

LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA Y EL CONTROL POR LA DISCRECIONALIDAD TÉCNICA: BREVES TRAZOS SOBRE EL ACTO DE CONCESIÓN DE LICENCIA AMBIENTAL EN ARGENTINA Y BRASIL

MURRER, Carlos Augusto Motta ¹
VIEIRA, Priscila Karine Lopes ²

RESUMO

Este breve estudio académico discute la discrecionalidad administrativa, desde su punto de vista técnico, si se otorgan o no permisos ambientales en Argentina y Brasil. Limitado, revisado y autorizado por el principio de legalidad, la discreción administrativa se presenta como rasgos de oportunidad, mérito y conveniencia para el agente público en ciertos actos, incluida la concesión de licencia ambiental. En estos terminos siendo la concesión de licencia ambiental un acto de sopesamiento del desarrollo sostenible y de las leyes ambientales - en muchos casos normas amplias y abiertas - este trabajo indaga: ¿cuáles son las definiciones, conceptos y límites para la discrecionalidad administrativa en Argentina y Brasil? La discrecionalidad técnica puede y / o debe ser aplicada al control de la discrecionalidad de los actos de concesión de licencia ambiental, en los ordenamientos jurídicos de estos dos países? Así, el objetivo general de este trabajo es analizar la relación del control de la discrecionalidad administrativa,

1 Advogado. Professor Universitário. Pesquisador na temática de Direito, economia e ambiente (natural, rural e artificial). Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Viçosa. Pós-graduado em Direito Ambiental pela PUC/MG. Pós-graduado em Advocacia Empresarial pela PUC/MG. Professor de Direito Ambiental e Empresarial da FAGOC. Foi professor de Direito Agrário, Ambiental e Empresarial da Universidade Federal de Viçosa. E-mail: carlos.murrer@hotmail.com

2 Bacharelanda em Ciências Contábeis. Bacharelanda em Direito FAGOC.



bajo la óptica de la discrecionalidad técnica, teniendo como telón de fondo y mejor ejemplo la concesión de licencia ambiental. Como forma de obtener estos resultados esta breve investigación se hace cualitativa, de análisis bibliográfico en textos jurídicos administrativos, constitucionales y ambientales, como también se apoyará en el análisis documental de juzgados de tribunales argentinos y brasileños.

INTRODUÇÃO

En la práctica de las funciones estatales, la Administración Pública dispone de innumerables poderes y prerrogativas que aseguran la búsqueda del interés público en un nivel de supremacía en cara y en detrimento de los intereses privados. Sin embargo, esos poderes, que se ejecutan por medio de actos administrativos, están definidos por la previsión legal - como ejercicio del principio de legalidad - para impedir abusos practicados por los administradores públicos.

Los matices del principio de la legalidad se confunden con la creación y el fortalecimiento del propio Estado democrático del Derecho, por realizar la ley – emanada del pueblo, por medio de representantes del pueblo y para el pueblo – la principal fuente de garantías fundamentales e individuales, limitando a los arbitrios de la Administración en pos de la sociedad. Fortaleciendo así, la imagen de qué en la relación Administrativa, la voluntad de la Administración Pública es la que se origina por la ley. En sentido opuesto a la autonomía de la voluntad, el principio de la legalidad administrativa se sujeta

a la Administración y al administrador enfocando en realizar acciones y políticas previstas y descriptas por ley, o sea, apenas lo que la ley les permita hacer; por lo que el particular puede, en su ejercicio de la libertad, realizar, así, acciones y políticas que la ley no prohíbe.

Fundamentado en esta regla legal, que es capaz de comprender innumerables elementos de una actividad cierta, de una conducta realizada por el agente, es posible separar los actos administrativos de acuerdo con el mayor o menor grado de libertad permitido por la ley; así, existen actos administrativos vinculados y actos administrativos discrecionales y sus respectivos poderes homónimos - poder administrativo vinculado y discrecional.

El poder discrecional es el atribuido a la administración para la práctica de actos discrecionales y la capacidad de revocarlos, o sea, es la acción (con liberalidad y posibilidad) en que el agente administrativo dispone de una posible libertad de actuación, logrando valorar la oportunidad y conveniencia de la práctica del acto, en cuanto a su motivo, y, en su caso, elegir, dentro de los límites legales, su contenido.

Típico acto administrativo eivado de innumerables dudas e incertidumbres en cuanto a su naturaleza y concreción es el licenciamiento ambiental, o la concesión de autorización y licencia para que emprendimiento se instale y funcione, siempre que presente un estudio de impacto ambiental compatible.

El licenciamiento ambiental es un procedimiento administrativo, conjunto de actos de igual naturaleza pública, que otorga y permite la instalación, construcción y funcionamiento de un emprendimiento potencialmente contaminante al medio ambiente. Este acto de concesión es sopesado por leyes ambientales y contenidos de estudios de impacto en favor del desarrollo sostenible.

Siendo la concesión de licencia ambiental un acto de sopesamiento del desarrollo sostenible y de las leyes ambientales - en muchos casos normas amplias y abiertas - este trabajo indaga: ¿cuáles son las definiciones, conceptos y límites para la discrecionalidad administrativa

en Argentina y Brasil? La discrecionalidad técnica puede y / o debe ser aplicada al control de la discrecionalidad de los actos de concesión de licencia ambiental, en los ordenamientos jurídicos de estos dos países?

Se tiene, así, como hipótesis, que la concesión de licencia ambiental deba ser un acto discrecional con una conexión legal amplia - visto la amplitud que las normas ambientales normalmente presentan - y, por consiguiente, el control de la discrecionalidad del acto administrativo a través la forma y la teoría técnica deba ser posible y plausible.

El objetivo general de este trabajo es analizar la relación del control de la discrecionalidad administrativa, bajo la óptica de la discrecionalidad técnica, teniendo como telón de fondo y mejor ejemplo la concesión de licencia ambiental.

Son objetivos específicos: a) definir y limitar la figura de la discrecionalidad administrativa por la doctrina patria de los dos países en cuestión; b) conceptualizar y verificar la aplicabilidad genérica de la teoría de la discrecionalidad técnica; c) delimitar y puntuar el instituto del licenciamiento ambiental; d) ponderar la aplicabilidad práctica de la discrecionalidad técnica al licenciamiento ambiental.

Como forma de obtener estos resultados esta breve investigación se hace cualitativa, de análisis bibliográfico en textos jurídicos administrativos, constitucionales y ambientales, como también se apoyará en el análisis documental de juzgados de tribunales argentinos y brasileños.

EL CONTROL DE LA DISCRICIONARIEDAD DE LOS ACTOS ADMINSTRATIVOS

Los actos de la Administración Pública, en respeto a las normas constitucionales ya los principios regentes del sistema administrativo, pueden ser vinculados o discrecional.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello, actos vinculados son “los que la Administración

practica sin margen alguno de libertad para decidirse, pues la ley previamente tipificó el único posible comportamiento ante hipótesis prefigurada en términos objetivos” (MELLO, 2009, p. 424). Luego, en ese caso, opuesto está el discrecional.

Así, según el mismo autor, discrecionalidad sería, de forma breve y directa:

Discricionariedade, portanto, é a margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente, uma solução unívoca para a situação vertente. (MELLO, 2009, p. 973).

Para una mejor comprensión, se considera que, para que la Administración Pública venga a ejercer sus actividades, se le han conferido poderes administrativos, que son exactamente instrumentos para la defensa del interés público, ya sea primario o no.

Estos poderes son clasificados y ejemplificados por la mayor parte de la doctrina en: Poder Vinculado, Poder Discrecional, Poder Jerárquico, Poder Disciplinario, Poder Regulator y Poder de Policía.

El poder discrecional presenta como origen la autorización legal para que el agente público escoja, en los márgenes de la ley, acerca de la conveniencia y de la oportunidad de realizar, o no, un acto administrativo y, en esta situación, poder elegir su contenido. De otro modo, el núcleo necesario y claro del poder discrecional se constituye en el llamado mérito administrativo.

Se trata, de hecho, de un derecho, poder y capacidad atribuidos por la ley a la administración pública: en presencia de una situación objetiva, la administración, en los términos y límites legalmente determinados, decidirá, de acuerdo con sus factores de oportunidad y conveniencia

administrativa, la acción, entre las previstas en la ley, más adecuadas al contenido del interés público.

Es válido entender los aristas de la conveniencia y de la oportunidad.

Alexandrino y Paulo mencionan que: “[...] conveniencia y oportunidad forman el poder discrecional y esos elementos permiten que el administrador público elija, entre las varias conductas previstas en ley, la que se traduzca más propicia para el interés público” (ALEXANDRINO; PAULO, 2018). Mientras Gasparini (2009) así preluza:

Há conveniência sempre que o ato interessa, convém ou satisfaz ao interesse público. Há oportunidade quando o ato é praticado no momento adequado à satisfação do interesse público. São juízos subjetivos do agente competente sobre certos fatos e que levam essa autoridade a decidir de um ou outro modo. O ato administrativo discricionário, portanto, além de conveniente, deve ser oportuno. A oportunidade diz respeito com o momento da prática do ato. [...] A conveniência refere-se à utilidade do ato. [...].

Con fulcro en el poder discrecional, que se destaca por conceder libertad de elección a los entes administrativos, libertad ésta que debe ser pautada en la conveniencia y oportunidad. A diferencia de lo que muchos piensan, la discrecionalidad conferida por la ley no es absoluta, sino relativa, ya que el agente público no puede escoger como bien entender. El agente debe actuar con la finalidad del interés público, es decir, elegir de forma coherente y adecuada para el momento, nunca violando los principios inherentes a la Administración Pública. Por lo tanto, si se trata de una facultad del administrador, necesario se hace un estudio sobre los límites inherentes al Poder discrecional y el control realizado por el mismo.

Cabe señalar que también tiene en el poder discrecional la revocación de actos discrecionales que la administración pública haya realizado y, en una situación posterior, pase a evaluar como inoportunos o inconvenientes.

Es importante resaltar que sólo es capaz de revocar un acto administrativo a la propia administración pública que lo haya realizado. Por lo tanto, el Poder Judicial nunca será capaz de revocar un acto administrativo practicado por el Poder Ejecutivo o por el Poder Legislativo. Sin embargo, mientras siga actuando como administración pública en función administrativa propia, el Poder Judicial -y sólo él- podrá revocar los actos administrativos discrecional que él mismo haya publicado.

En las explicaciones iniciales de Di Pietro acerca de los límites básicos de la discreción administrativa:

Em outras hipóteses, o regramento não atinge todos os aspectos da atuação administrativa; a lei deixa certa margem de liberdade de decisão diante do caso concreto, de tal modo que a autoridade poderá optar por uma dentre várias soluções possíveis, todas válidas perante o direito. Nesses casos, o poder da Administração é discricionário, porque a adoção de uma ou outra solução é feita segundo critérios de oportunidade, conveniência, justiça, equidade, próprios da autoridade, porque não definidos pelo legislador.

Mesmo aí, entretanto, o poder de ação administrativa, embora discricionário, não é totalmente livre, porque, sob alguns aspectos, em especial a competência, a forma e a finalidade, a lei impõe limitações. Daí por que se diz que a discricionariedade implica liberdade de atuação nos limites traçados pela lei; se a Administração ultrapassa esses limites, a sua decisão passa a ser arbitrária, ou seja, contrária à lei.

Pode-se, pois, concluir que a atuação da Administração Pública no exercício da função administrativa é vinculada quando a lei estabelece a única solução possível diante de determinada situação de fato; ela fixa todos os requisitos, cuja existência a Administração deve limitar-se a

constatar, sem qualquer margem de apreciação subjetiva.

E a atuação é discricionária quando a Administração, diante do caso concreto, tem a possibilidade de apreciá-lo segundo critérios de oportunidade e conveniência e escolher uma dentre duas ou mais soluções, todas válidas para o direito. (DI PIETRO, 2019, p. 482).

Es imprescindible apuntar que, en Brasil, y de forma análoga en Argentina, la doctrina administrativista más actual, actualmente mayoritaria, indica la presencia de discrecionalidad no sólo cuando la ley explícitamente confiere a la administración pública el derecho de decidir acerca de la oportunidad y conveniencia de practicar un cierto acto, pero también cuando la ley emplea normas amplias y conceptos jurídicos indeterminados.

En estos términos, al explicar sobre la posibilidad del legislador y de la norma no limitar las posibilidades de interpretación y apreciación del agente, así se posiciona Gustavo Silva Tamayo:

El legislador puede determinar un distinto grado de vinculación de la Administración a la ley o al Derecho; así cuando le otorga una potestad discrecional o un cierto grado de apreciación en la interpretación de un concepto jurídico indeterminado (de valor o técnico). En esos casos, hay un vínculo menos denso o directo a la norma, como consecuencia de ese expreso ámbito de libertad o apreciación que aquélla ha querido conferirle. Es aquí cuando la ley renuncia a predeterminedar un contenido y difieren su concretización e integración al órgano administrativo. Y también en tales hipótesis parece claro que la revisión judicial, en obsequio al respeto al principio de división de poderes no puede sino ceñirse estrictamente al juicio jurídico; la Administración, tiene

aquí “la última palabra” em tanto su decisión (trátese de poder discrecional o margen de apreciación) resulte conforme a derecho y a los fines que justifican la atribución de competencia. Los tribunales no podrán modificar el concreto sentido de la decisión, salvo que ésta aparezca como irrazonable, desproporcionada o arbitraria, es decir, manifiestamente injusta.

La discrecionalidad administrativa (y el margen de apreciación de ciertos conceptos) no hallan legitimación en el proceso democrático, sino en la ley, por lo que su reducción o sustitución judicial sería ilícita, salvo cuando - excepcionalmente, por cierto-, esa discrecionalidad haya sido reducida a cero, por cuanto en el caso concreto, el Derecho positivo habrá impuesto una única solución justa. En estas contadas hipótesis, el juez no hará sino aplicar el Derecho y no sustituirá el juicio administrativo. (TAMAYO , 2016, 518-535).

La enseñanza citada es precisa en lo que se refiere a la finalidad de la norma en ofrecer a la Administración el orden final acerca de un acto bajo su función, correspondiendo así al juez, por la división de poderes, tan sólo verificar la legalidad y el derecho en la formación del acto administrativo.

No se puede vislumbrar la discrecionalidad administrativa sin los límites que la agregan. En este entendimiento está Celso Antonio Bandeira de Mello:

[...] não há como conceber nem como apreender racionalmente a noção de Discrecionalidade sem remissão lógica à existência de limites a ela, que defluem da lei e do sistema legal como um todo – salvante a hipótese de reduzi-la a mero arbítrio, negador

de todos os postulados do Estado de Direito e do sistema positivo brasileiro [...]. (MELLO, 2009, p. 973).

Se puede decir que la discrecionalidad conferida por la ley no está presente en todos los elementos del acto administrativo, teniendo en vista que el sujeto, la forma y la finalidad siempre serán vinculadas. Por lo tanto, sólo el objeto y el motivo podrán ser discrecionales, exigiéndose un juicio de oportunidad y conveniencia, siendo que, en muchas oportunidades limitadas para evitar el arbitrio y decisiones contrarios al notorio interés de la colectividad.

EL LICENCIAMIENTO AMBIENTAL EN ARGENTINA Y EN BRASIL

Con los orígenes filosóficos y realidades cotidianas cercanas, los países sudamericanos, en especial los cubiertos por el Mercosur, tienden a mantener institutos jurídicos semejantes, sin embargo, el caso del licenciamiento parece ser un enfrentamiento reciente en Argentina.

Paraguay y Uruguay poseen una pauta de proyectos que deberán ser sujetos a la evaluación de impacto ambiental, lista que se hace taxativa; al contrario de Brasil, que da a su lista de actividades el carácter simplemente ilustrativo.

Hay una importante igualdad en los métodos de autorización empleados por los tres países que condicionan el inicio de la obra al licenciamiento ambiental, pasando por la evaluación y entrega de licencia para el inicio de las obras. También, estos definen la publicidad del proceso de evaluación de impacto ambiental. Sin embargo, en Argentina no hay una ley nacional que menciona la práctica o crea balizas centrales.

En ese país la falta de una legislación de alcance nacional, tal vez en estricto respeto a los artículos 41 y 124 de la Constitución Nacional, no impidió que las provincias así lo hicieran, como por ejemplo la Ley 10208 de 2014 de la provincia de Córdoba - base analítica para este trabajo con la ausencia de norma de alcance nacional-, que

instituyó la política ambiental regional.

La Constitución Nacional Argentina (ARGENTINA, 1854) así previó, en análisis sistémico al ya citado artículo 41:

Artículo 124o.- Las provincias podran crear regiones para el desarrollo economico y social y establecer organos com facultades para el cumplimiento de sus fines y podran tambien celebrar convenios internacionales en tanto no sean incompatibles con la politica exterior de la Nacion y no afecten las facultades delegadas al Gobierno federal o el credito publico de la Nacion; con conocimiento del Congreso Nacional. La ciudad de Buenos Aires tendra el regimen que se establezca a tal efecto.

Corresponde a las provincias el dominio originario de los recursos naturales existentes en su territorio.

La norma provincial (ARGENTINA / CÓRDOBA, 2014), base de análisis, así prescribió sobre el licenciamiento ambiental:

ARTÍCULO 13.- La Autoridad de Aplicación instrumentará como parte integrante de todo procedimiento administrativo de Evaluación de Impacto Ambiental, con carácter obligatorio y previo al otorgamiento o denegatoria de la Licencia Ambiental, audiencias públicas u otros mecanismos que aseguren la participación ciudadana de acuerdo a lo que establece la presente Ley.

ARTÍCULO 14.- La presente Ley, en ningún caso, admite la aprobación ficta. Siempre se requerirá un acto administrativo expreso de la Autoridad de Aplicación.

[...]

ARTÍCULO 17.- Entiéndese como Evaluación de Impacto Ambiental (EIA) al procedimiento técnico-administrativo realizado por la Autoridad de Aplicación, basado en el Estudio de Impacto Ambiental, dictamen técnico, estudios técnicos recabados y las opiniones y ponencias surgidas de las audiencias públicas u otros mecanismos de participación ciudadana implementados, que tiene por objetivo la identificación, predicción e interpretación de los impactos ambientales que determinadas políticas y/o proyectos públicos o privados pueden causar en la salud del hombre y/o en el ambiente, así como la prevención, corrección y valoración de los mismos, con el fin de aprobar o rechazar el Estudio de Impacto Ambiental.

Este procedimiento técnico-administrativo consta de las siguientes fases:

- a) Realización y presentación del Aviso de Proyecto por parte del promotor o iniciador;
- b) Proceso de difusión e información pública y participación ciudadana;
- c) Realización y presentación del Estudio de Impacto Ambiental por parte del promotor o iniciador, si correspondiere, y
- d) Otorgamiento o denegatoria de Licencia Ambiental por parte de la Autoridad de Aplicación.

[...]

ARTÍCULO 29.- Verificado el cumplimiento de las condiciones establecidas en la presente Ley para el proceso de Evaluación de Impacto Ambiental, y valoradas las opiniones,

ponencias, informes técnicos y científicos que surjan del proceso de participación ciudadana, la Autoridad de Aplicación en un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días emitirá la respectiva resolución, otorgando o denegando la Licencia Ambiental correspondiente. La opinión u objeción de los participantes no será vinculante para la Autoridad de Aplicación, pero en caso de que ésta presente opinión contraria a los resultados alcanzados en la audiencia o consulta pública, debe exponer fundadamente los motivos de su apartamiento y hacerlo público.

En Brasil, el Licenciamiento Ambiental es un instrumento creado por la Ley Federal 6.938 / 81, que instituyó la Política Nacional del Medio Ambiente. A través de la cual, el órgano ambiental, componente de la Administración Pública, evalúa los emprendimientos y las actividades potencialmente contaminantes.

Por lo tanto, es el procedimiento donde el órgano ambiental responsable a nivel federal, estatal o municipal, concede o rechaza la licencia para la instalación, ampliación, modificación y operación de actividades y emprendimientos que utilizan recursos naturales, que sean potencialmente contaminantes o que puedan causar degradación ambiental.

Antes de licenciarse, se evaluarán los impactos que tal emprendimiento podrá generar en la región, su potencial o su capacidad para generar líquidos contaminantes (desechos y efluentes), residuos sólidos, emisiones atmosféricas, ruidos y el potencial de riesgo, como por ejemplo, explosiones y los incendios. Además, el impacto del emprendimiento sobre la población local también se observa. El emprendimiento es entonces licenciado, cuando la comisión multidisciplinaria que lo evaluó atestar – y así aguardar el convencimiento del órgano administrativo ambiental a juzgar – que los beneficios agregados por la implantación o ampliación son superiores a los impactos negativos

de dicha licencia, las llamadas externalidades.

El objetivo del licenciamiento es que los emprendimientos causan el menor impacto posible al medio ambiente: persecución de los principios de la prevención y la precaución. Para ello, es necesario solicitar junto al órgano ambiental competente licencias específicas para cada etapa en que se encuentra la actividad pretendida, siendo éstos, conforme a un análisis de normas nacionales y estatales: Licencia Previa (LP) - Licencia que debe ser solicitada en la fase de planificación de la implantación, alteración o ampliación del emprendimiento. Aprueba la viabilidad ambiental del emprendimiento, no autorizando el inicio de las obras; Licencia de instalación (LI) - Licencia que aprueba los proyectos. Es la licencia que autoriza el inicio de la obra / emprendimiento. Se concede una vez cumplidas las condiciones de la licencia previa; y por último, la Licencia de Operación (LO) - Licencia que autoriza el inicio del funcionamiento del emprendimiento / obra. Se concede una vez cumplidas las condiciones de la licencia de instalación.

Incluso las actividades que no poseen todas las licencias están obligadas a solicitar simultáneamente las que no posean y la que es necesaria para el momento de la solicitud.

De modo que el licenciamiento ambiental viene, como un importante instrumento de gestión de la Administración Pública, ya que por medio de él, se ejerce el necesario control sobre las actividades humanas que puedan interferir en las condiciones ambientales. Por medio de él hay la conciliación del desarrollo económico con el uso de los recursos naturales, para asegurar la sostenibilidad, en sus aspectos económicos y físicos, asegurando así un medio ambiente equilibrado a las presentes y futuras generaciones.

Las principales bases normativas del licenciamiento ambiental están trazadas en la constitución brasileña; en la Ley 6.938 / 81, que como ya citada, dispone sobre la Política Nacional del Medio Ambiente y trae un conjunto de normas para la preservación ambiental y; en la Ley Complementaria 140/11, que fija normas

de cooperación entre las tres esferas de la administración (federal, estadual y municipal) en busca de la defensa ambiental. De forma suplementaria existen normas administrativas, cuáles son Resoluciones del Consejo Nacional del Medio Ambiente (Conama) 001/86 y 237/97, que establecen procedimientos para el licenciamiento ambiental. In verbis el dictamen constitucional:

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

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

[...]

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

Es importante señalar que la responsabilidad por la concesión es responsabilidad de los órganos ambientales municipales, estatales y también del Instituto Brasileño del Medio Ambiente y de los Recursos Naturales Renovables (Ibama), cuando se trate de grandes proyectos, con el potencial de afectar más de un estado de la federación o cursos de agua transnacionales. Un ejemplo de competencia del órgano federal en cuestión serían los emprendimientos de generación de energía.

Por último, como forma de contextualizar en el presente trabajo académico, vale destacar que el licenciamiento ambiental es un procedimiento administrativo, y como bien precepta Alberto Xavier (2005, p. 272), lo mismo es “la sucesión ordenada de formalidades

tendientes a la práctica o a la ejecución de un acto administrativo por parte de la autoridad del órgano administrativo”.

En la visión de Celso Antônio Bandeira de Mello (2009, p. 443), el procedimiento administrativo “se refiere a estas hipótesis en que los resultados pretendidos se alcanzan a través de un conjunto de actos encadenados en sucesión itineraria hasta desembocar en el acto final”.

Así, el procedimiento de licenciamiento ambiental se trata de un peculiar conjunto de actos de la administración, de forma que la decisión sobre la concesión o no de la licencia ambiental no está vinculada a las conclusiones del procedimiento de licenciamiento ambiental por tratarse, en principio, de un acto discrecional, sujeto a la conveniencia ya la oportunidad del administrador. Sin embargo, se refiere a la mejor motivación que los estudios técnicos y científicos han dado al procedimiento.

LA APLICACIÓN DE LA DISCRECIONALIDAD TÉCNICA EN LA CONCESIÓN DE LICENCIA AMBIENTAL

La discrecionalidad es, de forma amplia, exhaustivamente discutida en el proceso de licenciamiento ambiental. Se materializa por el poder ejercido por los órganos licenciantes en la concesión o no de licencias después del proceso de licenciamiento. Por tratarse de un acto que viene del Poder Público, es relevante analizar el tema de la forma más completa posible, contando con soporte del área Administrativa.

De todas formas se hace válido analizar las bases de la discrecionalidad dicha técnica antes de puntuar la compatibilidad del concepto con el licenciamiento ambiental.

En las palabras de Federico Campolieti acerca de la discrecionalidad técnica:

Originalmente, con la expresión discrecionalidad técnica se denominaba aquella actividad administrativa que, por el hecho de

estar sustentada en reglas o juicios de carácter técnico o científico –no jurídico–, se encontraba exenta del control judicial.

En la actualidad, se niega mayoritariamente que la denominada discrecionalidad técnica sirva de argumento para eludir la fiscalización de un acto administrativo en sede judicial.

En realidad, los aspectos técnicos involucrados en una determinada decisión administrativa forman parte de los antecedentes del acto y, por lo tanto, no escapan al control del tribunal judicial por ser ajenos a la esfera de la discrecionalidad propiamente dicha. Así, por ejemplo, si existe unanimidad de criterio en la medicina respecto de la ineficacia de una determinada vacuna cuya inoculación se exige de manera obligatoria, el tribunal judicial podrá anular esa decisión de política sanitaria. En este caso, la decisión administrativa carece de los antecedentes de hecho que la justifican. (CAMPOLIETI, 2016).

En el próximo sentido se posiciona el profesor Gustavo Tamayo al afirmar sobre la actividad administrativa basada en juicios técnicos y científicos:

En estos casos la ley confiere un ámbito de decisión a la Administración para obtener un resultado conforme a evaluaciones de naturaleza técnica. Tradicionalmente, en especial en la doctrina italiana, se distinguió la discrecionalidad pura de la discrecionalidad técnica, entendiendo a esta última como aquella en la que el acto administrativo dependía de la observancia de un juicio técnico previo; mientras que otros la equipararon, lisa y llanamente, a la actividad libre de la Administración. Actualmente, hablar

de “discrecionalidad técnica” como esfera de actuación administrativa irrevisable, no es admisible y la locución, cuyo mantenimiento se debe pura y exclusivamente a su generalizada difusión debería ser reemplazada, por ejemplo, por “actividad administrativa basada en juicios técnicos o científicos”. Maguer lo expuesto, los juicios técnicos o científicos, deberán descomponerse en dos aristas distintas en torno al papel que desempeñarán como antecedente fáctico del acto. Por un lado, se encontrarán aquellos que ofrezcan reglas técnicas uniformes las que, como tales, al ser aceptadas por el ordenamiento, pasarán a integrar el bloque reglado. Piénsese, por ejemplo, en aquellos proporcionados por las denominadas disciplinas “duras” (Matemática, Física, Química, Ingeniería, etc.). No existirá aquí valoración alguna del órgano y, por lo tanto, su actividad resultará mayormente reglada y su control judicial no ofrecerá mayores dificultades. De otro, mediará valoración o ponderación subjetiva, ante juicios técnicos, científicos o de experiencia, controvertidos o no unívocos o simplemente tolerables, hipótesis que comportarían, mayormente, ejercicio de discrecionalidad por parte de la Administración y, un control, a priori, más dificultoso de ejercer. (TAMAYO, 2016, 518-535).

El ilustre profesor Edis Milaré al motivar el entendimiento de que la licencia ambiental no puede ser ni plenamente vinculada ni plenamente del tipo discrecional, siendo la discrecionalidad técnica posible para el caso en cuestión:

A doutrina repete uníssona que a licença tradicional se subsume num

ato administrativo vinculado, ou seja, não pode ser negada se o interessado comprovar ter atendido a todas as exigências legais para o exercício de seu direito ao empreender uma atividade legítima.

No tocante às licenças ambientais, entretanto, dúvidas podem surgir, já que é muito difícil, senão impossível, em dado caso concreto, proclamar cumpridas todas as exigências legais. Sim, porque, ao contrário do que ocorre, por exemplo, na legislação urbanística, as normas ambientais são, por vezes, muito genéricas, não estabelecendo, via de regra, padrões específicos e determinados para esta ou aquela atividade. Nestes casos, o vazio da norma legal é geralmente preenchido por exame técnico apropriado, ou seja, pela chamada discricionariedade técnica, deferida à autoridade. (MILARÉ, 20014, p. 552).

Así, la solicitud de la licencia ambiental junto al órgano competente no demanda en discrecionalidad administrativa en el sentido de la conveniencia y oportunidad de la función para la Administración Pública, pero efectivamente en una discrecionalidad técnica recibida por parámetros, datos e informaciones técnicas y profesionales y criterios científicos objetivos y determinar. Cabe al Poder Público considerar la decisión más efectiva a la compatibilización y articulación del desarrollo económico con la protección del medio ambiente, la sustentabilidad – concepto jurídico típicamente amplio.

DE LAS CONSIDERACIONES FINALES Y LA OPINIÓN DE ESTE TRABAJO

Este trabajo optó por un análisis descriptivo, didáctico, ejemplificativo e opinativo sobre la discrecionalidad administrativa. Puntuó

sobre los conceptos y límites de los actos vinculados y discrecionales y el papel de la ley y de los conceptos jurídicos indeterminados. Trazó, además, un paralelo entre la consensuación de licencia ambiental en Brasil y Argentina.

Por último este trabajo OPINA por la posibilidad y aplicabilidad de la discrecionalidad técnica como forma más correcta de limitar los arbitrios administrativos en la concesión de licencia.

A pesar de la opinión, esta problemática está lejos de ser sanada con pasividad. A pesar de la certeza que es una teoría posible del control de la Administración, los eventos ocurren, sin embargo, en que el recurso de la discrecionalidad técnica, por sí solo, no es suficiente para llenar el sentido de la norma o balizar todas las decisiones administrativas; es lo que se da, por ejemplo, cuando se busca resolver si determinada actividad potencialmente ofensiva al bienestar de la población puede / debe o no ser licenciada. Es una subjetividad más allá de la discrecionalidad.

La problemática aumenta en las situaciones en que la licencia ambiental está vinculada al preliminar estudio de impacto ambiental, cuya solución “no es vinculante para el administrador, o, de cualquier forma, será capaz este decidir entre las alternativas propuestas”. Por supuesto, la amplitud de los aspectos enfocados por estudios ambientales hace prácticamente imposible astringir la licencia a la evaluación de la atención de “exigencias legales” previas, aunque con gran margen de discrecionalidad técnica.

De esta forma, definir considerando impactos positivos y negativos, la división de cargas, responsabilidad y beneficios sociales, económicos y ambientales, no es ni decisión vinculada, ni de discrecionalidad técnica, sino decisión sobre la conveniencia del proyecto y del emprendimiento. Sólo un punto más sin solución perfecta.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, VICENTE. Direito Administrativo Descomplicado. 26. Ed. São Paulo: Editora Método, 2018.

ARGENTINA. Constitución de la nación argentina. 1994.

ARGENTINA. CÓRDOBA. Ley 10208 / 2014. Ley de política ambiental de la provincia de Córdoba.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. 1988.

CAMPOLIETI, Frederico. El control judicial de la discrecionalidad administrativa. In: ROSATTI, Horacio. El control de la actividad estatal. 1. ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Asociación de Docentes de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 2016.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanela. Direito administrativo. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

GASPARINI, Diógenes. Direito administrativo. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MILARÉ, Edis. Direito do ambiente. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

TAMAYO, Gustavo E. Silva. El derecho administrativo, v. 2016, p. 518-535.

XAVIER, Alberto. Princípios do processo administrativo e judicial tributário. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2005.



fagoc.br

32 3539-5600

Rua Dr. Adjalme da Silva Botelho,
20 - Bairro Seminário - Ubá - MG