantes, destinados a mejorar la calidad de vida. El nuevo marco jurídico del saneamiento también prevé la debida compatibilidad de los distintos planes ambientales y de recursos hídricos con el plan de saneamiento y el plan director.

Desde la década de 2000, los datos de teledetección proporcionados por el Instituto Nacional de Investigaciones Espaciales (INPE) demuestran que la adscripción de áreas públicas del Amazonas a Unidades de Conservación (UC) y a Territorios Indígenas (TI) ha conseguido reducir el riesgo de deforestación. De este modo, los TI y las UC han pasado a entenderse no sólo como reservas de recursos naturales y formas de reconocer los derechos de los pueblos indígenas, sino también como barreras activas contra la deforestación. Por esta misma razón, la nueva ley de pago por servicios ambientales parte del reconocimiento de la importancia ecológica de la zona como criterio prioritario, otorgando especial relevancia los servicios prestados por los pueblos indígenas y las comunidades tradicionales.<sup>1</sup>

Las reservas de la biosfera del Amazonas ponen en valor el factor cultural en la conservación de la naturaleza, los pueblos tradicionales de la selva amazónica, el ecosistema de megabiodiversidad de su suelo mineralizado, el clima con su peculiar régimen de lluvias y su ciclo hidrológico, que justifican además un modelo de consejos consuetudinarios-tradicionales, como verdaderos "tribunales tradicionales", a semejanza de los existentes en España (reconocidos por el artículo 125 de la Constitución Española).

La deforestación acumulada en los meses que van de agosto de 2019 a mayo de 2020 en la región del Amazonas fue un 72% superior a la registrada en el mismo periodo del año anterior (según datos del Sistema de Detección de Deforestación en Tiempo Real -DETER, del INPE- Instituto Nacional de Investigaciones Espaciales-).<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> Brasil. Lei 14.119./2021, artículo 6, párrafo 2.

<sup>2</sup> [Pesquisadores temem explosão de desmatamento em 2020](#)

En el Supremo Tribunal Federal se sigue un procedimiento de la Acción Directa de Inconstitucionalidad por Omisión (ADO) n. 59<sup>3</sup>, que tiene como objeto dilucidar la posible responsabilidad por la suspensión del Fondo Amazónico<sup>4</sup>, y la juez Rosa Weber convocó una audiencia pública en la que se presentó un estudio científico llevado a cabo por un equipo académico de reconocidos investigadores (Rajão, Soares-Filho y Hoff, 2020, p.1-34 ), que proporcionó datos relevantes sobre la deforestación en la Amazonía, entre los que se encuentran que en 2003, antes del inicio Plan de Acción para la Prevención y el Control de la Deforestación en Amazonas Legal (PPDCAm), había un total de 86 unidades federales de conservación en la Amazonía Legal, que sumaban 36,4 millones de hectáreas.

De hecho, desde la década de 1970, el Gobierno Federal de Brasil había creado grandes unidades de conservación como parte de la planificación territorial del Amazonas. En un principio, el objetivo principal era garantizar el uso racional de los recursos naturales, en particular la tala sostenible, además de mantener las zonas bajo autoridad pública para la futura exploración de minerales.

De acuerdo con el citado estudio técnico presentado en la audiencia pública en el Supremo Tribunal Federal, en 2019 el gobierno actual, dejó de crear Unidades de Conservación federales en el Amazonas Legal, en contra de las metas establecidas para 2019.

En la actualidad, los territorios indígenas del Amazonas abarcan 106 millones de hectáreas y muchos de ellos también se enfrentan a la deforestación, convirtiéndose en verdaderas islas de bosques en medio de zonas convertidas y ocupadas por la agricultura y la ganadería, como ocurre en el caso del Parque Xingu.

Desde el concepto de sostenibilidad del Informe Brundtland (1987), la relación intrínseca entre la selva amazónica y el equilibrio climático del planeta ha sido cada vez más evidente y en Brasil su conservación se ha convertido en un factor crucial para la economía, debido a la necesaria gestión de los riesgos ASG (ambientales, sociales y de gobernanza), como condición para los contratos de financiación e inversión<sup>5</sup>. La creciente deforestación del Amazonas opera de manera decisiva en el régimen de lluvias, incluso en otros ecosistemas y en otras regiones geográficas,

---

<sup>3</sup> [Brasil. Supremo Tribunal Federal, Juez ponente Rosa Weber](#), Proceso electrónico accesible en internet.

<sup>4</sup> El Fondo Amazónico (FA) procede de donaciones realizadas por el Gobierno de Noruega, con participación también de Alemania y de la empresa Petrobras, a un fondo gestionado por el Banco de Desarrollo de Brasil (BNDES).

<sup>5</sup> [Five ways boards can unlock ESG's strategic value](#)

apreciándose la delicada relación existente entre los fenómenos atmosféricos, conocidos como “ríos voladores”<sup>6</sup>, la preservación de los bosques y los indicadores de lluvia de otras regiones que rodean el ecosistema amazónico (NOBRE, 2014).

Sin analizar estos riesgos y costos sociales, ambientales y económicos a nivel de evaluación de impacto normativo antes de adoptar la decisión política de la privatización masiva de parques nacionales y bosques, los poderes públicos, además de incumplir lo dispuesto en las leyes<sup>7</sup>, pueden provocar pérdidas sociales, ambientales y económicas inestimables. La huida de la internalización de costes con la gestión de riesgos, el incumplimiento en la gestión de riesgos y la falta de inspección en las unidades de conservación, carentes de participación, transparencia y control social, perjudicarán el pago de los servicios ambientales.

La deforestación en el Amazonas es también resultado de la propia dinámica de invasión y regularización de tierras públicas mediante leyes de regularización de tierras ocupadas.

El panorama de la creciente deforestación en el Amazonas puede empeorar ante los riesgos asociados a la quema, a la minería ilegal, a la tala depredadora, a la “narcoeconomía”, el contrabando de armas y de materiales vivos de la flora y la fauna (HOMMA, MENEZES, SANTANA y NAVARRO, 2020, p. 24).

Todas estas circunstancias proporcionan una visión exacta del contexto de las causas y de las consecuencias de la deforestación en la Amazonía, que están siendo evaluadas por el Supremo Tribunal Federal, mediante de audiencias públicas judiciales, y con la difusión de la participación social a través de la figura del *amicus curiae*.

---

<sup>6</sup> Según Nobre, el fenómeno de los ríos voladores formados por la selva amazónica es “la razón por la que la parte sur de Sudamérica, al este de los Andes, no es desértica, como las zonas de la misma latitud, al oeste de los Andes y otros continentes”. La selva amazónica no sólo mantiene el aire húmedo para sí misma, sino que exporta ríos aéreos de vapor que transportan el agua para las abundantes lluvias que riegan regiones lejanas en el verano hemisférico.

<sup>7</sup> Brasil. Ley 13.848, de 25 de junio de 2019, Decreto 10.411, de 30 de junio de 2020.

### **3. LA PRIVATIZACIÓN DE LOS PARQUES NACIONALES Y LOS BOSQUES A LA LUZ DE LA LEY DE PAGO POR SERVICIOS AMBIENTALES**

Según el artículo 225, § 1, III de la Constitución Federal brasileña de 1988, los poderes públicos son responsables de delimitar los espacios territoriales y sus elementos que han de ser especialmente protegidos y cuya alteración y supresión sólo se permite por ley, quedando prohibido cualquier uso que comprometa la integridad de las cualidades que justifican la protección. Los parques nacionales se califican como espacios territoriales especialmente protegidos.

Los parques nacionales son espacios territoriales especialmente protegido, según el artículo 225, párrafo 1, III, de la Constitución Federal, con un plan de gestión de máxima restricción del uso sostenible de la diversidad de su ecosistema.

Por ello, al abordar la cuestión de la privatización de la gestión de un parque nacional o de una unidad de conservación de protección integral, ha de considerarse si, al estar sujetos a un régimen jurídico de interés general, no cumplirán mejor sus objetivos mediante la gestión pública. Ello es así porque en los parques nacionales y los bosques protegidos por un régimen jurídico especial, los objetivos son de interés público, centrados en la conservación de los servicios ecológicos y de los valores de uso indirecto conferidos por la naturaleza, como los relativos al ciclo hidrológico (recarga de acuíferos y control natural de la regulación de fenómenos climáticos extremos, sequías o inundaciones, la seguridad alimentaria, la seguridad energética, la seguridad del agua y la protección del suelo y la purificación del aire atmosférico).

Por ello, sin una adecuada planificación mediante una gobernanza pública que respete los alineamientos y estándares internacionales, la privatización de los parques nacionales en los mercados de capitales para los inversionistas internacionales corre el riesgo de convertirse en un cheque en blanco, si no se internalizan los costes de conservación de los servicios ecosistémicos y del ciclo del agua, así como los costes de control del riesgo ambiental, evitando que la sociedad termine cargando con las pérdidas y los daños derivados de la omisión de la conservación de la naturaleza, la necesaria inspección y vigilancia en los parques nacionales y bosques.

En esta coyuntura, la nueva ley brasileña de pago por servicios ambientales establece como objetivo el incentivo de incorporar la medición de las pérdidas o ganancias de los servicios ecosistémicos en las cadenas productivas de las empresas (punto XII del artículo 4, Ley 14119/2021). El

hecho es que antes de cualquier iniciativa de asociación público-privada en una unidad de conservación totalmente protegida, la asunción de una gestión privada debe ser precedida por un análisis de riesgos socioambientales y ambientales, un plan de salvaguardias socioambientales, una evaluación de riesgos ambientales y audiencias públicas para la discusión y comprensión de toda la gama de complejidades propias de cada ecosistema.

Las alianzas público-privadas exigen una gestión compartida, previamente planificada y mediante un reparto de responsabilidades y competencias para un efectivo control de riesgos y para su control social. Por otra parte, es cuestionable sobre qué bases o cláusulas empresariales un contrato de gestión de carácter privado de un parque nacional se guiará por el deseado equilibrio ambiental y económico-financiero, que responda a los principios ambientales, orientado a los objetivos de desarrollo sostenible, con la conservación de la biosfera como factor predominante.

En este contexto, a la luz de las disposiciones legales de la reciente ley sobre pagos por servicios ambientales en Brasil (Ley 14.119/2021), surgen algunas preguntas:

- a) ¿Cómo garantizarán los contratos de financiación o inversión, a la luz de las normas de los convenios y tratados internacionales, y en las normas internas, como la ley de cumplimiento, la trazabilidad en relación con los bonos verdes en el mercado de capitales, bajo pena de responsabilidad anticorrupción (ley 12846/2013, artículo 5, IV, "g") o la ley de pago por servicios ambientales (ley 14119/2021, artículo 3, IV)?
- b) ¿Las auditorías y la contabilidad medioambientales evaluarán la calidad de la gestión y el control de los riesgos socioambientales? ¿Verificarán la internalización de los costes de conservación y la socialización y distribución de los beneficios socioambientales de la conservación de la naturaleza?
- c) ¿Se evaluarán los impactos normativos que tienden a alterar los espacios territoriales especialmente protegidos?<sup>8</sup> ¿Cómo se conjugan los beneficios privados con las necesidades públicas en los planes de gestión destinados a conservar estos espacios especialmente protegidos?

---

<sup>8</sup> Brasil. Ley 13.848, de 25 de junio de 2019, Decreto 10.411, de 30 de junio de 2020.



- d) ¿Cómo se garantizará que la gobernanza de los órganos colegiados de gestión, con un mínimo de paridad, de estas unidades de conservación, realice un adecuado control de los riesgos ambientales? ¿Habrá una gestión participativa de la comunidad local en el fondo ambiental de la unidad de conservación privatizada? ¿Se integrará el pago de los servicios ecosistémicos en los valores de mercado de los títulos ofrecidos en bolsa, debido al principio de que el usuario paga y al principio de conservador-receptor? ¿Se llevará a cabo una adecuada concienciación y divulgación a los financiadores e inversores sobre el valor de los servicios de los ecosistemas que deben agregarse en la oferta de bonos verdes, vinculados a las metas y objetivos establecidos en la Constitución Federal y en la legislación ambiental brasileña?

Cualquier incentivo o subvención de carácter parafiscal, como las deducciones por pagos anticipados del impuesto sobre la renta, debe cumplir también los principios generales del derecho medioambiental, como la precaución, la información, la participación, el control social y el control de riesgos, así como los principios de “usuario-pagador” y “proveedor-receptor”.

La ley de pago por servicios ambientales establece que las áreas prioritarias para la conservación de la biodiversidad serán “definidas así por acto del poder público” (artículo 8, VII, ley 14119/2021). ¿Qué órgano colegiado se encargará de identificar las áreas y acciones prioritarias? El artículo 15, I, de la ley 14119/2021 establece que el órgano colegiado del Programa Federal de Pago por Servicios Ambientales (PFPSA) propondrá la prioridad de la aplicación de los recursos y estará integrado por las organizaciones de la sociedad civil de protección ambiental, así como por aquellas que representen a los prestadores de servicios ambientales, como los pueblos indígenas, las comunidades tradicionales, los agricultores familiares y los empresarios familiares rurales (artículo 15, par. 4, de la ley 14119/2021). En relación a los pueblos indígenas, la norma atiende a la necesidad de un protagonismo en la administración de la unidad de conservación, a la luz del artículo 15, I, además de un régimen tutelar intermediado por la FUNAI (Fundación Nacional del Indio, con la naturaleza jurídica de una autarquía) por imperativo de los artículos 6.1, "a", 7.1 y 18 del Convenio 169 de la OIT, tutela que ya no se considera necesaria por la dicción de las normas constitucionales de los artículos 215, 216, 231 y del artículo 68 del ADCT de la Constitución de la República Federal de Brasil.

En este sentido, el párrafo 7 del art. 7 del Acuerdo Regional de Escazú 2018 merece una mención especial por agregar valor a las observaciones del público, determinando que la “autoridad pública tomará debidamente en cuenta el resultado del proceso de participación”.

En lo que respecta a las privatizaciones de parques y bosques nacionales, la ley del Programa de Asociación de Inversiones prevé en el artículo 6, III de la ley 13.334/2016 sobre la necesaria articulación con el Consejo Administrativo de Defensa Económica - CADE, a los efectos del cumplimiento de la defensa de la competencia. Existe una brecha injustificable de integración entre el derecho ambiental y el derecho de la competencia, es decir, entre los organismos oficiales de control ambiental y el CADE - Consejo Administrativo de Defensa Económica. En la interfase de estas instancias, el cumplimiento ambiental debe apoyar el avance de los procesos de integridad, la gestión de riesgos y la implementación de controles internos en el CADE para el logro de sus objetivos.<sup>9</sup> Es importante que el CADE tenga un control efectivo de las prácticas anticompetitivas indeseables para el mercado y para el consumidor por parte de las empresas públicas o privadas que no contemplan medidas adecuadas de gestión del riesgo ambiental.

Así, resulta necesario que el organismo de control anticompetitivo solicite siempre al organismo ambiental a nivel local y/o regional información sobre la capacidad de soporte o límite de saturación del medio ambiente o su capacidad de soporte para recibir obras o actividades antrópicas (ARAÚJO y NOGUEIRA, 2020, p. 102).

La conversión de las multas en pago por servicios ecosistémicos fue contemplada en Brasil por la Ley 14119, del 13.01.2021. Sobre este tema, el Decreto n° 9.760/2019, que modificó el Decreto n° 6.514/2008, prevé las infracciones y sanciones administrativas ambientales y crea el Centro de Conciliación Ambiental, como sector externo al organismo oficial de control ambiental, el IBAMA, que forma parte del Sistema Nacional Ambiental. Como agencia federal de control de la contaminación, incluyendo las sanciones administrativas por delitos ambientales, el IBAMA debe emitir directrices claras sobre cómo operar la conversión de las multas impuestas, eliminando la inseguridad jurídica en relación con las solicitudes de cancelación de los procedimientos y las misiones de inspección en curso.

La Constitución de la República Federal de Brasil prescribe que para la alteración o supresión de una unidad de conservación es necesario una ley específica, que no altere las normas que protegen la integridad de las

---

<sup>9</sup> Brasil. Ordenanza CADE n. 283/2018.

cualidades que justifican su protección. Por "ley específica" se entiende una disposición legal sujeta al proceso legislativo ordinario. En el ADI n° 4.717 sobre la posibilidad de reducir las unidades de conservación mediante una medida provisional, el Supremo Tribunal Federal dictaminó que es inconstitucional suprimir el nivel de protección medioambiental mediante una medida provisional.

La Convención de Washington para la Protección de la Flora, la Fauna y las Bellezas Escénicas Naturales de las Américas también prohíbe al Poder Ejecutivo alterar o reducir las áreas protegidas, como los parques nacionales, salvo por la fuerza de la ley.

No sólo la reducción de los límites de la unidad de conservación requiere una ley específica, sino también la alteración de los fines de la unidad.<sup>10</sup> La ley ordinaria tampoco puede alterar las normas que protegen la integridad de las cualidades que justifican la protección de la unidad (Art. 225, § 1, III, de la Constitución de la República Federativa de Brasil).

Es cierto que, si se privatizan, los parques nacionales, al tener unos requisitos de visita muy restrictivos, no podrán albergar promociones inmobiliarias para el turismo, a no ser que se reclasifiquen en categorías específicas, con una regularización previa del suelo y unos planes de gestión adecuados.

En la Acción Directa de Inconstitucionalidad (ADI) n° 3540, el Supremo Tribunal Federal (STF) reconoció que el derecho a la preservación de espacios territoriales especialmente protegidos constituye una prerrogativa calificada por su carácter metaindividual y un derecho de tercera generación que consagra el postulado de la solidaridad. Es obligación de los poderes públicos evitar que la vulneración de este derecho cause conflictos intergeneracionales en la comunidad.<sup>11</sup>

A pesar de todo este contexto de riesgos, en diciembre de 2020, se informó ampliamente en los medios de comunicación brasileños que seis bosques nacionales (FLONAS) en la Amazonía están en riesgo de ser privatizados. En total, se privatizarán más de 200 parques nacionales y bosques, según el gobierno brasileño.<sup>12</sup> Sin embargo, nada se ha informado sobre la planificación previa, los estudios, las audiencias públicas, el análisis de riesgo del programa o la evaluación del impacto normativo.

---

<sup>10</sup> Brasil. Ley n° 9985/2000 del Sistema Nacional de Unidades de Conservación, artículo 22, § 7°.

<sup>11</sup> BRASIL. Tribunal Supremo Federal. Acción directa de inconstitucionalidad (ADI) n° 3540. Ponente: Min. Celso de Mello, 1 de septiembre de 2005. Boletín Oficial, 3 de febrero de 2006.

<sup>12</sup> [AMAZÔNIA: Privatizações do governo federal atingem parques e florestas do AM](#)

En 2019, el actual Ministro de Medio Ambiente anunció la revisión de 334 Unidades de Conservación federales en Brasil, entre ellas, las 139 Unidades de Conservación de la Amazonia Legal (BORGES apud RAJÃO, 2019). También hubo la declaración del gobierno federal de la reducción de 67 Unidades de Conservación, de las cuales 17 en la Amazonia Legal, con un área total de 12,5 millones de hectáreas, el 19% del área total (Borges, 2019b).

En diciembre de 2020, se anunciaron las subastas de privatización de la gestión de los parques nacionales en la Amazonía.<sup>13</sup> El aumento de la deforestación en el Amazonas coincidió con una drástica reducción de la aplicación de la ley.

Un plan adecuado para la preservación de la biodiversidad en las Unidades de Conservación debe concentrar esfuerzos y estudios técnicos para su regularización dominical, con una indemnización justa y que puede añadirse a otros instrumentos que podrían implementarse simultáneamente. Además, la garantía de la seguridad jurídica con la eliminación de los conflictos territoriales y sociales comunes en estos temas que exigen altos costos socio-ambientales. Corresponde al Ministerio Público y a los organismos públicos o privados de gestión velar por que esos costes socioambientales sean captados como riesgos evaluables en el ámbito del equilibrio económico-financiero de la financiación de los contratos e inversiones en la gestión de los parques nacionales y bosques que puedan ser privatizados.

Lo cierto es que, tanto si es pública como privada, la planificación y la gestión de una unidad de conservación estarán siempre bajo la primacía del interés público, porque tienen como objetivo la preservación de la biodiversidad, siendo relevante que los gestores públicos o privados sean conscientes de la responsabilidad de lidiar con toda la complejidad de los factores de las demandas peculiares de los bosques en cada ecosistema, especialmente el Amazonas, en un desafío amplificado por una gobernanza desarticulada entre los Estados, el Gobierno Federal y la sociedad civil. Además, el poder público tiene la "tarea de planificar, administrar y controlar el uso de los recursos ambientales de los Estados, con el fin de mejorar la calidad del medio ambiente".<sup>14</sup>

---

<sup>13</sup> El programa de privatización se estanca y la mayoría de las subastas previstas para 2020 se convierten en una promesa para 2021 | Economía | G1 (globo.com). Consultado el 10.1.2021.

<sup>14</sup> De acuerdo con el principio 17 de la Declaración de Estocolmo de 1972.

Es también importante destacar la importancia de centrar los esfuerzos especialmente en los estudios técnicos de las cualidades ambientales y en la identificación de las áreas endémicas y prioritarias en el Amazonas, que también pueden incluir las tierras baldías, la presencia de poblaciones tradicionales y los ecosistemas con capacidad de carga ampliada por los servicios socioambientales y ecológicos fruto de las prácticas culturales tradicionales de la comunidad. Nada de esto, sin embargo, parece estar siendo considerado en términos de planificación, estudios de impacto regulatorio o evaluaciones de gestión de riesgos asociados en la anunciada privatización masiva de bosques y parques nacionales en la Amazonía.

Además, debido a los artículos 5 y 57 de la Ley 9.985/2000, la superposición de las tierras indígenas y las unidades de conservación está respaldada por la 4ª y 6ª Cámaras de Coordinación y Revisión del Ministerio Público Federal, y para la efectiva garantía de los derechos de las comunidades tradicionales en las unidades de conservación es fundamental que se realice la consulta previa, libre e informada para la revisión del plan de gestión, estableciendo espacios ciudadanos de diálogo constante entre las comunidades tradicionales y los gestores de la unidad de conservación. En las eventuales privatizaciones, ¿estará la empresa privada preparada para apaciguar posibles situaciones de conflictos complejos, no evaluados previamente?

Sobre este tema, la Ley 14119/2021 establece en su artículo 11 que el gobierno fomentará la asistencia técnica y la capacitación para la definición de las métricas de valoración de los servicios ambientales, y el órgano colegiado del Programa Federal de Pago por Servicios Ambientales se pronunciará anualmente sobre las métricas de valoración de este servicio (artículo 15, IV).

En este sentido, la gobernanza participativa no implica una mitigación del poder estatal, sino un reparto de responsabilidades entre las entidades públicas y la sociedad civil como expresión del principio de participación. En este sentido, MACHADO (2014, p. 138) afirma que la teoría de la gobernanza ambiental no implica necesariamente la retirada del gobierno, sino que conduce a la adopción de una gestión compartida con la sociedad civil en materia de responsabilidades ambientales. El éxito o el fracaso de este concepto dependerá de la aplicación de nuevos instrumentos de gestión jurídico-institucionales.

La ley de pago por servicios ambientales (PSA) establece como directriz de la política nacional, en su artículo 5, VIII, la publicidad, la transparencia y el control social en la relación entre el pagador y el proveedor de los servicios ambientales prestados. Pero no aportó nada al respecto en relación con el programa federal y el órgano colegiado de gobierno del pago por servicio ambiental.

Desde 1988, la Constitución Federal de la República Federativa de Brasil consagra el control social en un proceso progresivo de democratización (artículo 216, § 1º, X) del Sistema Nacional de Cultura, con el objetivo de promover el desarrollo humano, social y económico, en una verdadera cultura democrática de información, participación y control social en los procesos de decisión y en las políticas públicas. La ley 12305, de 2/08/2010 (artículo 3º, VI) define el control social como el conjunto de mecanismos y procedimientos que garantizan la información y la participación de la sociedad en los procesos de formulación, implementación y evaluación de las políticas públicas relacionadas con los residuos sólidos. La Ley 11.445/07 (artículo 3º, IV) define el control social como un conjunto de mecanismos y procedimientos que garantizan la información, la representación técnica y la participación de la sociedad en los procesos de formulación, planificación y evaluación de políticas relacionadas con los servicios públicos de saneamiento básico.

Además, la ley ordinaria de privatización de parques nacionales y bosques del Amazonas debe estar debidamente precedida de una evaluación de impacto normativo, dotada de la implementación de los instrumentos de participación social, es decir, audiencias y consultas públicas, tal como lo exige la ley 13.484/2019, reglamentada por el Decreto 10411 del 30 de junio de 2020.

Cualquier decisión sobre la creación de la norma de privatización de los parques nacionales en la Amazonía debe ser precedida por la participación de todos los sectores involucrados, tal como preconizan las Directrices de Evaluación de Impacto Normativo del Gobierno Federal, oficializadas desde 2018, con base en el Decreto nº 10411, del 30 de junio de 2020.

Los artículos 8, 9, 10 y 11 de la Ley 13484/2019 establecen que se requieren estudios reglamentarios y evaluaciones de impacto, provistos por un procedimiento con audiencias y consultas públicas, con participación social (artículo 9).

Como observan Luís Roberto BARROSO y Patrícia P. CAMPOS MELLO (p.346), la situación más grave se da en el acaparamiento (*grilagem*) de tierras, con la ocupación y privatización de áreas públicas de la selva amazónica, muchas veces con violencia contra las comunidades indígenas o poblaciones tradicionales. Los autores aclaran que “al no supervisar adecuadamente, el Estado permite que estas zonas sean invadidas,

iniciando el ciclo de tala del bosque: extracción ilegal de madera, quema y ocupación del suelo. El segundo problema es la presión de los invasores apoyados políticamente, mediante concesiones de amnistía e incluso la regularización de esta apropiación de tierras públicas”.

Hasta hoy, los poderes públicos no han conseguido una aplicación efectiva de los planes de gestión de los parques nacionales y de los bosques, ni han sido capaces de supervisar todo el territorio de las unidades de conservación de protección total del Amazonas, ya que sólo la parte brasileña del territorio amazónico es mayor que la Unión Europea. ¿Se transferirían estas competencias y responsabilidades de vigilancia en estas áreas protegidas al sector privado en asociaciones público-privadas (APP)? ¿Qué son los planes de acción en las APP? ¿Puede el sector privado permitirse la parte más onerosa de la aplicación? ¿Hasta qué punto podría el sector privado asumir la carga de la supervisión, que en principio no puede delegarse al ser un poder de policía del Estado? Estas preguntas deberían haberse respondido antes de las subastas de privatización.

Junto a esta cuestión, está la decisión preliminar en ADPF No. 709 MC, alegación de violación de precepto fundamental, ADPF-Distrito Federal, Informando Min. Roberto Barroso, la decisión por el derecho de aislamiento en la pandemia se basó en la Resolución No. 1/2020 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la Pandemia y los Derechos Humanos en las Américas (CIDH).<sup>15</sup>

El hecho de que tanto el Supremo Tribunal Federal como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos hayan hecho uso de mecanismos de participación en el litigio, implementando un derecho ambiental de participación en juicio, con la realización de audiencias públicas e intervenciones agregadas de *amicus curiae*, ante unas demandas con un alto grado de conflictividad social.

Existe una tendencia creciente a establecer un diálogo entre los Tribunales y las fuentes normativas y jurisprudenciales en una instancia suprallegal de los convenios y tratados internacionales de derechos humanos, siempre que sean favorables a la defensa de los derechos de los pueblos tradicionales y las minorías.

---

<sup>15</sup> Disponible en: [RESOLUÇÃO 1/2020Pandemia e Direitos Humanos Nas Américas](#).

Todas estas consideraciones provienen del principio de maximización de los derechos fundamentales y del mandato de optimización de la preservación del medio ambiente y de la calidad de vida saludable.

#### **4. EL DERECHO AMBIENTAL DE LAS CATÁSTROFES EN BRASIL, LA RESPONSABILIDAD POR INCUMPLIMIENTO EN LOS TRIBUNALES Y EL NUEVO PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN**

El Ministerio Público brasileño innovó, en relación con el desastre ambiental causado por la ruptura de una presa de residuos mineros en la ciudad de Brumadinho, al reclamar ante los tribunales la responsabilidad, sin culpa, por el incumplimiento empresarial o la responsabilidad objetiva anticorrupción, en las esferas civil y administrativa, frente a algunos miembros del Consejo de Administración de la empresa minera Vale S/A y de la empresa auditora de la estructura de la presa minera, negligentes en la divulgación de los resultados de la evaluación de riesgos geotécnicos y del seguimiento de las inspecciones.<sup>16</sup>

En el ámbito de la responsabilidad administrativa anticorrupción, el Ministerio Público del Estado de Minas Gerais solicitó judicialmente, con base en la novedosa competencia supletoria del Ministerio Público<sup>17</sup>, la condena de las empresas Vale S/A y Tüv Süd a las sanciones previstas en el artículo 6 de la Ley 12846/2013 por actos de corrupción. De hecho, la ley anticorrupción aporta la novedad de la legitimación del Ministerio Fiscal para exigir responsabilidades por incumplimiento en el ámbito administrativo, verificada la omisión de las autoridades competentes. Esto no obstaculiza ni perjudica la responsabilidad civil y penal, teniendo en cuenta el principio constitucional de independencia de las instancias de responsabilidad.

El control del riesgo es un elemento objetivo del ilícito contra el patrimonio público, para los actos de corrupción sujetos a responsabilidad, sin necesidad de demostrar la culpabilidad.<sup>18</sup>

---

<sup>16</sup> Disponible la [petición inicial de la Acción de Responsabilidad de persona jurídica por la práctica de acto contra la Administración Pública](#). Disponible en internet. Consultado el 23.02.21.

<sup>17</sup> Brasil. Ley 12846, de 1º de Agosto de 2013, ley anticorrupção, artículos 19 y 20.

<sup>18</sup> Brasil. Constitución Federal, artículo 225, párrafo 1, V.c.c. artículo 5, V, de la Ley 12846/2013.



Una primera novedad radica en la analogía con un caso internacional señero de valoración del daño ambiental, orientado a la reparación a partir de la metodología de transferencia del valor de un evento paradigmático para una propuesta de reparación del desastre de las Marianas, que indicó valores expresivos de 43.800 millones de dólares, reconocidos por la empresa British Petroleum, como reparación preliminar del desastre en el Golfo de México.

Otra nueva tendencia observada es el hecho de que los Tribunales en Brasil están ampliando los instrumentos de participación social, ya sea a través de audiencias públicas judiciales y a la integración de la figura del *amicus curiae*, a la luz de los derechos ambientales de participación, consagrados en el Principio 10 de la Declaración de Río (1992)<sup>19</sup> y el Acuerdo Regional de Escazú (2018)<sup>20</sup>. El derecho ambiental en los tribunales, en el actual escenario de la sociedad del riesgo y de las catástrofes ambientales, ha exigido también la estructuración de las pruebas técnicas en un conjunto articulado y robusto de pruebas interdisciplinarias, apoyadas por la contrapericia. La gobernanza participativa contribuye a que la justicia socioambiental sea rápida, segura y ética, porque se basa en un cuerpo cohesionado de información técnica y científica completa, oportuna, transparente e imparcial.

La reclamación ante los tribunales de la responsabilidad por daños medioambientales refuerza la necesidad de evaluar el riesgo de daño, incluso si es incierto, a la luz del principio de precaución, con medidas inmediatas para la prevención de los daños inciertos. La responsabilidad por incumplimiento también apunta a la necesidad de valorar el riesgo o el daño ambiental, social y socioambiental incierto, por la fuerza del principio de control del riesgo, intrínseco a todas y cada una de las actividades de riesgo y que renuncia a la existencia de la duda científica.

---

<sup>19</sup> El principio 10 de la Declaración de Río de 1992 establece que "en el plano nacional, toda persona debe tener acceso adecuado a la información relativa al medio ambiente de que dispongan las autoridades públicas, incluida la información sobre materiales y actividades peligrosos en sus comunidades".

<sup>20</sup> El Acuerdo Regional de Escazú de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe - CEPAL fomenta la creación de espacios de consulta sobre temas ambientales, posibilitando la participación de diversos grupos y sectores, valorando el conocimiento local, el diálogo y la interacción de las diversas visiones y los diferentes saberes (artículo 7, punto 13) Según el párrafo 7 del artículo 7 del Acuerdo Regional de Escazú, "la autoridad pública deberá tener debidamente en cuenta el resultado del proceso de participación. Publicación de las Naciones Unidas, Santiago, LC/PUB 2018/8, p.14. Disponible en: [Acordo Regional sobre Acesso à Informação, Participação Pública e Acesso à Justiça em Assuntos Ambientais na América Latina e no Caribe](#). Consultado el 23.02.2021.

Las catástrofes ambientales causadas por el colapso de las presas mineras en las ciudades de Mariana y Brumadinho, en el estado de Minas Gerais, que en conjunto constituyen las mayores catástrofes ambientales y socioambientales de Brasil, han dado lugar a acciones innovadoras por parte del Ministerio Público brasileño, apuntando a nuevos horizontes en la búsqueda de la responsabilidad sin culpa y con inversión de la carga de la prueba, en vista de los enormes daños al patrimonio público causados por la falta de control de riesgos y la omisión de medidas de precaución para evitar el riesgo de daños.

En el derecho de prevención de las catástrofes naturales, “la incertidumbre del riesgo de catástrofe no constituirá un impedimento para la adopción de medidas preventivas o mitigadoras de la situación de riesgo” (Lei 12608/2012, que instituya la Política Nacional de Protección y Defensa Civil, artículo 2º, parágrafo 2º). Ahí tenemos, como señala el profesor Paulo Affonso Leme MACHADO, un nuevo principio de precaución (2020, p. 109).

El escudo de la no regresión está unido a la máxima efectividad de los derechos fundamentales, vinculados a la dignidad, ya sea por la prohibición de retroceso en la protección de los derechos fundamentales, no sólo en el Poder Judicial, sino en el Poder Legislativo, en la elaboración de normas no regresivas, y en el Poder Ejecutivo, en el que la deferencia o la adopción de políticas públicas progresivas que realicen los derechos fundamentales están inexorablemente unidas a los principios de precaución, control de riesgos, participación y control social.

## 5. BIBLIOGRAFÍA

ARAÚJO, Romana Coêlho de; NOGUEIRA, Jorge Madeira. Environmental Law & Competition Law: Conflicts & Complementarities from an Environmental Economics Perspective. *Direito e Desenvolvimento - Revista do Programa de Pós-Graduação, Mestrado em Direito e Desenvolvimento Sustentável*, vol. 11, n. 1, jan/jun 2020.

BARROSO, Luis Roberto e MELLO, Patrícia Perrone Campos, Como salvar a Amazônia: por que a floresta de pé vale mais do que derrubada. *Revista de Direito da Cidade*, vol. 12, no 2. ISSN 2317-7721. pp.331-376.

BORGES, A. Governo fará revisão geral das 334 áreas de proteção ambiental no País. *Jornal Estadão*, 10 de mayo de 2019.

- BRASIL: Plan de Acción para la Prevención y el Control del Desastre de la Amazonia Legal. Brasília, DF, 2004, 156 p.
- HOMMA, Alfredo Kingo Oyama Homma; MENEZES, Antônio José Elias Amorim de; SANTANA, Carlos Augusto Mattos; NAVARRO, Zander, El desarrollo más sostenible en la región amazónica: entre (muchas) controversias y el camino posible. *Revista do Desenvolvimento Regional - Faccat - Taquara/RS* - v. 17, n. 4, out./dez. 2020.
- LAUDARES, S. S. d. A.; SILVA, K. G. d.; BORGERS, L. A. C. Cadastro Ambiental Rural: un análisis de la nueva herramienta de regularización ambiental en Brasil. *Desenvolvimento e Meio Ambiente*, v. 31, p. 111-122, 2014.
- MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*, 22<sup>a</sup> edición, São Paulo: Malheiros Editores, 2014.
- MACHADO, Paulo Affonso Leme, *Direito Ambiental Brasileiro*, 27<sup>a</sup> edición, São Paulo: Editora JusPodivm/Malheiros Editores, 2020.
- MASSÓ GUIJARRO, Ester (2019), Agua, tierra y paz: tribunales consuetudinarios y el patrimonio del Antropoceno. *Revista de Cultura de Paz*, Vol. 3, pp. 91-116.
- NOBRE, Antônio Donato (2014). *El futuro climático de la Amazonia: informe de evaluación científica*. Lima: Articulación Regional Amazónica (ARA). Disponible en: <http://www.pbmc.coppe.ufrj.br/pt/noticias/428-o-futuro-climatico-da-amazonia> . (Último acceso el 30.03.2021).
- SILVA, José Afonso da. *Derecho Ambiental Constitucional*, São Paulo: Malheiros, 2007.
- WINTER, Gerd. *Desarrollo sostenible, OGM y responsabilidad civil en la Unión Europea*. en MACHADO, Paulo Affonso Leme Machado y KISHI, Sandra Akemi Shimada (Org.), Campinas, SP: Millennium Editora, 2009. Traducción: Carol Manzoli Palma.