

Licencia ambiental y sistemas de responsabilidad¹

Daimar CÁNOVAS GONZÁLEZ*

1. La legitimación del actuar de la Administración para la protección del medio ambiente: presupuesto de la licencia ambiental.

Es de todos conocido el nacimiento del Derecho Administrativo al alba de la modernidad, cuando el Estado se presenta ya no como cuerpo ejecutor de la voluntad del soberano, sino como manifestación de la voluntad general y, por tanto, mecanismo al servicio de la satisfacción de las necesidades comunes. Pero en su génesis adquiere formas bien tímidas, apenas manifestaciones incipientes ante el dominio del dogma liberal.

El Estado moderno se concibe así inicialmente como Estado mínimo, tal como será resucitado a finales del siglo pasado, que procura no interferir en la más absoluta libertad de los entes privados, actores privilegiados de la economía de mercado, y como consecuencia, sujetos con derechos absolutos en el entorno jurídico. La sociedad que se consolida a partir de la Revolución Francesa tiene como pilares la propiedad, la libertad y la igualdad, como valores que sostienen todo el ordenamiento jurídico, y que se traducen en las facultades más amplias para el propietario y el mayor espacio para la autonomía de la voluntad.

Así, la intervención estatal sobre la esfera jurídica de los particulares es inicialmente muy limitada, reducida al ámbito de la seguridad pública, la salud y la moralidad, considerándose un exceso cualquier actuación que sobrepasase esas fronteras.² El tránsito hacia una concepción del Estado como garante del bien común es lo que legitima la extensión de su actividad hacia otras áreas, siempre con la condición de hacerlo para asegurar el bienestar general, para satisfacer necesidades sociales. El proceso codificador y las concepciones sobre el Estado de Derecho legitiman la actuación de la Administración sobre bases objetivas, al derivar de una ley expresa que lo autorice incluso a limitar los derechos privados.

La doctrina científica distingue entre una intervención estatal sobre los administrados de tipo positiva y otra negativa. La intervención positiva está constituida por los llamados actos de fomento, que provocan una ampliación en la esfera jurídica de los destinatarios. Esta categoría comprende una serie heterogénea de actos que incluye concesiones, aprobaciones, autorizaciones, etc. Por otra parte se encuentran los actos de gravamen, que inciden negativamente en la esfera jurídica de las personas, y que abarcan actos que limitan el ejercicio de los derechos, imponen deberes, prestaciones forzosas, sanciones, e incluso pueden llevar a privar totalmente de determinados derechos, como el caso de la expropiación forzosa en los ordenamientos jurídicos que le conceden tal facultad a la Administración.³

¹ Publicado en, ÁLVAREZ-TABÍO ALBO, Ana María y Andry MATILLA CORREA (coordinadores), *El Derecho público en Cuba a comienzos del siglo XXI – Homenaje al Dr. Fernando Álvarez Tabío*, Editorial UH, La Habana, 2011, pp. 289-299

* Licenciado en Derecho. Presidente de la Cátedra de Estudios Jurídicos, Instituto Superior de Tecnologías y Ciencias Aplicadas. Profesor adjunto del Departamento de Derecho Civil y de Familia de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana.

² CASSAGNE, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, tomo II, 7^{ma} edición actualizada, LexisNexis – Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2002, p. 320.

³ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás Ramón FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo II*, Parte 1, 6^{ta} edición, Editorial Civitas, Madrid, 2001, p. 101; CASSAGNE, Juan Carlos, *op. cit.*, pp. 324-325.

No es fortuita, por tanto, la intervención de la estatal en materia ambiental. Las normas más antiguas en este sentido proceden de las normas de salubridad, que siempre han ocupado la atención de la Administración. Sólo a finales de la década de los sesenta y principios de los setenta, aparecen normas propiamente ambientales, - en el sentido de que ya no protegen determinado recurso natural en función de su utilidad inmediata -, y con ellas nuevas facultades para los poderes públicos. La Constitución cubana de 1976, en el texto reformado del artículo 27, establece el deber del Estado y de todos los ciudadanos en la protección del medio ambiente y el uso racional de los recursos naturales, buscando alcanzar el objetivo del desarrollo sostenible, que es introducido luego de la Cumbre de Río en 1992.⁴ Igualmente, la actividad estatal se fundamenta en lo preceptuado en el artículo 11, incisos b) y c), que reafirman el ejercicio de la soberanía del Estado sobre el medio ambiente y los recursos naturales “...tanto vivos como no vivos, de las aguas, el lecho y el subsuelo de la zona económica marítima de la República, en la extensión que fija la ley, conforme a la práctica internacional”.⁵

La Ley 81, *del medio ambiente*, refleja los principios de sectorialización y transectorialización al regular el marco institucional en materia ambiental. El artículo 11 establece que “...El Ministerio de Ciencia, Tecnología y Medio Ambiente, es el organismo de la Administración Central del Estado encargado de proponer la política ambiental y dirigir su ejecución sobre la base de la coordinación y control de la gestión ambiental del país, propiciando su integración coherente para contribuir al desarrollo sostenible”. La gestión ambiental no es, por tanto, función exclusiva del Ministerio de Ciencia, Tecnología y Medio Ambiente, pues subsisten Organismos de la Administración Central del Estado, con competencia en la gestión de determinados recursos naturales (artículo 13 del mismo cuerpo legal). La Ley, por ejemplo, reconoce las facultades del Instituto Nacional de Recursos Hidráulicos en los asuntos relativos a las aguas terrestres (artículo 97), y del Ministerio de la Industria Pesquera en la gestión de los ecosistemas marinos (artículo 101).⁶

En el presente trabajo sólo me referiré a una de las modalidades de la llamada intervención positiva de la Administración, a la autorización, haciendo referencia especial a la licencia ambiental, sus características como acto administrativo, y su relación con los sistemas de responsabilidad.

2. La técnica autorizatoria clásica.

⁴ Cabe citar aquí los comentarios del Doctor ALVAREZ TABÍO al texto constitucional, en los que afirma que “...la labor que afronta el Estado cubano, así como la comunidad internacional en general, supone el desarrollo de un Derecho esencialmente nuevo y en una escala que puede resultar considerable y no simplemente en la codificación de las normas y prácticas jurídicas actuales...”. Prevé el autor el nacimiento de nuestro Derecho Ambiental, a partir de la Ley 33, de protección del medio ambiente y uso racional de los recursos naturales, de 10 de enero de 1981, y que alcanza su momento cumbre con la promulgación de la Ley de Medio Ambiente, Ley 81, de 11 de julio de 1997. ALVAREZ TABÍO, Fernando, *Comentarios a la Constitución Socialista*, 1^{ra} reimpresión de la 1^{ra} edición, Editorial Pueblo y Educación, La Habana, 1988, p. 125.

⁵ CARABALLO, Leonel, “El pensamiento ambiental cubano” en, VIAMONTES GUILBEAUX, Eulalia (coordinadora), *Derecho Ambiental Cubano*, 2^{da} edición, Editorial Félix Varela, La Habana, 2007, p. 46.

⁶ Para ampliar en este sentido, HERNÁNDEZ TORRES, Vivian, “Marco institucional ambiental” en, VIAMONTES GUILBEAUX, Eulalia (coordinadora), *op. cit.*, pp. 157-171.

Existe una variedad terminológica en las disposiciones normativas cuando se trata de denominar el consentimiento dado por la Administración para la realización de determinada actividad. Se utilizan así los términos licencia, permiso, habilitación, autorización propiamente dicha, entre otros. Todos tienen en común constituir actos que legitiman la realización de una actividad del administrado previa valoración de la misma a la luz del interés público que interesa proteger. En materia ambiental, por ejemplo, el Decreto Ley 190, de 28 de enero de 1999, *de seguridad biológica*, se refiere a partir del artículo 13 a las autorizaciones de seguridad biológica. El artículo 7 del Decreto Ley 202, de 24 de diciembre de 1999, *sobre la prohibición del desarrollo, la producción, el almacenamiento y el empleo de armas químicas y sobre su destrucción*, regula en los artículos 7 al 12, ambos inclusive, licencias y permisos para el uso de sustancias químicas comprendidas en la Convención sobre la prohibición del desarrollo, la producción, el almacenamiento y el empleo de armas químicas y sobre su destrucción. La Ley 81, por su parte, reconoce como uno de los instrumentos de gestión ambiental a la licencia ambiental, que corresponde para “...*toda actividad susceptible de producir efectos significativos sobre el medio ambiente o que requiera de un debido control a los efectos del cumplimiento de lo establecido por la legislación ambiental vigente...*” (artículo 24).

Se han elaborado distintas construcciones jurídicas en torno a la naturaleza de las autorizaciones. MAYER sostiene que la autorización levanta una prohibición previamente establecida, al constatar la autoridad administrativa que la actividad a realizar por el administrado no lesiona en modo alguno el orden público, los intereses generales tutelados. Para RANELETTI, en cambio, el sujeto autorizado es titular, aun antes de la autorización de un verdadero derecho subjetivo, cuyo libre ejercicio permite, removiendo el obstáculo inicial existente debido al interés público.⁷ Una definición de autorización que permita encuadrar la licencia ambiental en ella, puede ser aquella que la concibe como acto administrativo por el cual la autoridad da su consentimiento para que el administrado realice un acto inicialmente prohibido, constituyendo con ello una relación o situación jurídica para el destinatario. Esta concepción no es conteste con la afirmación de un presunto derecho preexistente a la autorización, pues muchas veces es la propia ley la que establece la imposibilidad del ejercicio de la actividad si no se cuenta con la autorización (artículo 28 de la Ley de Medio Ambiente). Claro que no tiene por qué tratarse de una prohibición expresa, basta con que sin la autorización el ejercicio de la actividad sea al menos considerado como irregular. Como afirman GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ: “...hablar de un derecho preexistente no sólo es excesivo, sino que está en abierta contradicción con la realidad de las cosas, que muestra con toda claridad hasta qué punto difieren las posiciones del sujeto autorizado antes y después de la autorización”.

Cierta doctrina ha querido distinguir entre estas denominaciones, encontrando elementos particularizantes. Se ha hecho referencia, por ejemplo a que la aprobación es una intervención *ex post*, mientras que la autorización en sentido estricto constituye una intervención *ex ante*. Algunos han visto la aprobación como requisito de eficacia, mientras que la autorización sería un requisito de validez.⁸ El uso que se hace en nuestro ordenamiento jurídico de dichas categorías no permite hacer una diferenciación clara entre ellas, pues en ocasiones se utilizan indistintamente.

⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás Ramón FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 133.

⁸ *Cit. pos.* GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás Ramón FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 132.

No obstante, autores como CASSAGNE mantienen la distinción entre autorización y permiso, sosteniendo que en la primera existe generalmente un derecho en el sujeto, cuyo ejercicio está subordinado al cumplimiento de determinados requisitos, mientras que en los permisos la autoridad conferiría un derecho del que inicialmente el sujeto no disfrutaba.⁹ Para estos autores que mantienen una estricta separación entre las diferentes categorías de autorización, puede incluso distinguirse entre la autorización propiamente dicha y la licencia. En la licencia, de forma unánime, el "...licenciatarario constituye un derecho *ex novo* que nace con el acto administrativo de otorgamiento, lo que hace que la licencia sea siempre, al igual que la concesión, constitutiva de derechos...".¹⁰ Licencia y permiso tendrían dicho elemento común, operando la licencia en casos en la autorización requiere mayor estabilidad.

3. La licencia ambiental como acto administrativo.

La Ley 81 contiene una definición de licencia ambiental, en su artículo 8, donde se establece que es el "...*documento oficial, que sin perjuicio de otras licencias, permisos y autorizaciones que de conformidad con la legislación vigente corresponda conceder a otros órganos y organismos estatales, es otorgado por el Ministerio de Ciencia, Tecnología y Medio Ambiente para ejercer el debido control al efecto del cumplimiento de lo establecido en la legislación ambiental vigente y que contiene la autorización que permite realizar una obra o actividad*".

Adopta la Ley un criterio formal, al identificar licencia con el documento contentivo de la autorización, cuando en sentido material la licencia es la autorización que permite realizar la obra o actividad, por estar conforme con la legislación ambiental vigente en el momento de su otorgamiento. El objetivo esencial de la licencia ambiental es procurar que las actividades que puedan alterar considerablemente el medio estén sujetas a una verificación previa. Se convierte así la licencia ambiental en uno de los instrumentos privilegiados del Derecho Ambiental, en aplicación del principio de prevención, debido al carácter irreversible que muchas veces tiene el daño ambiental.

La licencia ambiental es exigida por la ley para la realización de cualquiera de las actividades a que se refiere el artículo 28 de la Ley de Medio Ambiente, lista que reproduce la Resolución 132, de 11 de agosto de 2009, del Ministerio de Ciencia, Tecnología y Medio Ambiente, Reglamento del proceso de evaluación de impacto ambiental, en su artículo 5. No obstante existen otras disposiciones legales que la establecen, como la Resolución 111, de 14 de octubre de 1996, también del Ministerio de Ciencia, Tecnología y Medio Ambiente, sobre diversidad biológica, o la Resolución Conjunta número 1 del Ministerio de Agricultura, Ministerio de Turismo y Ministerio de Ciencia, Tecnología y Medio Ambiente, de 10 de noviembre de 1999, sobre turismo de naturaleza.¹¹

Algunas cuestiones sobre la licencia ambiental deben ser apuntadas antes de seguir adelante: en primer lugar el carácter reglado o discrecional de la licencia ambiental. El otorgamiento de una autorización es a primera vista un acto discrecional, pero en función del bien común la

⁹ CASSAGNE, Juan Carlos, *op. cit.*, pp. 334.

¹⁰ *Idem.* p. 338.

¹¹ REY SANTOS, Orlando, "Instrumentos de la gestión ambiental" en, VIAMONTES GUILBEAUX, Eulalia (coordinadora), *op. cit.*, pp. 184-190.

autorización concedida no puede ser en modo alguno arbitraria. Ya CAÑIZARES ABELEDO caracterizaba la discrecionalidad como proceso que se desencadena, "...cuando falta una norma administrativa, cuando la norma deja libre al órgano estatal para la solución de un asunto...".¹² El estudio de la recientemente promulgada Resolución 132, de 11 de agosto de 2009, del Ministerio de Ciencia, Tecnología y Medio Ambiente, Reglamento del proceso de evaluación de impacto ambiental, nos confirma en la idea de la discrecionalidad de esta licencia. El artículo 21 faculta a la autoridad responsable para que, una vez recibida la solicitud de licencia ambiental, determine la aceptación de la solicitud con la obligación de presentar un estudio de impacto ambiental, la aceptación sin el requerimiento del estudio, o el rechazo de la solicitud. Por su parte, el artículo 34 establece que una vez concluida la evaluación del impacto ambiental correspondiente, la autoridad responsable puede otorgar la licencia, detener el proceso para que se subsanen deficiencias detectadas o "...denegar la licencia ambiental por resultar manifiestos los impactos negativos o por existir alternativas ambientalmente más viables que el proyecto presentado".

Ahora bien, el perfeccionamiento progresivo de nuestra legislación ambiental, así como la adecuada interrelación entre los diferentes instrumentos de gestión ambiental, hará que cada vez más, la licencia adquiera los contornos de una autorización reglada, o que al menos se precisen aún más los marcos de actuación de la Administración. La autoridad ambiental, al evaluar la conveniencia de conceder o no la licencia para determinado acto, no puede desconocer las normas y reglas derivadas del ordenamiento ambiental. Y me refiero aquí al ordenamiento ambiental entendido como proceso por el cual se articula el ordenamiento territorial realizado por el Instituto de Planificación Física con los principios y objetivos de protección ambiental, tarea que al menos en su aspecto normativo, está inconclusa hasta el momento. En la medida que los planes de ordenación en los diferentes niveles ganen en fuerza vinculante, en efectividad, señalaran a la autoridad administrativa usos posibles del suelo, anticipando de esa forma la valoración sobre las distintas iniciativas que se le presenten. Hay abundante jurisprudencia española que demuestra como los planes de ordenación restringen cada vez más las facultades de la Administración que no es libre para denegar u otorgar licencias constructivas, sino que recibe indicaciones directas de los citados planes.¹³

La licencia ambiental puede ser calificada igualmente como una autorización de funcionamiento. Mientras que las llamadas autorizaciones de operación se conceden para actos puntuales y aislados, sin crear un vínculo estable entre los sujetos, en las autorizaciones de funcionamiento, como en la licencia ambiental, se trata de la apertura de una instalación o establecimiento. Ello conduce al problema de la eficacia de la licencia con el transcurso del tiempo y de las posibilidades de actuación de la Administración ante una variación de las circunstancias concurrentes. El planteamiento clásico en este sentido fue prolongar la vigencia de la licencia mientras durara la actividad a desarrollar por el administrado. Esta aproximación se ha ido superando, revelándose la necesidad de proteger los intereses generales en circunstancias no tenidas en cuenta por la autoridad en el momento inicial.

¹² CAÑIZARES ABELEDO, Fernando Diego, "Lo reglado y lo discrecional en lo administrativo" en, A.A.V.V., *Estudios de Derecho Administrativo cubano*, 1^{ra} edición, Editorial Félix Varela, La Habana, 2002, p. 129.

¹³ Sentencias de 31 de octubre de 1958, 10 de noviembre de 1960 y 29 de noviembre de 1968, del Tribunal Supremo español.

Se plantea así que en este tipo de autorizaciones la Administración conserva la facultad de revocarla cuando las circunstancias sobrevenidas así lo ameriten, pues de haber existido en el momento del otorgamiento, habrían determinado su denegación. Esta facultad está prevista en el artículo 44 del Reglamento del proceso de evaluación de impacto ambiental antes citado, al disponer que “...cuando en la ejecución de un proyecto de obra o actividad, para el cual ha sido otorgada la correspondiente licencia ambiental, se presenten impactos negativos significativos no previstos inicialmente, la autoridad responsable puede suspender o revocar la licencia ambiental concedida. La suspensión o la revocación de la licencia ambiental implican la inmediata paralización de la obra o actividad”, sin que nazca para el destinatario derecho alguno a compensación por ello. No crea por ello la licencia ambiental ningún derecho adquirido en cabeza del administrado, la emergencia de nuevos hechos legitima a la Administración para modificar los términos de la licencia ya concedida. Así lo ha admitido la jurisprudencia española para el caso de apertura y funcionamiento de actividades molestas, insalubres, nocivas o peligrosas (sentencias de 22 de diciembre de 1963 y 9 de diciembre de 1964). “La jurisprudencia admite, pues, sin vacilación en relación a estas licencias la posibilidad (e, incluso, el deber) de modificar el contenido de la autorización inicialmente otorgada para mantenerlo constantemente adaptado, a lo largo de su vigencia, a las exigencias del interés público”.¹⁴

La licencia ambiental se configura también como una autorización personal. Esta categoría se contrapone a las autorizaciones reales, en que lo decisivo son las condiciones del objeto, prescindiendo de las cualidades del sujeto que solicita la autorización. De ahí que en las autorizaciones reales el cambio de sujeto por cesión o transmisión de la instalación sólo deba ser notificado a la autoridad administrativa. Distinto es el régimen de la autorización personal, como es el caso de la licencia ambiental. Esta implica una valoración positiva del sujeto peticionante, por lo que la licencia otorgada es de uso exclusivo de su titular y, en caso de que “...el titular pretenda realizar un cambio de nombre o la cesión de la titularidad a favor de otra persona, sea natural o jurídica, queda obligado a solicitar, de la autoridad responsable, la autorización correspondiente” (artículo 48 del Reglamento del proceso de evaluación de impacto ambiental).

4. Licencia ambiental y sistemas de responsabilidad.

La evaluación de impacto ambiental es requisito previo de la concesión o denegación de la licencia, pues es la evaluación de impacto ambiental la que permite conocer el posible impacto de la obra o actividad sobre el medio ambiente, así como las medidas que se tendrían que tomar para mitigar o evitar esos efectos negativos. Pero me refiero aquí a una evaluación de impacto ambiental en sentido amplio, no al instrumento de gestión que regula la Ley 81/1997. O sea, todas las veces que la ley exige el otorgamiento de licencia ambiental para la realización de determinada operación, la autoridad competente tendrá que sopesar la conveniencia o no de conceder la autorización a la luz de los impactos previstos en el ambiente y la salud humana por dicha actividad.

Sin embargo, a pesar de esta evaluación realizada, la licencia concedida no es en modo alguno una patente de corso que cubra de legalidad eventuales daños provocados por el sujeto autorizado. La Ley de Medio Ambiente establece en su artículo 25 que el otorgamiento de la licencia ambiental no exime al licenciatarario de la obligación de proteger de manera efectiva el medio ambiente, ni de las responsabilidades administrativas, civiles y penales en que pueda

¹⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás Ramón FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 139.

incurrir. Esta regla es reiterada por el artículo 50 de la Resolución 132, de 11 de agosto de 2009, del Ministerio de Ciencia, Tecnología y Medio Ambiente, sobre el proceso de evaluación de impacto ambiental.

La licencia ambiental es un acto administrativo autorizatorio, sometido a las reglas propias de ese tipo de actos. Por tanto, la licencia ambiental es un acto creador de derechos, pues se constituyen a partir de la misma, facultades para obrar en el sentido que establece el propio documento que la contiene. Pero esto no quiere decir que la licencia ambiental genere derechos adquiridos, que no puedan ser limitados posteriormente por actos de la Administración, de modo que el poseedor de la misma pueda desentenderse del rumbo posterior de la normativa ambiental, o del avance de los conocimientos científicos, que pueden relevar en un momento dado un daño que antes no se pudo determinar.¹⁵

Debe recordarse que hace mucho tiempo que el Derecho abandonó aquella tesis romana que partía de que quien usaba de su derecho no dañaba a nadie. El artículo 4 del Código Civil, aplicable a este supuesto, como al resto del ordenamiento jurídico cubano, establece que el ejercicio de los derechos es inadmisibles cuando, entre otras circunstancias, perjudica a terceros o a la sociedad, por lo que cualquier pretensión del licenciatarario de continuar con la actividad autorizada a pesar de los daños provocados, amparado en la titularidad de una licencia ambiental, resultará improcedente y será rechazada.

Junto a JORDANO FRAGA se puede afirmar, que en última instancia, la licencia ambiental es un acto-condición, o mejor, un acto sometido a una *condictio iuris*, de modo que si concedida la licencia, sobreviene a la misma una norma prohibitiva con relación a la obra o actividad autorizada, la misma se debe entender tácitamente revocada, pues han variado las condiciones a partir de las cuales fue concedida.¹⁶ No se trata aquí de la condición resolutoria como elemento accidental del acto jurídico, pues dicha condición es un acontecimiento futuro e incierto del que se hace depender la extinción de los efectos jurídicos del acto, que es incorporado al acto o negocio por voluntad expresa de las partes, sino que es parte esencial del propio acto, tal como está configurada, por ejemplo, en el artículo 25 del CC referido al concebido o *nasciturus*.

Se puede también utilizar otra figura, esta vez tomada del Derecho de Contratos. Ha de entenderse que la licencia ambiental es contentiva de una cláusula *rebus sic stantibus*, por la cual ésta se entiende en vigor en tanto no se alteren las circunstancias en las cuales fue concedida, pues de producirse una alteración sustancial en las mismas, dicha licencia no subsistiría. En España, por ejemplo, la sentencia de la Sala de Justicia de Andalucía de 9 de febrero de 1999, RCJA 1999/371, de la Sala en Sevilla de lo Contencioso- Administrativo, sección 2, respalda la actuación de la municipalidad, que había decretado el cierre provisional de una actividad que se había revelado como generadora de contaminación acústica, hasta tanto no se procediese a la insonorización, a pesar de contar con las licencias correspondientes.

¹⁵ Vid. CÁNOVAS GONZÁLEZ, Daimar, "Responsabilidad civil y licencia ambiental. Instrumentos al servicio del desarrollo sostenible" en, *Revista de Derecho Ambiental*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, número 16, 2008, pp. 155-166.

¹⁶ JORDANO FRAGA, Jesús, "El Derecho Ambiental del siglo XXI" en, *Medio Ambiente & Derecho, Revista Electrónica de Derecho Ambiental*, número 09, julio 2003 (www.cica.es/aliens/gimadus/09/dcho_amb2_XXI.htm, consultado en 11 de agosto de 2006)

En la misma línea lo hace la sentencia de la Sala de Justicia de Andalucía, de 1ro de diciembre de 1999, RJCA 1999/4772, Sala en Málaga de lo Contencioso-Administrativo, en su Fundamento de Derecho Tercero: *“El hecho de que la Estación de Bombeo gozara en su momento (hace más de treinta años) de las debidas autorizaciones de instalación, no exime a su titular del sometimiento a cuantas normas se vayan dictando en el futuro (...) La parte actora admite en su escrito de conclusiones que cuando se concedió la licencia para la construcción de las viviendas próximas no existía normativa municipal sobre condiciones de aislamiento, si bien en la actualidad no satisfacen las vigentes. Este argumento no puede aceptarse, pues en las viviendas no se ejerce una actividad contaminante del medio ambiente, que imponga su adaptación sucesiva a las normas de protección que se vayan dictando en el futuro. Son las actividades contaminantes las que deben adaptarse”*.¹⁷

Claro que esta previsión con respecto a la obligación de observar una norma dictada con posterioridad al otorgamiento de la licencia no implica que pueda ser sancionado el licenciataria en virtud de dicha regulación. En el ámbito sancionatorio rige el principio de legalidad, de consagración constitucional, en virtud del cual no puede delito ni sanción posible si no derivan de una ley anterior al momento en que se realizó la conducta presuntamente punible. El sujeto autorizado se verá afectado por las nuevas disposiciones que le impongan determinada conducta, pero no podrá ser sancionado si la nueva regulación sanciona hechos perfectamente lícitos en el momento en que se realizaron. Nótese que esta regla debe ser aplicable tanto al ámbito penal como al administrativo, pues se le considera principio del Derecho sancionatorio en sentido amplio.

Ahora, este carácter condicional no se reduce a la eventualidad de la aprobación de una norma jurídica posterior a la licencia, sino que, de producirse un avance en los conocimientos científicos, que determinase la producción de un daño allí donde no se era consciente de ello con anterioridad, el sujeto agente sería responsable, no obstante la licencia concedida, pues la licencia no puede significar nunca un permiso para contaminar, una “carta abierta” que haría del sujeto titular totalmente inimputable.

En relación con la responsabilidad civil los criterios son otros. En ella no hay sanción que imponer sobre la persona del infractor, sino que el objetivo a alcanzar es la reparación del daño producido, reparación que en materia ambiental debe consistir preferentemente en la restitución del entorno al estado en que se encontraba antes de producirse el evento dañoso, tal como prevé el artículo 86, inciso f) del Código Civil, cado se refiere a los costos de la rehabilitación total. Por tanto, la obligación de reparar existirá desde la producción del daño, con independencia de que la actividad se encuentre autorizada, pues *“...el otorgamiento de la licencia (...) no exime al licenciataria de la obligación de proteger de manera efectiva el medio ambiente...”* (artículo 25 de la Ley de Medio Ambiente).

No resulta consecuente con este criterio, en cambio, la definición de daño ambiental que trae la propia ley. Una lectura atenta revelará que se trata de un círculo vicioso, del que resulta bastante difícil salir. Según dicho artículo 25, si el licenciataria daña el medio ambiente responde civilmente; pero no hay daño ambiental si no se viola la ley, a tenor de la definición que la misma hace de daño ambiental.¹⁸ Por ello, si nos atenemos al sentido literal del precepto, ante la ausencia de una norma prohibitiva posterior, no sería posible exigir dicha

¹⁷ JORDANO FRAGA, Jesús, *op. cit.*

¹⁸ *“...toda pérdida, disminución, deterioro o menoscabo significativo, inferido al medio ambiente o a uno o más de sus componentes, que se produce contraviniendo una norma o disposición jurídica”* (artículo 8).

responsabilidad, aunque estudios posteriores hubiesen revelado el daño. El licenciario en su defensa podría argumentar que técnicamente no ha dañado al medio ambiente, pues no ha violado disposición alguna, ni ha tenido la intención de hacerlo. Se hace evidente entonces la necesidad de una reforma legislativa en los aspectos señalados.

Quizás mereciera más espacio el abordaje de las dificultades que encuentra la responsabilidad civil para adaptarse a la materia ambiental, cuestión que no hay que pasar por alto. Sin embargo, se puede señalar que uno de los retos que tiene por delante el Derecho Ambiental es ser consecuente con sus propios dictados, pues como afirma REY SANTOS "...la principal dificultad no se produce en el momento del dictado de las normas, sino en su aplicación".¹⁹ Se necesitan no declaraciones, sino mecanismos eficaces que contribuyan a crear en nuestros países el desarrollo sostenible, que tiende un puente entre el desarrollo y el uso adecuado de los recursos naturales, o en otras palabras, entre el hombre contemporáneo y su verdadera humanidad, que no puede concebirse como un ente aislado de la naturaleza y el medio.

La relación entre la licencia ambiental y los sistemas de responsabilidad tiene actualidad creciente. En el seno del Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA) se negocia un proyecto de directrices para la elaboración de la legislación nacional sobre responsabilidad, medidas de respuesta e indemnización por daños causados por actividades peligrosas para el medio ambiente. La última reunión intergubernamental dedicada a su análisis, celebrada del 9 al 11 de noviembre de 2009 en Nairobi, Kenya, trabajó con el texto de la directriz 6, dedicada a las eximentes de responsabilidad por daño ambiental que incluye en su apartado 1, d), el daño causado por el cumplimiento de medidas de carácter obligatorio impuestas por una autoridad pública.

Una correcta interpretación de la directriz, a partir de nuestro ordenamiento jurídico, requiere clarificar el sentido en que se utiliza la expresión "*medidas de carácter obligatorio impuestas por una autoridad pública*". Estas medidas deben ser aquellas que imponga una obligación positiva de hacer para el administrado, no aquellas que contienen simplemente una autorización, como el caso de la licencia. Si el licenciario provoca el daño cumpliendo con una obligación impuesta por la autoridad pública, que así lo dispuso expresamente, estará exento de responsabilidad. En cambio, si el acto administrativo sólo contenía la autorización para llevar adelante la actividad, el licenciario responderá, a pesar de la citada autorización. Otra solución no ofrecería adecuada protección al ambiente, y por tanto, al derecho de todos y cada uno a disfrutar de un ambiente sano, reconocido como derecho por la Ley de Medio Ambiente.

BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ TABÍO, Fernando, *Comentarios a la Constitución Socialista*, 1^{ra} reimpresión de la 1^{ra} edición, Editorial Pueblo y Educación, La Habana, 1988; CÁNOVAS GONZÁLEZ, Daimar, "Responsabilidad civil y licencia ambiental. Instrumentos al servicio del desarrollo sostenible" en, *Revista de Derecho Ambiental*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, número 16, 2008, pp. 155-166; CAÑIZARES ABELEDO, Fernando Diego, "Lo reglado y lo discrecional en lo administrativo" en, A.A.V.V., *Estudios de Derecho Administrativo cubano*, 1^{ra} edición,

¹⁹ REY SANTOS, Orlando, "Los retos en la implementación del Derecho Ambiental", ponencia presentada en el 4to Encuentro Internacional de Derecho Ambiental, México, en, *Liga Mundial de Abogados Ambientalistas* (www.limaa.org.mx/ponencias.htm, 11 de julio 2006).

Editorial Félix Varela, La Habana, 2002, pp. 125-138; CARABALLO, Leonel, “El pensamiento ambiental cubano” en, VIAMONTES GUILBEAUX, Eulalia (coordinadora), *Derecho Ambiental Cubano*, 2^{da} edición, Editorial Félix Varela, La Habana, 2007, pp. 1-82; CASSAGNE, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, tomo II, 7^{ma} edición actualizada, LexisNexis – Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2002; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás Ramón FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo II*, Parte 1, 6^{ta} edición, Editorial Civitas, Madrid, 2001; HERNÁNDEZ TORRES, Vivian, “Marco institucional ambiental” en, VIAMONTES GUILBEAUX, Eulalia (coordinadora), *op. cit.*, pp. 157-171; JORDANO FRAGA, Jesús, “El Derecho Ambiental del siglo XXI” en, *Medio Ambiente & Derecho, Revista Electrónica de Derecho Ambiental*, número 09, julio 2003 (www.cica.es/aliens/gimadus/09/dcho_amb2_XXI.htm, consultado en 11 de agosto de 2006); REY SANTOS, Orlando, “Instrumentos de la gestión ambiental” en, VIAMONTES GUILBEAUX, Eulalia (coordinadora), *op. cit.*, pp. 172-236; “Los retos en la implementación del Derecho Ambiental”, ponencia presentada en el 4to Encuentro Internacional de Derecho Ambiental, México, en, *Liga Mundial de Abogados Ambientalistas* (www.limaa.org.mx/ponencias.htm, 11 de julio 2006).