

# TEORÍA DEL DERECHO AMBIENTAL

RICARDO LUIS LORENZETTI

ARMAZÓN



THOMSON REUTERS

# TEORÍA DEL DERECHO AMBIENTAL



**Libros Derecho Perú**

Biblioteca Jurídica Virtual

[www.librosderechoperu.org](http://www.librosderechoperu.org)



RICARDO LUIS LORENZETTI

# TEORÍA DEL DERECHO AMBIENTAL



EDITORIAL PORRÚA  
AV. REPÚBLICA ARGENTINA 15  
MÉXICO, 2008

Primera edición, 2008

Copyright © 2008  
RICARDO LUIS LORENZETTI

Esta edición y sus características son propiedad de  
EDITORIAL PORRÚA, SA DE CV, 8  
Av. República Argentina 15 altos, col. Centro, 06020, México, DF  
[www.porrúa.com](http://www.porrúa.com)

Queda hecho el depósito que marca la ley

Derechos reservados

ISBN 978-970-07-7750-4

IMPRESO EN MÉXICO  
*PRINTED IN MEXICO*

*Para Lucia, Franco, Pablo  
y para que las generaciones que vienen  
tengan un futuro*

## PREFACIO

La historia jurídica de Occidente se ha construido sobre la base de la protección de la propiedad y la persona, lo que ha dejado una marca indeleble sobre numerosas investigaciones que han trasladado aquel modelo de tutela a un nuevo objeto: el ambiente. A lo largo de esta obra intentamos demostrar que esa adaptación es incorrecta porque no estamos en presencia de un hecho análogo, sino completamente diferente que, por lo tanto, requiere de una teoría apropiada.

Los bienes ambientales no son un mero supuesto de hecho pasivo de la norma, sino un sistema complejo y entramado que motiva sus propias regulaciones y órdenes clasificatorios. Basta con observar los tratados internacionales y leyes nacionales existentes en el mundo sobre suelos, mares, agua potable, glaciares, flora y fauna, aire puro, calentamiento global, especies en extinción y otras similares para apreciar la insuficiencia de la analogía.

En el Capítulo Primero estudiamos el paradigma ambiental que se orienta hacia la armonización del sistema legal con el ecológico. Hay nociones sobre la escasez de recursos, acción colectiva, causalidad, instituciones económicas y dilemas morales que interactúan de un modo que condicionan nuestro modo de ver los problemas actuales sobre la cuestión ambiental.

En el Capítulo Segundo nos ocupamos de las influencias sobre el derecho: el surgimiento de un nuevo bien jurídico protegido de carácter colectivo, un sistema de acciones típico e imperativo (prevención-precaución, seguido de la reparación primero *in natura* y sólo subsidiariamente pecuniaria); una legitimación para obrar específica para el bien colectivo; un nuevo diseño de los derechos subjetivos, que al ser puestos en relación con el bien colectivo adquieren una "función ambiental".

También señalamos que una de las características del derecho ambiental es la teoría de la implementación, que se basa en la regulación continua de los fenómenos jurídicos orientada hacia la eficacia.

En el Capítulo Tercero analizamos la regulación jurídica de la incertidumbre.

Exponemos las disyuntivas que plantea el principio precautorio, las fases de aplicación, los criterios de riesgo-beneficio, y presentamos algunos problemas de contexto: el parlamentarismo de la ciencia, la administración de los riesgos sociales, el estatuto del poder y la democracia intensiva.

En el Capítulo Cuarto estudiamos la teoría de la implementación, comenzando por el cumplimiento voluntario de las normas de preservación ambiental, mediante el diseño de las instituciones y del buen gobierno conforme al paradigma ambiental, como una manera de seducir a las personas para que orienten sus conductas de modo compatible con la preservación de la naturaleza. En este sentido, sostenemos que los programas deben atender tanto a las soluciones específicas como a los contextos culturales.

En el Capítulo Quinto investigamos los problemas que plantea el cumplimiento forzoso de la ley y las sentencias judiciales cuando se trata de bienes colectivos. Sobre la base de casos extraídos del derecho comparado, presentamos una estrategia de administración de "enforcement" de sentencias sobre bienes colectivos, que resultan de extraordinaria importancia y complejidad.

No desarrollamos una teoría completa porque hay muchos temas que podrían ser ampliados y otros nuevos surgirán en el futuro, pero intentamos instalar un espacio de reflexión sobre el estado actual de nuestras herramientas conceptuales, a fin de saber si lo que hacemos todos los días es adecuado para los fines que perseguimos.

Muchas personas han contribuido de modos muy diversos para que planteara estos problemas y los desarrollara de la manera en que están expuestos en este libro. En representación de todos ellos quisiera mencionar a mi queridísimo amigo Antonio Herman Benjamin, con quien he compartido muchos años analizando estos problemas, a veces discutiendo personalmente y en otras circunstancias pen-

sando lo mismo sin siquiera comentarlo entre nosotros. Antonio ha sido y sigue siendo un gran instigador de estas reflexiones.

También quiero agradecer a Mariana Catalano, quien se ha ocupado de ayudarme a revisar el texto final para dar mayor precisión a algunos temas.

RICARDO LUIS LORENZETTI



# CAPÍTULO I

## EL PARADIGMA AMBIENTAL

### INTRODUCCIÓN

No resulta arriesgado señalar que vivimos inmersos en una extraña paradoja cultural:

Hace muy poco tiempo confiábamos en los grandes relatos sobre el desarrollo progresivo,<sup>1</sup> que utilizaban palabras resonantes para describir una utopía a la que llegarían las generaciones futuras. Hoy, por el contrario, las prognosis sociales son bastante diferentes, no dicen nada bueno sobre lo que tenemos por delante y lo que le dejamos a las generaciones que nos sucederán se parece bastante al sentido etimológico de la utopía: un no lugar.

Vivimos una era de verdades implacables,<sup>2</sup> en la que la naturaleza está mostrando sus límites, y en la que nos acercamos a las fronteras de los modelos que han sido la base de nuestro desarrollo.

Es por esta razón que, en este trabajo presentamos un

---

<sup>1</sup> Dichas teorías, de base evolutiva, impregnaron todas las concepciones ideológicas. Tomas Moro anunció la utopía, el marxismo habló de la sociedad sin clases, y más recientemente, numerosos autores del siglo XX se expresaron con fervor sobre distintos aspectos del mundo por venir, caracterizándolo como posindustrial BELL, Daniel, *El advenimiento de la sociedad post-industrial*, Alianza, Bs.As., 1973., tecnocrático (BRZEZINSKI, Zbigniew, *La era tecnocrática*, Bs. As., Paidós, 2a. ed., 1979). En la producción teórica latinoamericana también se desarrollaron ideas de este tipo (RIBEIRO, Darcy, *El proceso civilizatorio*, Centro Editor de America Latina, Bs. As., 1971).

<sup>2</sup> Esto es evidente en los informes que brinda la comunidad científica sobre calentamiento global, desaparición de las especies, disminución de las áreas de bosques y muchos otros aspectos. Pero también el cine, la literatura, y la propia experiencia del ciudadano común perciben cambios relevantes en su entorno natural y cultural.

abordaje sobre la cuestión cultural que presentan los estudios sobre el ambiente. El enfoque es básicamente descriptivo se orienta a presentar los principales aspectos de modo sintético, a fin de facilitar una visión general.<sup>3</sup>

En este campo es posible presentar un esquema explicativo sobre tres etapas:

La primera fue “retórica”, puesto que, en los años setenta, el movimiento ambientalista sembró las primeras palabras nuevas, símbolos y utopías, poco conocidas hasta entonces.<sup>4</sup>

La segunda fue “analítica”, en el sentido de que identificaron problemas, se los estudió, y se fueron elaborando modelos para tratarlos. En el área jurídica esto significó un impresionante movimiento de calificación de nuevos supuestos de regulación, leyes de todo tipo en los Estados, Constituciones “verdes”, y tratados internacionales de amplio contenido.

La tercera es, en nuestra opinión, “paradigmática”, en cuanto a que lo que está cambiando es el modo de ver los problemas y las soluciones proporcionadas por nuestra cultura. No es sólo una nueva disciplina, como se suponía con las etapas anteriores, puesto que estamos ante una cuestión que incide en la etapa de planteamiento de las hipótesis, y es, fundamentalmente una mudanza epistemológica.

Desde este punto de vista podemos decir que surge un problema descodificante porque impacta sobre el orden existente, planteando uno distinto, sujeto a sus propias necesidades y es, por ello, profundamente herético. Se trata de problemas que convocan a todas las ciencias a una nueva fiesta, exigiéndoles un vestido nuevo. En el caso del Derecho, la invitación es amplia: abarca lo público y lo privado, lo penal y lo civil, lo administrativo y lo procesal, sin

---

<sup>3</sup> Una profundización en detalle de cada tema conspiraría contra la posibilidad de tener una visión general, de la misma manera que ocurriría con un mapa que fuera el fiel y extenso reflejo de la geografía; carecería de toda utilidad.

<sup>4</sup> El impacto que el ambientalismo ha tenido el campo del discurso retórico ha sido impresionante. Vocablos como “ecología”, “desarrollo sustentable”, “verde”, y tantos otros que ahora forman parte del lenguaje común, eran casi desconocidos hace treinta años.

excluir a nadie, con la condición de que adopten nuevas características.<sup>5</sup>

Por ello nos parece de interés indicar la existencia de un paradigma ambiental, que actúa como un principio organizativo del pensamiento retórico, analítico y protectorio, que se vincula con la interacción sistémica y con los enfoques holísticos.

La primera cuestión es entonces analizar porqué está cambiando el paradigma.

### I. LA NATURALEZA COMO RECURSO ESCASO

Los científicos afirman que hemos llegado a las fronteras del desarrollo poniendo en riesgo la naturaleza.<sup>6</sup> Esta idea, ampliamente divulgada, se basa en un hecho de implicancias culturales extraordinarias: la naturaleza, como un todo, es un recurso escaso.

Estamos acostumbrados a trabajar con la escasez de bienes tangibles, como la tierra o el agua, y otros intangibles, como la libertad. Frente a ello la economía desarrolló su teoría de la acción racional individual orientada hacia la maximización de beneficios, lo cual permite explicar las opciones que realiza un individuo cuando se ve forzado a hacerlo porque los bienes no alcanzan a satisfacer las necesidades de todos quienes lo desean.

Los conflictos entre personas que disputan bienes individuales son los que las leyes y los jueces resuelven habitualmente.

Lo novedoso es que la "naturaleza", como totalidad, y no sólo sus partes, es lo que ahora aparece como escaso lo que presenta un escenario conflictual diferente a los que conocemos.

---

<sup>5</sup> Escribí esta metáfora de la fiesta hace más de una década: "Las normas fundamentales de derecho privado", Santa Fe, Editorial Rubinzal-Culzoni, 1995. Me permito escribirla nuevamente en razón de su simplicidad para explicar un complejo problema de leyes homologas, y también como modo de agradecer al Dr. Cafferatta que la citado en tantas oportunidades.

<sup>6</sup> Los numerosos informes sobre calentamiento global y cambio climático son una buena muestra de ello.

## II. LIBERTAD, IGUALDAD Y FRATERNIDAD

En la historia del derecho encontramos muchos casos en los que, existiendo un recurso escaso, se han producido conflictos entre individuos, entre naciones, y el surgimiento de un pensamiento creativo que dio lugar a nuevas categorías de pensamiento.

Una manera didáctica de explicar el proceso es relacionarlo con los valores surgidos de la revolución francesa, ampliamente conocidos: libertad, igualdad y fraternidad.

Cuando en el mundo faltó la libertad, comenzaron a plantearse problemas relativos a la protección del individuo frente a los reyes, al estado, y otros poderes más intangibles como los económicos y los medios de comunicación. Es el siglo XIX el periodo en el que se desarrollaron los argumentos fundamentales que dieron lugar al "Estatuto de la libertad": las declaraciones de derechos humanos que se adoptaron en las constituciones, la construcción de una esfera de tutela de la individualidad personal, los remedios basados en la prevención inhibitoria. Los titulares de estos derechos son individuos, los bienes protegidos también poseen ese carácter y tanto las normas como los remedios consisten, principalmente, en prohibiciones, configuradas como obligaciones de no hacer.

En el siglo XX se expandieron las luchas por la igualdad, expresadas por los movimientos obreros, ampliadas a varios sectores sociales, las doctrinas filosóficas y políticas basadas en transformaciones que conducirían a un mundo más igualitario. Para nuestros propósitos interesa resaltar la aparición de los derechos humanos de contenido positivo, cuyos legitimados activos son individuos, el bien protegido es una relación de igualdad con otras personas, y la lógica normativa es caracterizada por mandatos que se traducen en obligaciones de hacer. Las dificultades teóricas que implican estos remedios todavía subsisten, pero las bases fueron conformadas en el periodo referido.

En nuestro siglo, aparece como apremiante retomar el valor que la revolución francesa llamó "fraternidad", y que

ahora ha sido reemplazado por la "solidaridad".<sup>7</sup> La diferencia sustancial reside en el cambio de escenario, puesto que no se habla solamente de conflictos interindividuales, sino entre individuos y lo colectivo; ya no hay solamente derechos, sino también deberes.

### III. CONFLICTOS EN LA ESFERA ÍNTIMA, PRIVADA Y SOCIAL

Siguiendo con el ejemplo desarrollado en el punto anterior, la conflictividad aparece en un nuevo escenario.

La teoría de las esferas íntima, privada y social del sujeto, permite establecer supuestos de delimitación de conflictos y reglas de solución de los mismos.

Bajo el paradigma de la libertad, surgió la "esfera íntima" que es el ámbito absolutamente intangible de protección de la vida privada.<sup>8</sup> El individuo no influye con su comportamiento sobre los demás, no afecta la esfera de intereses de sus pares o de la comunidad, y por lo tanto debe ser protegido. La disponibilidad que se le reconoce sobre estos bie-

---

<sup>7</sup> La solidaridad ha adquirido incluso valor normativo, como sucede con la Ley General del Ambiente, 25.675 que introduce dos principios de este carácter (art. 4): PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD: la Nación y los Estados Provinciales serán responsables de la prevención y mitigación de los efectos ambientales transfronterizos adversos de su propio accionar, así como de la minimización de los riesgos ambientales sobre los sistemas ecológicos compartidos. PRINCIPIO DE COOPERACIÓN: los recursos naturales y los sistemas ecológicos compartidos serán utilizados en forma equitativa y racional. El tratamiento y mitigación de las emergencias ambientales de efectos transfronterizos serán desarrolladas en forma conjunta".

<sup>8</sup> Quizás la mejor versión de ese principio de derecho inglés se encuentra en las palabras de William Pitt que en 1763 y en un discurso en el Parlamento, proclamara que "el hombre más pobre puede, en su casa, enfrentar a todas las fuerzas del Rey. Su casa puede ser frágil; su piso puede temblar; el viento puede soplar a su través; la tormenta puede entrar; la lluvia puede entrar, pero el Rey de Inglaterra no puede entrar y todas sus fuerzas no pueden cruzar el umbral de esa casa en ruinas" LASSON, Nelson B., *The History and Development of the Fourth Amendment to the United States Constitution*, Baltimore, John Hopkins University Press, 1937, pp. 49-50. El autor aclara que existen numerosas versiones de la expresión y que su fecha no es segura.

nes ha sido cada vez mayor, basándose en el “principio de la autodeterminación”.

Con el paradigma de la igualdad, se trabaja en conflictos intersubjetivos en el campo de la “esfera privada”. Ella está integrada por aquel ámbito que, siendo individual, repercute sobre los demás y por ello surge la necesidad de establecer un límite con las otras esferas individuales y lo público. La regla de solución se basa en el respeto recíproco: los derechos deben ejercerse de modo tal que no causen a los demás lo que uno no quiere que le causen.<sup>9</sup>

Con el paradigma ambiental, los conflictos surgen en la esfera social, que contempla los bienes públicos y aquellos actos que realiza el individuo situado en la acción colectiva. En este escenario lo individual no tiene primacía y no rige la reciprocidad, ya que es un conflicto donde se afecta a un bien común. En estos casos los derechos subjetivos deben ser interpretados de modo tal que, no conspiran contra el deterioro de tales bienes. De ahí que en la relación entre derecho de propiedad y medio ambiente, deba reconocerse una “función ambiental de la propiedad” en virtud de que la multiplicidad de derechos individuales de los propietarios deben coordinarse de manera tal que se orienten en la preservación del bien colectivo.

Los conflictos ambientales pueden plantearse en la esfera privada, lo que sucede en los supuestos de conflictos entre vecinos, los daños sufridos por los individuos como consecuencia de la lesión al ambiente, las afectaciones del derecho de propiedad derivada de legislaciones ambientalistas. Sin embargo, el campo típico de los conflictos ambientales se desenvuelve en la esfera social.

El paradigma ambiental reconoce como sujeto a la naturaleza, que es un bien colectivo, lo define como escaso o en situación de peligro y está dispuesto a limitar los derechos individuales.

En su método, transita un camino inverso a los anteriores, ya que parte de lo colectivo para llegar a lo individual.

Por ello el paradigma ambiental también opera como un

---

<sup>9</sup> HAMBURGER, Philip, *Natural rights natural law, and American Constitutions*, vol. 102, p. 923, Yale Law Journal, 1993.

metavalor, en el sentido de que, al igual que la libertad, es un principio organizativo de todos los demás.

#### IV. NOCIÓN DE PARADIGMA

Denominamos paradigmas a los modelos decisorios que tienen un estatus anterior a la regla y condicionan las decisiones. El vocablo ha sido ampliamente utilizado en numerosos campos filosóficos y científicos con acepciones diferentes, pero en nuestro caso se refiere únicamente al modelo de precomprensión que guía las acciones humanas en un determinado tiempo y lugar.

Los mismos textos van cambiando de sentido a lo largo de la historia conforme a diferentes concepciones que son predominantes en los intérpretes, como bien lo puso de manifiesto la hermenéutica.<sup>10</sup> También la pintura impresionista ha revelado cómo la misma catedral puede ser vista de distintos modos según influya la luz del día sobre el espectador.<sup>11</sup> En definitiva se trata de un argumento común, que puede permitir múltiples desarrollos diferentes, pero siempre limitados por ese programa básico.<sup>12</sup>

En el derecho el tema tiene una gran importancia.<sup>13</sup>

Quien se basa en paradigmas da preeminencia al contexto por sobre la norma. El procedimiento habitual es subsumir un término legal en un contexto que le da sentido, y que no es el ordenamiento, sino el modelo de decisión adoptado por el intérprete de antemano.

---

<sup>10</sup> GADAMER, Georg, *Verdad y Método*, Ed. Sigueme, Salamanca.

<sup>11</sup> Las pinturas de Monet sobre la catedral de Rouan es ejemplar en ese sentido. Ver el ejemplo utilizado en el derecho por G. Calabresi y A. D. Melamed, "Property Rules, Liability Rules and Inalienability Rules: One view of the Cathedral", *Harvard Law Review*, vol. 85, 1972, pp. 1080 y ss.

<sup>12</sup> Para mayor claridad podría utilizarse el más difundido ejemplo de los programas de computación: permiten hacer muchas cosas, pero siempre dentro de las limitaciones propias de su diseño; no hay desarrollos creativos que puedan salir lateralmente fuera del programa.

<sup>13</sup> Ampliamos en *Teoría de la decisión judicial*, Rubinzal-Culzoni, 2005. RODOTA, Stefano, "Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile", *Riv dir commerciale*, 1967, I, p. 86. ALPA, Guido, "I principi Generali", en *Trattato di diritto Privato* a cura di Giovanni Iudica e Paolo Zatti, Giuffrè, Milan, 1993, p. 69.

## PRIMERA PARTE

### ELEMENTOS DEL PARADIGMA AMBIENTAL

#### I. BIEN COLECTIVO SITUADO EN LA ESFERA SOCIAL

Los denominados “bienes colectivos” han adquirido relevancia normativa tanto a nivel constitucional como en la legislación especial.

Es tradicional que los Códigos Civiles regulen los bienes por su pertenencia al dominio público o privado. En los últimos años ha surgido una categoría de bienes que no pertenecen al Estado ni a los particulares en forma exclusiva, y que no son susceptibles de ser divididos en partes que permitan afirmar sobre ellas la titularidad individual de un derecho dominial.

El bien colectivo presenta las siguientes características:<sup>14</sup>

1. *Indivisibilidad de los beneficios:*  
*el bien no es divisible entre quienes lo utilizan*

Este “carácter no distributivo” impide la concesión de derechos subjetivos, ya que éstos presuponen que la titularidad se ejerce sobre una porción identificable o claramente delimitada. No hay derecho de propiedad ni posesión individual que permita adquirirla, y sólo se conceden derechos de actuación bajo la forma de la legitimación para obrar difusa o colectiva. En el mismo sentido, la transacción es limitada, porque nadie puede disponer, renunciar o efectuar reconocimientos sobre un bien del que no puede disponer.<sup>15</sup>

2. *Uso común sustentable:*  
*el bien puede ser usado por todos los ciudadanos*

Este uso común produce lo que se denomina la “tragedia de los comunes”, es decir, la ausencia de incentivos individuales para protegerlos y evitar el sobreuso. La masividad

---

<sup>14</sup> ALÉXY, Robert, *El concepto y la validez del derecho*, Gedisa, Barcelona, 1994, p. 187.

<sup>15</sup> Sobre este tema transacción ver el Capítulo sobre Cumplimiento Forzado. Sobre transacción en general ampliamos en *Tratado de los Contratos*, ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2000, T. III.



en el uso de bienes colectivos frecuentemente lleva a su agotamiento o destrucción, por lo que se requieren reglas limitativas que definan el uso sustentable. Ello significa que el uso del bien debe ser hecho de tal modo que no comprometa las posibilidades de otros individuos y de las generaciones futuras.

*3. No exclusión de beneficiarios:  
todos los individuos tienen derecho al uso  
y por lo tanto no pueden ser excluidos*

Ello constituye una diferencia muy importante respecto de los bienes individuales que admiten derechos subjetivos oponibles "*erga omnes*". El titular de un derecho de propiedad puede excluir a terceros que pretendan apropiarse del bien sobre el cual se asienta el derecho; en cambio, los bienes colectivos no otorgan esas facultades. No siendo posible la exclusión, la carga argumentativa pesa sobre quien decida limitar su acceso. Por ejemplo, puede haber un interés público, pero debe ser fundado sobre razones legítimas.

*4. Estatus normativo:  
el bien colectivo tiene reconocimiento legal*

En nuestra opinión, es necesario que sea calificado como un bien, es decir, un interés genérico merecedor de tutela, ya que puede haber "males colectivos" como la alta tasa de inflación o de criminalidad que no son protegidos. La existencia jurídica de un bien colectivo se identifica entonces por su reconocimiento deontológico, en el sentido de que su protección debe estar ordenada.<sup>16</sup> Una vez que se admite que el derecho puede discriminar entre bienes y males colectivos, corresponderá determinar si es necesario que el bien esté reconocido por ley para que exista como tal, o bien puede surgir de la mera costumbre. Ello permite distinguir entre bienes colectivos típicos (reconocidos por ley) y atípicos (que podrían surgir de la costumbre). En materia ambiental existen tratados internacionales y leyes nacionales que reconocen toda clase de bienes, de manera que el pro-

---

<sup>16</sup> ALEXY, *op. cit.*, p. 187.

blema no es tan importante como pareciera desde el punto de vista teórico. La admisión de bienes atípicos puede generar dificultades jurídicas porque pueden ser diferentes de los que el legislador identifica, o no coincidir totalmente, con lo cual habría una fragmentación que dañaría la eficacia de la tutela ambiental. Por estas dos razones nos inclinamos por el reconocimiento legal.

*5. Calificación objetiva:  
la calificación de un bien como colectivo  
surge de una designación normativa objetiva  
y no subjetiva*

De modo complementario con el elemento definido en el punto anterior, cabe señalar que un bien no es colectivo el sólo hecho de que a una persona le impresione como tal (calificación subjetiva), porque debe trascender la mera subjetividad de cada ciudadano. Como todos los datos normativos, debe ser susceptible de una manifestación exterior.

También corresponde diferenciar los bienes colectivos de los fenómenos de co-titularidad subjetiva. Un bien puede pertenecer a varias personas, como ocurre con el condominio sobre inmuebles, o propiedades coparticipables, o una sociedad de múltiples socios, o un fideicomiso, y en todos estos casos el individuo puede identificar la proporción que le corresponde porque no se disuelve en la totalidad. En cambio, en los bienes colectivos el individuo no puede identificar su parte, porque no le pertenece.

*6. Legitimación para obrar difusa o colectiva:  
estos bienes son protegidos mediante una amplia  
legitimación para obrar*

La protección de estos bienes no se deja en manos exclusivas del Estado, como ocurría en el pasado. Esta concentración no dio los resultados esperados ya sea por falta de acción pública, o por influencia excesiva de los grupos de presión, o porque los bienes trascienden las esferas nacionales. Por esta razón el espectro de sujetos legitimados incluye siempre a un representante del sector público, como el defensor del pueblo, pero no es exclusivo, ya que se amplía a las

organizaciones no gubernamentales que representan un interés colectivo, y a los afectados, que invocan un interés difuso.<sup>17</sup>

*7. Precedencia de la tutela preventiva:  
para proteger estos bienes la  
prevención-precaución deben aplicarse  
de modo prioritario a la reparación*

El bien de incidencia colectiva puede ser lesionado, restringido, alterado o amenazado. Esta acción debe ser antijurídica, ya que debe existir "arbitrariedad o ilegalidad" de un acto emanado de una autoridad pública o particular (art. 43 CN). En general, el legislador establece la precedencia de la tutela preventiva, es decir, primero prevenir, luego restituir y finalmente, si no quedan opciones, reparar el daño causado. Esta secuencia es imperativa, a diferencia de lo que no ocurre con la mayoría de los bienes individuales, sobre los cuales el titular tiene la opción voluntaria entre la restitución in natura y el resarcimiento. Esta regla obedece no sólo a una opción valorativa, sino también a una razón económica, ya que son de difícil apreciación económica (no son monetizables).

*8. Resarcimiento a través  
de patrimonios de afectación: cuando  
hay resarcimiento, no hay una indemnización  
que se traslade al patrimonio de una persona,  
aunque ella sea titular de la legitimación procesal*

La suma de dinero que se otorgue, o los bienes sustitutos, son gestionados por alguien al que se le adjudica esa función, pero al igual al bien al que subrogan, estos montos no tienen un dueño particular.

*9. Ubicación en la esfera social:  
estos bienes pertenecen a la esfera social de tutela*

Los derechos humanos dieron origen a la protección de la persona mediante obligaciones de no hacer que son parte

---

<sup>17</sup> Ampliamos en el Capítulo Segundo.

de una esfera íntima o de privacidad; la interacción entre individuos da lugar a relaciones jurídicas intersubjetivas cuya resolución pertenece a la esfera privada. Los bienes colectivos pertenecen a la esfera social, es decir, el conflicto no es un ataque al individuo, ni entre personas, sino una relación entre los bienes transindividuales y los sujetos. Esta afirmación es importante, porque en el primer caso tiene precedencia la protección del individuo, en el segundo es un problema de ponderación equilibrada de derechos de valor semejante, mientras que en el tercero es una relación entre el derecho subjetivo y el colectivo.

Entre la esfera pública y la privada hay una esfera social donde ubicamos a los bienes colectivos, lo cual instaura una regla de precedencia lógica<sup>18</sup> en el caso de los conflictos entre bienes colectivos e individuales.

## II. DEBERES, LÍMITES Y DERECHOS FUNDAMENTALES TÍPICOS

Cuando estudiamos los efectos de la libertad o la igualdad, nos desenvolvemos principalmente en el campo de los derechos fundamentales. Por el contrario, el paradigma ambiental representa, para los individuos, un sistema donde predominan los deberes y los límites a los derechos en razón de la protección que demanda el bien colectivo.

Este es un cambio importantísimo en la cultura de los derechos humanos.

La noción de derechos fundamentales ha estado inescindiblemente unida a las nociones de persona y derecho subjetivo.<sup>19</sup> Estos "derechos" son los que corresponden universalmente a "todos" los "seres humanos" en cuanto dotados del *status* de personas, de ciudadanos o sujetos con capacidad de obrar, entendiendo por "derecho subjetivo" cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de

---

<sup>18</sup> En conflictos de interpretación entre normas que tutelan bienes colectivos e individuales, se da preferencia a la que tutela el ambiente, como lo explicamos en el Capítulo II.

<sup>19</sup> FERRAJOLI, Luigi, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Ed. Trotta, 2001.

no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por "*status*" la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas.

Hemos criticado esta noción<sup>20</sup> porque está basada de modo excluyente en los derechos humanos de contenido negativo (de primera generación) o positivo (de segunda generación) y son concebidos como derechos "insaciables" porque se satisfacen aún cuando ello importe el agotamiento de los bienes comunes.

El desarrollo ilimitado de los derechos subjetivos y la aparición de los bienes colectivos han revelado que es necesaria una teoría más elaborada. Por un lado, es imprescindible mantener el contenido mínimo de las garantías de bienes primarios fundamentales de los seres humanos de modo transnacional, porque todavía persisten las persecuciones, el genocidio, la tortura, los agravios a la libertad de expresión, así como la exclusión social y económica de numerosos grupos humanos. Por ello es que debemos dejar en claro que los derechos humanos de primera y segunda generación conservan su actualidad.

Superado el nivel de la satisfacción de los bienes primarios, es necesario encontrar un punto de conexión entre el individuo y la sociedad, entre los bienes individuales y colectivos. Es en este campo en el que se debe completar la teoría de los derechos ampliando los bienes tutelados: bienes individuales y colectivos.

Esta nueva "ontología" da lugar al surgimiento de deberes de protección de los bienes colectivos y a límites en el ejercicio de los derechos individuales que surgen cuando afectan al bien colectivo de modo irreversible.

En los últimos años se ha revelado otro fenómeno derivado de la escasez de recursos colectivos, y es el surgimiento de derechos humanos vinculados a bienes ambientales. En numerosas constituciones existe el derecho al medio

---

<sup>20</sup> En *Teoría de la decisión judicial*, Rubinzal-Culzoni, 2006.

ambiente adecuado,<sup>21</sup> y en tratados internacionales se comienza a discutir el derecho a bienes más específicos. El caso más comentado es el del agua potable, que se ha vuelto un recurso escaso y que al mismo tiempo es necesario para la subsistencia humana. El problema es que el agua está siendo sometida a regímenes de mercado, lo que le impone un precio que muchas personas no pueden pagar, y que ha planteado la necesidad de un “derecho fundamental al agua potable”.

En virtud de lo expuesto podemos afirmar que el paradigma ambiental incorpora un bien colectivo que genera derechos-deberes así como límites y nuevos derechos fundamentales.

Podemos decir que hay:

- Deberes ambientales puros:
  - Positivos: como ocurre con los deberes de preservación de los recursos naturales o de la biodiversidad;
  - Negativos: como los de no dañar a otro, no contaminar;
- Límites al ejercicio de los derechos subjetivos: por ejemplo, el derecho al consumo, se vuelve “consumo sustentable”, es decir, limitado; el derecho a ejercer una industria lícita aparece condicionado por el principio precautorio;
- En el campo de los reflejos individuales de la protección del ambiente, surgen derechos típicos, como el referido al medio ambiente o al agua potable.

### III. NOCIÓN DE AMBIENTE

El paradigma ambiental introdujo la necesidad de una definición jurídica del ambiente, a los fines de establecer cuál es objeto de protección.

Una primera diferencia que hay que efectuar es entre el derecho al medio ambiente adecuado, que es un derecho subjetivo que tienen las personas, y la tutela del ambiente,

---

<sup>21</sup> LOPERENA ROTA, Demetrio, *El derecho al medio ambiente adecuado*, Madrid, 1996, Civitas.

que se concentra en el bien colectivo. La primera es una idea antropocéntrica y previa al paradigma ambiental, porque mira la totalidad desde el sujeto; la segunda es una noción geocéntrica, concentrada en el bien colectivo y típica del ambientalismo.

Efectuada esta aclaración, cabe decir que el concepto de "ambiente" ha ido evolucionando y todavía presenta un alto grado de confusión.<sup>22</sup>

Para una tendencia restrictiva se incluyen sólo los recursos naturales tales como agua, suelo, flora, fauna y otros.<sup>23</sup> Un poco más amplia es la inclusión de los bienes culturales, como el patrimonio histórico. Otra versión más extensa abarca problemas de política social, como la pobreza o la vivienda y la calidad de vida en general. Finalmente, otros concluyen en el concepto de calidad de vida, como comprensivo del conjunto de cosas y circunstancias que rodean y condicionan la vida del hombre. Es evidente que coexisten conceptos, principios, valores, que deben diferenciarse.

Una definición puede incluir un listado de elementos que integran el concepto, lo cual es bueno pero es insuficiente, ya que siempre habrá algún aspecto no incluido u otro novedoso que se tiene que incluir. En esta categoría se encuentran las definiciones materiales que consisten en listado: el ambiente es el agua, el suelo, el aire, la fauna, la flora.

El listado de elementos materiales debería ser ampliado por otros inmateriales como el paisaje<sup>24</sup> o el patrimonio histórico.

---

<sup>22</sup> Muchos autores definen al ambiente mediante una enumeración de los bienes que lo componen: MILARE, Edis, *Direito do Ambiente*, doutrina-practica-jurisprudencia-glossario, 2a. ed., Rev dos Tribunais, S. Paulo, 2001; OROZCO PARDO, Guillermo, PÉREZ ALONSO, Esteban, *La tutela civil y penal del patrimonio histórico, cultural y artístico*, Madrid, 1996, Mc Graw-Hill; JORDANO FRAGA, Jesús, *La protección del derecho a un medio ambiente adecuado*, Barcelona, 1995, Bosch.

<sup>23</sup> BENJAMIN, Antonio, "Função ambiental", en *Dano Ambiental. Prevenção, reparação, e repressão*, Ed. Rev. Dos Tribunais, Sao Paulo, 1993, p. 49.

<sup>24</sup> PRIEUR, Michel: "Convención Europea del Paisaje", su disertación en el "Primer Congreso Internacional de Derecho Ambiental", El Cala-

En nuestra opinión corresponde distinguir entre el “macro bien” y los “microbienes ambientales”.

El ambiente es un “macro-bien”, y como tal es un sistema, lo cual significa que es más que sus partes: es la interacción de todas ellas. Un ejemplo claro es la ley brasileña (6938/81, art. 3, I) cuando dice que entiende por medio ambiente el conjunto de condiciones, leyes, influencias e interacciones de orden físico, químico y biológico, que permite regir la vida en todas sus formas”. El mismo criterio guía la definición de daño ambiental en la Ley General del Ambiente argentina (25.675, art. 27) que establece: “se define el daño ambiental como toda alteración relevante que modifique negativamente el ambiente, sus recursos, el equilibrio de los ecosistemas, o los bienes o valores colectivos”.

Los “micro-bienes” son partes del ambiente, que en sí mismos tienen la característica de subsistemas, que presentan relaciones internas entre sus partes y relaciones externas con el macro-bien.

En esta categoría subsumimos la fauna, la flora, el agua, el paisaje, los aspectos culturales, el suelo, etc. La biodiversidad, por ejemplo, es un micro bien, que tiene relaciones internas con todos los aspectos que la integran, pero asimismo, es un asunto horizontal que influye y está presente en varios de los otros microbienes, como la flora y la fauna. En otros casos, encontramos temas que tienen impactos colaterales sobre microbienes, como ocurre con los conflictos armados, que deterioran diversos aspectos del ambiente. De igual modo ocurre con la agricultura, que influye sobre la desertificación y el monocultivo, o el comercio que introduce incentivos económicos que mejoran o disminuyen la calidad del entorno natural.

Es claro que lo que predomina es la noción de “interrelación” o sistema” que es esencial para la comprensión.

---

fate, Provincia de Santa Cruz, 22 y 23 de abril de 2004. Prieur, Michel, “La noción de patrimonio común”, JA 1998-IV-1014, dice que “el paisaje es la ilustración perfecta de la unión en torno de un patrimonio a la vez natural y cultural. De allí que la noción de patrimonio común aparezca como transambiental, es decir como aplicable a casi todos los elementos del medio ambiente, sean naturales o culturales”.



#### IV. EL SISTEMA CAUSAL

El paradigma ambiental presenta una causalidad típica, porque no es concebida como una proyección de la subjetividad, sino típicamente sistémica.

##### 1. *La noción de sistema*

Estamos acostumbrados a pensar que nuestros actos tienen efectos limitados en el tiempo y en el espacio.

Esta idea basada en una limitada capacidad de observación, prescinde de las consecuencias mediatas que operan en el mediano y largo plazo, así como de las que se producen por interacción con otras conductas y con factores naturales. Esta concepción afecta el cálculo de las acciones humanas, tanto en el campo económico como en el jurídico.

La acción presente no considera los efectos futuros, como ocurre cuando agotamos un recurso sin tener en cuenta las posibles necesidades futuras. Por su parte, el acto individual prescinde de los efectos de la acción colectiva; por ejemplo, arrojamos a un río un líquido contaminante porque es una pequeña cantidad, pero no tomamos en cuenta la multiplicidad de sujetos que hacen lo mismo.

El paradigma ambiental se basa en una idea de interacción compleja que toma en cuenta los efectos individuales y colectivos, presentes y futuros de la acción humana.

Es una concepción sistémica de la causalidad que se ha ido desarrollando en múltiples campos.

En la literatura, lo ha señalado Borges<sup>25</sup> al contar que “en 1517 el P. Bartolomé de las Casas tuvo mucha lástima de los indios que se extenuaban en los laboriosos infiernos de las minas de oro antillanas, y propuso al emperador Carlos V la importación de negros, que se extenuaran en los laboriosos infiernos de las minas de oro antillanas. A esa curiosa variación de un filántropo debemos infinitos hechos: los blues de Handy, el éxito logrado en París por el pintor doctor oriental Pedro Figari, la buena prosa cimarrona del también oriental D. Vicente Rossi, el tamaño mitológico de Abraham Lin-

---

<sup>25</sup> En “El atroz redentor Lazarus Morell”, publicado dentro del libro *Historia Universal de la infamia*; Obras Completas, Editorial Emece.

coln, los quinientos mil muertos de la Guerra de Secesión, los tres mil trescientos millones gastados en pensiones militares, la estatua del imaginario Falucho, la admisión del verbo linchar...”.

La ciencia ha evolucionado en este campo a medida que ha podido superar las limitaciones subjetivas en el campo de la observación, por disponer de mejores y más sofisticados instrumentos. Pero también la evolución tiene relación con los diversos estadios evolutivos en el pensamiento, sobre todo en la sicogénesis.<sup>26</sup> Un panorama actual puede permitirnos afirmar que la concepción en esta materia es más sistémica, holística, geocéntrica, que la que existía pocos años atrás.

En la física ha sido un buen aporte la noción de sistema.<sup>27</sup> Por su parte, la teoría del caos señala que todo está interconectado y los vínculos de causa a efecto se establecen en múltiples niveles difíciles de discernir, de manera que una perturbación, muy débil al principio, es suficiente para imponer progresivamente un nuevo ritmo macroscópico.<sup>28</sup>

En el campo de la biología al incorporar la noción de sistemas autopiéticos<sup>29</sup> se introduce la idea de autorregulación, que permite describir el comportamiento de los organismos que siempre buscan su punto de equilibrio mediante intercambios con el ambiente.

En la antropología,<sup>30</sup> la apertura que significó el estructuralismo llevó a describir los comportamientos en base a modelos de interacción. Es interesante el concepto de “ecolo-

---

<sup>26</sup> PIAGET, Jean-GARCIA, Rolando, *Psicogénesis e historia de la ciencia*, Siglo XXI, 2a. ed., México, 1984; PIAGET, Jean, *El estructuralismo*, Oikos, Barcelona, 1981.

<sup>27</sup> BERTALANFFY, Ludwig, *Teoría general de los sistemas*, Fondo de Cultura Económica, 1976, p. 82.

<sup>28</sup> BALANDIER, Georges, *El desorden. La teoría del caos y las ciencias sociales*, Gedisa. Barcelona, 1993. En el campo de la probabilidad y el caos: Thom, Rene, “A dynamic theory of morphogenesis”, en *Towards a theoretical biology*, Waddington ed. Edimburgh Univ Press. 1968.

<sup>29</sup> MATURANA, Humberto y VARELA, Francisco, *Autopietic Systems*, Illinois.

<sup>30</sup> LEVY STRAUSS, Claude, *Antropología estructural*, Eudeba, 1977.

gía de la mente”<sup>31</sup> que lleva a busca cierta unidad en la naturaleza del orden y la organización de los sistemas vivientes, un cuerpo unificado de teoría tan global que arroja luz sobre todas las esferas particulares de la biología y el estudio de la conducta. Ese modo es interdisciplinario, no en el sentido habitual y simple de intercambiar información entre diversas disciplinas, sino en el sentido de descubrir pautas comunes a muchas disciplinas.

También en el Derecho se ha tratado de utilizar la noción de sistema autorregulado.<sup>32</sup>

Lo que define a un sistema es una organización autorreferente de elementos interrelacionados de un modo autónomo; la autorreferencia, la autoorganización, y la homeóstasis son características del sistema, en el sentido de que su orden interno es generado a partir de la interacción de sus propios elementos que se reproducen a sí mismos, son funcionalmente diferenciados, y buscan una estabilidad dinámica.

Un concepto que tiene cierta proximidad, pero que ha sido desarrollado en un sector de la filosofía, es la concepción “holística”. Con ello se quiere decir que todo tiene una interrelación que debe ser respetada, tanto en la naturaleza, como en el derecho mismo. Ello es diferente de la unilateralidad que ha caracterizado al pensamiento occidental que se enfoca habitualmente en el análisis de una cuestión, prescindiendo del contexto.

Un buen ejemplo de lo que decimos es el caso del agua, para cuyo estudio es necesaria una perspectiva sistémica que examine la globalidad de los procesos, desde la fuente, el aprovisionamiento, el uso, el tipo de uso; y el reciclado del agua después del uso.<sup>33</sup> La “forest community” consiste

---

<sup>31</sup> BATESON, Gregory, *Una Unidad Sagrada —Pasos ulteriores hacia una ecología de la mente—*, Ed. Gedisa, S.A., España, 1993.

<sup>32</sup> TEUBNER, Gunther, *O direito como sistema autopiético*, Fund Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1989; CANARIS, Claus, *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*, Fund Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1996.

<sup>33</sup> “Derechos Reales y Derecho Ambiental: ¿Qué fue, qué es y qué será el agua para el derecho?”, revista *La Ley*, Sup. Derecho Ambiental, X, N° 3, Buenos Aires, lunes 14 de julio de 2003, pp. 2-5.

en un ensamblaje de plantas, animales, aire, sol y agua; cada uno de esos organismos están interrelacionados directa o indirectamente con todos los demás organismos de la comunidad; la salud y bienestar de cada organismo depende de los factores ambientales que lo rodean, y el sistema todo está condicionado, en un grado considerable, por la comunidad biótica misma; todo constituye un sistema ecológico complejo.<sup>34</sup>

## 2. La noción de acción colectiva

El paradigma ambiental confiere preeminencia a la acción colectiva, porque, al contrario de lo que ocurre con la economía clásica, lo que interesa es el efecto acumulativo de las acciones individuales, los cuales son absolutamente diferentes.

Es bien conocida en derecho la noción de causalidad, uno de cuyos supuestos se refiere al caso en que varios individuos realizan acciones que, aisladamente son inocuas, pero sumadas, producen un resultado dañoso.<sup>35</sup>

Otro ejemplo es la noción de "contrafinalidad", que puede ser concebida como las consecuencias no intencionadas que surgen cuando cada individuo en un grupo actúa sobre una presunción acerca de las relaciones con otros que, cuando se generaliza, produce la contradicción.<sup>36</sup>

Se trata de efectos no esperados de una acción colectiva:

- Si en una sala de conferencias uno se pone de pie para ver mejor, logrará un buen resultado, pero si todos se ponen de pie, nadie logra ver mejor al orador;
- Cuando un individuo tiene temor y retira su dinero del Banco, obtiene un resultado eficiente para él; pero si todos tienen el mismo sentimiento y obran de igual modo, se producirá una "corrida" y nadie podrá retirar

<sup>34</sup> SPURR, S. *Forest Ecology*, 1964, p. 155; GOSZ, HOLMES, LILENS, & BORMANN, "The Flow of Energy in a Forest Ecosystem", *Scientific American*, N° 3, pp. 92-102 (1978).

<sup>35</sup> Arrojar un poco de líquido contaminante a un río, es inocuo, pero cuando muchas personas hacen lo mismo, lo contaminan.

<sup>36</sup> ELSTER, JON, *Lógica y Sociedad - Contradicciones y mundos posibles*, Gedisa, Barcelona, 1994, p. 144

su dinero porque probablemente pongan al banco en problemas;

- Si un campesino aumenta su riqueza talando árboles para obtener más tierra para sembrar, y todos hacen lo mismo, se producirá una deforestación que hará que el campesino tenga, finalmente, menos tierra.

Estos aspectos tienen una gran importancia cuando se analizan las consecuencias públicas de las acciones privadas y cuando se trata de problemas vinculados a acciones grupales y colectivas.

### 3. *El modelo antropocéntrico y geocéntrico*

Todo el edificio teórico de la cultura occidental ha sido construido sobre la base del individuo, utilizando los paradigmas de la libertad y de la igualdad, como hemos señalado. El cambio actual está caracterizado por una concepción menos antropocéntrica y más geocéntrica, es decir, la aparición de la naturaleza como sujeto.

Para el antropocentrismo el centro del interés es el individuo. Por esta razón, todas las cosas, los bienes e incluso la naturaleza son apreciados como valiosos sólo en tanto produzcan una utilidad para los humanos. Esta idea lleva a definiciones bien precisas en muchos campos.

En el derecho de propiedad podemos hablar de un "paradigma dominial", que se extiende desde el Derecho Romano hasta mediados del siglo XX, y en el que es evidente que los objetos naturales como la tierra o el agua cumplen una función absolutamente pasiva. Es decir, no generan regulaciones y sólo son un supuesto de hecho de la norma.

En el caso del agua la historia muestra con claridad que siempre que hubo regulaciones, éstas se basaron en la preservación de la salud pública, o en el uso industrial, es decir que el bien jurídico protegido fue siempre de carácter humano.<sup>37</sup>

---

<sup>37</sup> En el derecho privado, el bien jurídico protegido es el dominio, representativo del patrimonio del ciudadano y de la naciente empresa industrial. En el sector público, se protege la salud pública, en cuanto las políticas se ordenan básicamente, al combate contra las epidemias pro-

La escasez de la naturaleza y de sus recursos los ha vuelto intrínsecamente valiosos, no ya solamente por su utilidad para los servicios humanos, sino en cuanto a su funcionamiento como sistema de vida, lo cual constituye una inversión copernicana en la comprensión de los bienes jurídicos.

Los bienes ambientales ya no son un mero supuesto de hecho pasivo de la norma, sino un sistema que motiva sus propias regulaciones y órdenes clasificatorios. Es suficiente con observar los tratados internacionales y leyes nacionales existentes en el mundo sobre los suelos, los mares, el agua potable, los glaciares, la floresta, el aire puro, el calentamiento global, la fauna, las especies en extinción, para apreciar cómo generan regulaciones por sí mismos.

La conclusión es que el modelo dominial ha llevado a los bienes ambientales a un punto de tensión extrema, porque ha aumentado la demanda sobre ellos, mientras que la oferta es cada vez menor, ya que la cantidad y calidad está disminuyendo. Por esta razón ya no es posible admitir que existe un derecho para todos de usar los bienes en cualquier cantidad y para cualquier propósito.

## SEGUNDA PARTE EL IMPACTO DEL PARADIGMA AMBIENTAL

### I. LA ÉTICA AMBIENTAL Y LOS VALORES

#### 1. *El conflicto moral*

Ibsen,<sup>38</sup> dramaturgo noruego, escribió en 1882, la obra "Un enemigo del pueblo", que plantea el problema de modo contundente: un médico de un balneario comprueba que las aguas están contaminadas por la derivación de líquidos cloacales; en el primer acto se le rinden honores por el aporte realizado a la comunidad; posteriormente al saber que había que cerrar el balneario, única fuente de ingresos

---

vocadas por el consumo de agua contaminada. Sobre este tema ampliar en: "Direito, Agua e vida", Benjamin, Antonio (Organizador), "Congreso Internacional de Direito ambiental", S. Pablo, 2003. Imprenta oficial.

<sup>38</sup> Ver *Teoría de la decisión judicial*, cit, p. 428.

del pueblo, reaccionan los propietarios, los trabajadores, la prensa, el intendente, y todo concluye en el último acto con una asamblea en la que lo declaran "enemigo del pueblo". El Dr Stockmann hace dos descubrimientos: el primero es que el balneario estaba fundado sobre bases pestilentes y enfermizas; el segundo es que la sociedad estaba fundada sobre bases pestilentes y enfermizas.

Estos fundamentos de la sociedad occidental se relacionan con la idea fáustica de Goethe, quien presenta a Fausto enviando a Mefistófeles a matar a una vieja y amada pareja que vive en una pequeña cabaña a la orilla del mar por el simple hecho de que no encajan en el plan maestro.<sup>39</sup> Destruir para crear, renovación perpetua, dialéctica entre el pasado y lo moderno, son los símbolos del progreso. Lo que ocurre ahora es que se ha descubierto un límite tanto en la destrucción como en la creación.

La tutela del ambiente requiere decisiones complejas en el plano de los valores, y asistimos a un formidable debate mundial sobre conflictos entre desarrollo y ambiente.

El paradigma ambiental influye en este campo mediante el señalamiento de directivas éticas y morales.

## 2. Valores ambientales

El paradigma ambiental importa una definición valorativa cada vez más potente.

El paradigma ambiental es "valorista", es decir, establece una orientación a la razón técnica. Este es un antiguo debate que comenzó con gran fuerza cuando el surgimiento de la revolución industrial afirmó el presupuesto de la neutralidad axiológica de la "ciencia", y por sobre todo, de su dominio "técnico".<sup>40</sup> Bajo este enfoque, el avance científico debe ser independiente de todo control ético, lo cual ha tenido razones fundadas durante mucho tiempo. Sin embargo, en la actualidad pueden observarse fronteras en campos

---

<sup>39</sup> BERMAN, Marshall, *Todo lo sólido se desvanece en el aire. La experiencia de la modernidad*, Siglo XXI, 1989.

<sup>40</sup> Ampliamos en *Teoría de la decisión judicial*, cit. Ver también FINNIS, John, *Natural law and natural rights*, Clar Press, New York, 1984, p. 113.

como la genética, la energía nuclear y el ambiente, en los que se diseñan fuertes límites basados en valores.

La existencia de un valor permite señalar una finalidad a la acción desorientada y puede suministrar un instrumento para apreciar el contenido apropiado o desacertado de las acciones. Por ejemplo, tanto el desarrollo como el consumo son acciones que tradicionalmente no tenían orientaciones admisibles, pero con el ambientalismo se le adiciona una característica que le da una orientación: ambos deben ser sustentables.

El ambientalismo vino a darle un nuevo sentido a los valores existentes, como ocurre por ejemplo con el "bienestar general" que admite el preámbulo de la Constitución Argentina. Seguramente la intención de los fundadores de la patria se relacionaba con el desarrollo económico, pero hoy en día, el bienestar no puede ser concebido sin un ambiente sano.

El ambientalismo introdujo nuevos valores que han ingresado en los textos constitucionales y supranacionales, y que cumplen la función de límite material para la legislación.

En otros casos el valor expresa un juicio comparativo (compara un valor con otro), y en ello se diferencia del principio (mandato de optimización, manda hacer algo en la mayor medida posible). Esta valoración comparativa surge cuando de dos objetos se dice que uno tiene mayor valor que otro, expresándose juicios de preferencia o equivalencia. Es en este aspecto que los "valores ambientales" comienzan a ejercer una función, porque pretenden ser comparados con otros valores y tener prioridad.

## II. LA ECONOMÍA

En este aspecto el paradigma ambiental introduce un cambio importantísimo.

El análisis de la acción racional individual ha sido el eje del pensamiento económico durante varios siglos. La regla fundamental es que el sujeto racionalmente orientado maximiza sus beneficios, y en base a ello se puede hacer una prognosis acerca de cuáles serán sus preferencias.<sup>41</sup> Na-

---

<sup>41</sup> FISCHER, Stanley, DORNSBUCH, Rudiger, SCHMALENSSEE, Richard, *Eco-*



turalmente, la elaboración de modelos sobre esta base es compleja, porque hay que contemplar los problemas de falta de información, situaciones en la que existen óptimos múltiples, todo lo cual ha motivado críticas fundadas.<sup>42</sup> También es necesario considerar las situaciones en que la acción se repite en el tiempo interactuando con otros sujetos, porque se aprende y se modifican las estrategias.<sup>43</sup>

Estas reglas han sido coherentes con las que el derecho ha diseñado para la propiedad, los contratos y la responsabilidad; y son las usualmente aplicables en el contexto de un mundo caracterizado por la escasez y conductas orientadas hacia el máximo beneficio individual.<sup>44</sup>

Esta brevísima presentación de la teoría clásica, sirve para identificar otros campos de indagación que están conectados con el ambientalismo.

### 1. *Externalidades negativas:*

#### *La relación de la empresa con la sociedad*

La noción de externalidad negativa o costo social de la conducta individual ha sido un aporte fundamental para el ambientalismo.<sup>45</sup>

Este aspecto, habitualmente ignorado, fue incorporado en los análisis económicos y en el derecho, y sirvió para señalar muchas situaciones en que hay unas consecuencias del obrar individual que otros soportan. Históricamente, el derecho se basó en el presupuesto de la neutralidad res-

---

*nomía*, trad. Luis Toharia y Esther Rabasco, ed. Mac Graw-Hill, SA, seg. ed. 1990, p. 17; ARROW, J. K., *Elección social y valores individuales*, Inst. de Est. Fiscales, Madrid, 1974.

<sup>42</sup> ELSTER, Jon, *Juicios Salomónicos - Las limitaciones de la racionalidad como principio de decisión*, Gedisa, Barcelona, 1989.

<sup>43</sup> AXELROD, Robert, *The Evolution of cooperation*, N. York, Basic Books, 1984. Por ejemplo, cuando el "dilema del prisionero" (que es un "clásico de la teoría de los juegos, muy utilizado en los contratos), se juega en forma repetida, los jugadores cambian su estrategia con resultados cooperativos, para el autor.

<sup>44</sup> EPSTEIN, Richard, *Simple rules for a complex world*, Harvard Univ. Press, 1995.

<sup>45</sup> COASE, Ronald, *La empresa, el mercado y la ley*, Alianza economía 1994.

pecto de este tipo de asignaciones, como un modo de subsidiar a los individuos y a las empresas que actúan en el mercado.<sup>46</sup> En los orígenes del capitalismo, la empresa estaba naciendo y merecía un subsidio para fortalecer su crecimiento,<sup>47</sup> por lo que la regulación se concentró sólo en los problemas individuales o internos.<sup>48</sup>

Como consecuencia de este principio, las empresas cuyas actividades contaminan, no toman en cuenta estos costos, pues son transferidos a otras personas o a la comunidad en su conjunto, recibiendo sólo el beneficio por su actividad. Al externalizar estos costos, no tienen incentivos en reducir el nivel de polución que causan con la producción de bienes y servicios rentables. Desde el punto de vista estrictamente económico, la externalidad lleva a una sobreproducción que excede lo que se haría realmente si se tomaran en cuenta los costos reales. La clave para alcanzar un nivel óptimo consiste en inducir a los maximizadores del beneficio privado a restringir su producción al nivel que sea inmejorable desde el punto de vista social, no sólo desde el punto de vista privado. Esto se logra mediante políticas públicas que obliguen a la empresa a operar a lo largo de la curva de costo marginal social y no a lo largo de la curva de costo marginal privado, lo cual implica que la "externalidad" sea "interiorizada".

El gran cambio se produce cuando se "internalizan" esos costos porque la sociedad ya no quiere soportarlos. Ello se ve claramente en las indemnizaciones por daños ambientales que deben pagar las empresas, pero también en las exigencias de transformación de los mecanismos de producción

---

<sup>46</sup> Ampliamos en LORENZETTI, Ricardo, *Problemas actuales de la empresa*, LL. 6.94.

<sup>47</sup> Por ejemplo, la personalidad jurídica y la responsabilidad limitada son modos de limitar el riesgo empresarial; se le permite arriesgar, cargándosele solo algunos de los daños que causa; los demás, aunque existen, son soportados por otros sectores.

<sup>48</sup> En este contexto de subsidio generalizado, los problemas principales eran los intraempresarios. El derecho prestó atención a las relaciones entre el empresario y la comunidad empresarial: sus dueños, sus obreros, proveedores, intermediarios. La tipología societaria, el derecho laboral, la falencia, el crédito, son sus institutos característicos.

de bienes, obligándolas a incorporar nuevas tecnologías “limpias” cuyo costo deben soportar.

Se construye así un nuevo modelo de relación entre la empresa y la sociedad en relación a las externalidades, altamente complejo y conflictivo.

## 2. Instituciones: *la tragedia de los bienes comunes*

Las instituciones tienen una gran importancia para el desempeño económico<sup>49</sup> y un alto impacto sobre el tipo de acciones que se adoptan en una comunidad.

La ausencia de estímulos individuales para la tutela de los bienes colectivos genera lo que se denomina: de la “tragedia de los bienes comunes”, porque hay una sobreutilización derivada de la falta de incentivos para cuidarlos; si nadie es propietario, no hay quien se preocupe por cuidar al bien. El acceso ilimitado a estos bienes provoca grandes daños: la cantidad y diversidad de especies marinas esta disminuyendo drásticamente, los cursos de agua se contaminan, biodiversidad disminuye por la acción humana. No hay mecanismos de mercado para adjudicar los recursos entre intereses competitivos, y nadie tiene interés en la protección.

Ha llegado el tiempo en que debemos pensar el problema del agua en términos de escasez y de intereses competitivos que deben ser justamente reconciliados.<sup>50</sup> De ello

---

<sup>49</sup> NORTH, Douglas, *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*, 1990, Cambridge Univ Press.

<sup>50</sup> GOULD, Kenneth S., *An introduction to water rights in the twenty-first century: the challenges move east*, University of Arkansas at Little Rock Law Review, Fall 2002; MORRIS, Andrew P.-YANDLE, Bruce-ANDERSON, Terry L., *Principles of water*, Water Use symposium articles, Tulane Environmental Law Journal, Summer, 2002; MCGEE, Robert & BLOCK, Walter, *Pollution Trading Permits as a Form of Market Socialism, and the Search for a Real Market Solution to Environmental Pollution*, 6 FORDHAM L. & ENVTL. J. 51 (1994); WHITEHEAD, Roy Jr. and BLOCK, Walter, “Environmental takings of private water rights. The case for water privatization”, Environmental Law Reporter, Volume Year XXXII, News & Analysis, October, 2002; THOMPSON, Barton H., Jr., Takings and Water Rights, in *Water Law: Trends, Policies, and Practice* 43-55 (Kathleen Marion Carr & James D. Crammond eds., 1995).

deriva el diseño de instituciones que tratan a los bienes comunes en base a incentivos privados, y por ejemplo, se podría otorgar concesión de derechos de propiedad sobre un río para ofrecer un incentivo para controlarlo, evitar las inundaciones y las crecidas repentinas.

El argumento central es la distribución de los costos. Ninguna persona razonable desea la extinción de peces y animales, pero cuando decidimos protegerlos, también debemos definir quién debe soportar la carga. Si consideramos que es de interés público tomar derechos privados para proteger especies en extinción, deberíamos hacernos cargo de los costos.

Las principales críticas a esta posición se basan en la dificultad de aplicar derechos de propiedad y en los efectos adversos que ello puede tener.<sup>51</sup>

En cuanto a los efectos adversos, es evidente que se puede provocar una exclusión social muy fuerte respecto del acceso a diferentes usos del bien, lo cual crearía un problema muy grave en toda la población planetaria.

El otro enfoque considera que el ambiente es un bien colectivo y que, como lo dijimos anteriormente, no es posible adjudicar derechos de propiedad sobre el mismo. No se impide en cambio la concesión de derechos de uso y de gestión, como ocurre con los servicios de suministro de agua potable. En estos supuestos es legítimo cobrar un precio que se fije conforme a criterios prefijados en el acto de concesión. Sin embargo, en estos supuestos, hay un límite que impide la exclusión de personas con derechos de acceso a bienes primarios, y por ello se habla de un derecho fundamental al agua potable, como lo señalamos *ut supra*.

La discusión sobre este punto debe tener en cuenta el distingo entre una regla de propiedad, que impide a un tercero apropiarse de un bien sin el consentimiento del dueño; una de responsabilidad, que tolera la invasión contra el

---

<sup>51</sup> BARRON, Gerald, Sharunda Buchanan, Denise Hase, Hugh Mainzer, Montrece McNeill Ransom, John Sarisky, "New approaches to safe drinking water", *Journal of Law, Medicine and Ethics*, Fall, 2002 (Special Supplement-Concurrent Sessions-Law & the Basics; Safe Water, Food & Air).

pago de una indemnización, y una de inalienabilidad.<sup>52</sup> En este último caso, el derecho es declarado intransmisible tanto mediante una transacción voluntaria (regla de propiedad) como mediante una transacción forzosa (regla de responsabilidad), lo cual puede ser una respuesta jurídica eficiente en los casos de externalidades que afectan a un número indefinido de individuos y que involucran altos costos de transacción

### 3. *Externalidades positivas.* *Nuevos campos económicos*

El desarrollo de nuevos instrumentos y áreas económicas vinculados al ambientalismo es cada vez más importante, como lo veremos al estudiar el cumplimiento voluntario.

En el campo comercial, puede mencionarse la “etiqueta verde” que promueve el diseño, la producción, comercialización y utilización de productos que tengan repercusiones reducidas en el medio ambiente durante todo su ciclo de vida y proporcionar a los consumidores mejor información sobre las repercusiones ecológicas de los productos. Ello provoca como incentivo que los productores compitan entre sí para que el producto sea más valorado. También las auditorías ambientales permiten dar credibilidad a una empresa sobre el cumplimiento de normas de calidad ambiental y dar certidumbre respecto de los pasivos contingentes que existan en este ámbito.<sup>53</sup>

---

<sup>52</sup> Sobre este tema ver: CALABRESSI-MELAMED, “Property Rules, Liability Rules and Inalienability Rules: One view of the Cathedral”, *Harvard Law Review*, vol. 85, 1972, pp. 1080 y ss.

<sup>53</sup> Quien presta dinero a una empresa o pretende comprarla, necesita saber cuál es su pasivo, y la posibilidad de demandas por daños al ambiente puede generar un altísimo riesgo. LEDGERWODD, E. STREET y R. THERIVEL, *The Environmental Audit and Business Strategy. A Total Quality Approach*, Pitman Publishing, Londres, 1992; L. HARRISON, *Environmental Auditing Handbook. A Guide to Corporate and Environmental Risk Management*, McGraw-Hill, Nueva York, 1988; SALES, Rodrigo, *Auditoria ambiental, aspectos jurídicos*, Sao Paulo, LTr. 2001.

## CAPÍTULO II

### EL DERECHO AMBIENTAL

#### INTRODUCCIÓN

En este Capítulo estudiaremos las influencias del “paradigma ambiental” sobre el derecho, las que podemos identificar del siguiente modo:

- El surgimiento de un nuevo bien jurídico colectivo: el ambiente. Lo hemos tratado en el Capítulo Primero en sus características generales, y seguidamente precisamos su definición jurídica;
- Un nuevo sistema de acción de orden imperativo: prevención-precaución, seguido de la reparación;
- Una legitimación para obrar específica para el bien colectivo y nuevos sujetos;
- Un nuevo diseño de los derechos subjetivos, que al ser puestos en relación con el bien colectivo adquieren una “función ambiental”;
- Una concepción expansiva del paradigma fundada en la idea de armonizar el derecho con la naturaleza. No estamos en presencia de una nueva especialidad, sino de un sistema jurídico que incorpora la cuestión ambiental en todos los aspectos. Por esta razón se introducen principios jurídicos, valores y objetivos con capacidad para dar una nueva estructura al sistema legal. El pluralismo de fuentes y la regla de precedencia que da prioridad a las normas de tutela ambiental también contribuyen para dar un “color verde” al derecho;
- La protección efectiva basada en la teoría de la implementación, que se basa en la regulación continua de los fenómenos jurídicos. Se pone el acento en el cumplimiento voluntario (Capítulo Cuarto) y forzado (Capítulo Quinto);

- La regulación jurídica de la incertidumbre, que es un aspecto novedoso y típico, será tratada con extensión en el Capítulo Tercero.

## PRIMERA PARTE EL AMBIENTE Y LOS DERECHOS

### I. LAS ACCIONES

Hemos dicho que el bien ambiental es colectivo, situado en la esfera social y que causa tanto derechos como obligaciones. Esta es la definición adoptada por la Corte Suprema argentina, al señalar:<sup>1</sup>

La tutela del ambiente importa el cumplimiento de los deberes que cada uno de los ciudadanos tienen respecto del cuidado de los ríos, de la diversidad de la flora y la fauna, de los suelos colindantes, de la atmósfera. Estos deberes son el correlato que esos mismos ciudadanos tienen a disfrutar de un ambiente sano, para sí y para las generaciones futuras, porque el daño que un individuo causa al bien colectivo se lo está causando a sí mismo. La mejora o degradación del ambiente beneficia o perjudica a toda la población, porque es un bien que pertenece a la esfera social y transindividual, y de allí deriva la particular energía con que los jueces deben actuar para hacer efectivos estos mandatos constitucionales.

Para tener un panorama más claro de los efectos de una definición jurídica de este tipo, conviene precisar algunos aspectos:

#### *Conflictos:*

- *Acción lesiva del ambiente:* en este caso es afectado el bien colectivo, y pueden accionar los legitimados extraordinarios (afectado-organizaciones colectivas-representantes públicos), que son titulares de intereses difusos, colectivos o públicos, pero no son dueños del bien. Tratamos este problema en el punto siguiente;

---

<sup>1</sup> Sentencia del 20 de junio de 2006 en Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza-Riachuelo).

- *Acción lesiva de derechos individuales*: como consecuencia de la afectación del bien colectivo pueden producirse efectos sobre la vida, la salud o el patrimonio de las personas. Pueden accionar sus titulares, como lo vemos en el punto siguiente;
- *Lesión de derechos individuales con efectos sobre el ambiente*: en este caso se recorre el camino inverso al anterior. Desde las restricciones al disfrute de la propiedad, se puede llegar hasta el "public nuisance", que es una especie de delito que obstruye o causa daño al público o una clase o un grupo de personas en el ejercicio de sus derechos, los cuales pueden referirse al "razonable confort" afectado por ruidos producidos por un festival de rock, provocadas por obstrucciones a la vía pública, poda indiscriminada de árboles, o afectaciones a salud pública, o seguridad, llegándose a vincularlo a la protección del medio ambiente.<sup>2</sup> Esta vía jurídica fue utilizada cuando no había una clara recepción del bien colectivo, pero actualmente no es necesaria.

*Acciones:*

Cuando se actúa en defensa del bien colectivo, cabe tener en cuenta que las acciones son las siguientes:

- La prevención, cuyo objetivo es detener una amenaza de daño;
- La recomposición, que implica que ya hay un daño y se vuelven las cosas al estado anterior (recomposición in natura);
- La reparación, que supone que ya hay un daño, que las cosas no se pueden volver al estado anterior (in natura) y que procede una indemnización dineraria sustitutiva.

Como lo hemos señalado al caracterizar los bienes colectivos en el Capítulo anterior, en el derecho común la víctima tiene la posibilidad de elegir entre la prevención, la re-

---

<sup>2</sup> Conf. SALMOND HEUSTON, *On the law of torts*, 20 ed. Sweet Maxwell, London, 1992, p. 32.



composición "*in natura*" o la dineraria (art. 1083 CC), pero ello no ocurre en materia ambiental, donde dicha posibilidad no existe. La gradación es imperativa y por lo tanto no disponible, lo cual se fundamenta en el carácter "no monetizable" del bien. En el derecho de la responsabilidad civil, la reparación está inescindiblemente unida a la existencia del mercado. Así, cuando se peticiona el monto dinerario sustitutivo del valor de un bien patrimonial, es porque hay un mercado donde cotiza y se puede conocer el precio por equivalente dinerario. En otros casos, el resarcimiento no es por equivalente, sino por satisfacción, como ocurre en muchos supuestos del denominado "daño moral"; no hay un mercado donde coticen los sentimientos, pero es posible encontrar bienes que brinden satisfacciones que puedan hacer olvidar o disminuir el agravio. En otros supuestos donde el daño moral no admite satisfacción, ya no hay relación alguna con la reparación, sino más bien con la sanción a través de daños punitivos.<sup>3</sup>

En materia ambiental no hay un valor por equivalente ni tampoco por satisfacción.

Siempre procede, en primer lugar la prevención, luego la recomposición y finalmente la reparación.<sup>4</sup> Esto ha sido dicho por la Corte Suprema argentina:<sup>5</sup>

---

<sup>3</sup> Sobre estos temas ampliamos en: "La lesión física a la persona, el cuerpo y la salud, el daño emergente y el lucro cesante", *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, N° 1, Sec. Doctrina, Editorial Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1992, pp. 102-141.

<sup>4</sup> MESSINA DE ESTRELLA GUTIÉRREZ, Graciela N., "La efectiva prevención del daño ambiental", JA, 1999-I, 277; SAUX, Edgardo I., "Acceso a la tutela de los derechos de incidencia colectiva en el nuevo texto constitucional", *Revista Derecho Privado y Comunitario*, N° 7, p. 123; SABSAY, Daniel: "El amparo como garantía para la defensa de los derechos fundamentales", *Revista de Derecho Procesal* citada, vol. 5, tomo II, p. 33; GOZAÍNI, Osvaldo, *El derecho de amparo*, Depalma, 2a. ed., 1998; CAFFERRATA, Néstor A., "Daño ambiental colectivo y proceso civil colectivo" ley 25.675, *Revista de Responsabilidad civil y Seguros*, Año V, N° II, marzo - abril 2003, p. 51. "Ley 25.675 General del Ambiente. Comentada, interpretada y concordada, DJ, 2002-3, p. 1133, boletín del 26 de diciembre 2002; PEYRANO, Guillermo F., "Medios procesales para la tutela ambiental", JA, 2001-III, 1173.

<sup>5</sup> Sentencia del 20 de junio de 2006 en Mendoza, Beatriz Silvia y

Que en virtud de lo expresado, la presente causa tendrá por objeto exclusivo la tutela del bien colectivo. En tal sentido, tiene una prioridad absoluta la prevención del daño futuro, ya que —según se alega— en el presente se trata de actos continuados que seguirán produciendo contaminación. En segundo lugar, debe perseguirse la recomposición de la contaminación ambiental ya causada conforme a los mecanismos que la ley prevé, y finalmente, para el supuesto de daños irreversibles, se tratará del resarcimiento.

## II. LA LEGITIMACIÓN PARA OBRAR

### 1. *Derechos individuales, colectivos e individuales homogéneos*

El paradigma ambiental ha influido enormemente en cuanto a la legitimación para obrar, concepto este que está indisolublemente unido al bien afectado.

Para explicar la cuestión conviene desarrollar un ejemplo: un líquido contaminante es derramado sobre un río y, al beber el agua, resultan tres personas lesionadas y fallece una de ellas; en este caso hay un bien individual y resultan legitimados los titulares afectados, es decir, las personas o sus herederos. Si dos pájaros la beben y mueren, y con ello se extingue la especie, es dañado un bien colectivo y resultan legitimados el afectado por la desaparición de dicha especie que es titular de un interés difuso, las organizaciones no gubernamentales que son titulares de un derecho colectivo y el Defensor del Pueblo, que es titular de un interés público (art. 43 Constitución Nacional); en tales casos tanto la acción de prevención-recomposición, como la de resarcimiento pueden producir efectos sobre el bien, pero nunca ingresará dinero alguno al patrimonio de los titulares. Si el agua enferma a miles de personas, estamos ante un caso de intereses que son individuales, pero homogéneos porque hay una causa común en el daño.

Seguidamente presentamos los aspectos dogmáticos.<sup>6</sup>

---

otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza-Riachuelo).

<sup>6</sup> En este aspecto se reproduce gran parte de mi voto en "Mujeres

Como primer paso, delimitar con precisión si la pretensión concierne a derechos individuales, a derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos, o a derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos.

En todos esos supuestos, la comprobación de la existencia de un “caso” es imprescindible,<sup>7</sup> ya que no se admite una acción que persiga el control de la mera legalidad de una disposición. Sin embargo es preciso señalar que el “caso” tiene una configuración típica diferente en cada uno de ellos, siendo esto esencial para decidir sobre la procedencia formal de pretensiones. También es relevante determinar si la controversia en cada uno de esos supuestos se refiere a una afectación actual o se trata de la amenaza de una lesión futura causalmente previsible.

La regla general en materia de legitimación es que los derechos sobre bienes jurídicos individuales son ejercidos por su titular. Ella no cambia por la circunstancia de que existan numerosas personas involucradas, toda vez que se trate de obligaciones con pluralidad de sujetos activos o pasivos, o supuestos en los que aparece un litisconsorcio activo o pasivo derivado de la pluralidad de sujetos acreedores o deudores, o bien una representación plural. En estos casos, no hay variación en cuanto a la existencia de un derecho subjetivo sobre un bien individualmente disponi-

---

por la Vida Asociación Civil sin fines de lucro filial Córdoba c/ EN PEN — Mrio. de Salud y Acción Social de la Nación s/ amparo”. Sobre estos temas ver los importantes desarrollos de la doctrina jurídica brasileña: PELLEGRINI GRINOVER, Afda, “A tutela jurisdiccional dos interesses difusos”, in *Novas tendências do direito processual*, Forense, 1990; BARBOSA MOREIRA, José Carlos, “A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdiccional dos chamados ineresses difusos”, en *Temas de direito processual*, Sao Paulo, Saravia, 1º serie; CAMARGO MANSUETO, Rodolfo, *Ação Civil Pública em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores*, 8va. ed. São Paulo, 2002, Ed. Rev. Dos Tribunais.

<sup>7</sup> Art. 116 de la Constitución Nacional; art. 2 de la ley 27; y Fallos 326:3007, considerandos 6º y 7º, 311:2580, considerando 3º, y 310:2342, considerando 7º, entre muchos otros.

ble por su titular, quien debe, indispensablemente, probar una lesión a ese derecho para que se configure una cuestión justiciable.

Esta regla tiene sustento en la Constitución argentina ya que el derecho de propiedad, la libertad de contratar, de trabajar o la de practicar el comercio, incluyen obligadamente la de ejercer de modo voluntario las acciones para su protección. Asimismo, su art. 19 consagra una esfera de la individualidad personal, que comprende tanto derechos patrimoniales como extrapatrimoniales, que presupone la disposición voluntaria y sin restricciones que la desnaturalicen.

Cada ciudadano tiene la libertad de disponer de sus derechos como lo desee, sin que tenga que dar explicación alguna sobre sus intenciones, salvo supuestos de ilicitud. Por esta razón es que los derechos individuales, sean patrimoniales o no, son, por regla general, de disposición voluntaria por parte de su titular.

Los derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos (art. 43 de la Constitución Nacional) son ejercidos por el Defensor del Pueblo de la Nación, las asociaciones que concentran el interés colectivo y el afectado.

En estos supuestos existen dos elementos de calificación que resultan prevalentes.

En primer lugar, la petición debe tener por objeto la tutela de un bien colectivo, lo que ocurre cuando éste pertenece a toda la comunidad, siendo indivisible y no admitiendo exclusión alguna. Por esta razón sólo se concede una legitimación extraordinaria para reforzar su protección, pero en ningún caso existe un derecho de apropiación individual sobre el bien ya que no se hallan en juego derechos subjetivos. No se trata solamente de la existencia de pluralidad de sujetos, sino de un bien que, como el ambiente, es de naturaleza colectiva. Es necesario precisar que estos bienes no tienen por titulares a una pluralidad indeterminada de personas, ya que ello implicaría que si se determinara el sujeto en el proceso éste sería el titular, lo cual no es admisible. Tampoco hay una comunidad en sentido técnico, ya que

ello importaría la posibilidad de peticionar la extinción del régimen de cotitularidad. Estos bienes no pertenecen a la esfera individual sino social y no son divisibles en modo alguno.

En segundo lugar, la pretensión debe ser focalizada en la incidencia colectiva del derecho. Ello es así porque la lesión a este tipo de bienes puede tener una repercusión sobre el patrimonio individual, como sucede en el caso del daño ambiental, pero esta última acción corresponde a su titular y resulta concurrente con la primera.

De tal manera, cuando se ejercita en forma individual una pretensión procesal para la prevención o reparación del perjuicio causado a un bien colectivo, se obtiene una decisión cuyos efectos repercuten sobre el objeto de la causa petendi, pero no hay beneficio directo para el individuo que ostenta la legitimación.

En este tipo de supuestos, la prueba de la causa o controversia se halla relacionada con una lesión a derechos sobre el bien colectivo y no sobre el patrimonio del peticionante o de quienes éste representa.

Puede afirmarse, pues, que la tutela de los derechos de incidencia colectiva sobre bienes colectivos corresponde al Defensor del Pueblo, a las asociaciones y a los afectados, y que ella debe ser diferenciada de la protección de los bienes individuales, sean patrimoniales o no, para los cuales hay una esfera de disponibilidad en cabeza de su titular.

La Constitución Nacional admite una tercera categoría, conformada por derechos de incidencia colectiva referentes a los intereses individuales homogéneos, cuando hace alusión, en su art. 43, a los derechos de los consumidores y a la no discriminación.

En estos casos no hay un bien colectivo, ya que se afectan derechos individuales enteramente divisibles. Sin embargo, hay un hecho, único o continuado, que provoca la lesión a todos ellos y por lo tanto es identificable una causa fáctica homogénea. Ese dato tiene relevancia jurídica porque en tales casos la demostración de los presupuestos de la pretensión es común a todos esos intereses, excepto en lo que concierne al daño que individualmente se sufre. Hay

una homogeneidad fáctica y normativa que lleva al legislador a considerar razonable la realización de un solo juicio con efectos expansivos de la cosa juzgada que en él se dicte, salvo en lo que hace a la prueba del daño.

Sin embargo, no hay en nuestro derecho una ley que reglamente el ejercicio efectivo de las denominadas acciones de clase en el ámbito específico que es objeto de esta litis. Este aspecto resulta de gran importancia porque debe existir una ley que determine cuándo se da una pluralidad relevante de individuos que permita ejercer dichas acciones, cómo se define la clase homogénea, si la legitimación corresponde exclusivamente a un integrante de la clase o también a organismos públicos o asociaciones, cómo tramitan estos procesos, cuáles son los efectos expansivos de la sentencia a dictar y cómo se hacen efectivos.

Frente a esa falta de regulación —la que, por lo demás, constituye una mora que el legislador debe solucionar cuanto antes sea posible, para facilitar el acceso a la justicia que la Ley Suprema ha instituido—, cabe señalar que la referida disposición constitucional es claramente operativa y es obligación de los jueces darle eficacia, cuando se aporta nítida evidencia sobre la afectación de un derecho fundamental y del acceso a la justicia de su titular. La Corte Suprema ha dicho que donde hay un derecho hay un remedio legal para hacerlo valer toda vez que sea desconocido; principio del que ha nacido la acción de amparo, pues las garantías constitucionales existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar en la Constitución e independientemente de sus leyes reglamentarias, cuyas limitaciones no pueden constituir obstáculo para la vigencia efectiva de dichas garantías.<sup>8</sup>

La eficacia de las garantías sustantivas y procesales debe ser armonizada con el ejercicio individual de los derechos que la Constitución también protege como derivación de la tutela de la propiedad, del contrato, de la libertad de comercio, del derecho de trabajar y la esfera privada, todos derechos de ejercicio privado. Por otro lado, también debe

---

<sup>8</sup> Fallos: 239:459, 241:291 y 315:1492.

existir una interpretación armónica con el derecho a la defensa en juicio, de modo de evitar que alguien sea perjudicado por una sentencia dictada en un proceso en el que no ha participado.<sup>9</sup>

En la búsqueda de la efectividad no cabe recurrir a criterios excesivamente indeterminados alejados de la prudencia que dicho balance exige.

La procedencia de este tipo de acciones requiere la verificación de una causa fáctica común, una pretensión procesal enfocada en el aspecto colectivo de los efectos de ese hecho y la constatación de que, en ausencia de un ejercicio colectivo, habría una afectación grave del acceso a la justicia.

El primer elemento es la existencia de un hecho único o complejo que causa una lesión a una pluralidad relevante de derechos individuales.

El segundo elemento consiste en que la pretensión debe estar concentrada en los efectos comunes y no en lo que cada individuo puede peticionar, como ocurre en los casos en que hay hechos que dañan a dos o más personas y que pueden motivar acciones de la primera categoría. De tal manera, la existencia de causa o controversia, en estos supuestos, no se relaciona con el daño diferenciado que cada sujeto sufra en su esfera, sino con los elementos homogéneos que tiene esa pluralidad de sujetos al estar afectados por un mismo hecho.

El tercer elemento está dado por la constatación de una clara afectación del acceso a la justicia, en uno de sus aspectos, vinculado a las denominadas acciones de clase, cual es la existencia de un interés individual que, considerado aisladamente, no justifica la promoción de una demanda. En efecto, se trata de un grupo de personas para las cuales la defensa aislada de sus derechos no es eficaz, debido a que la medida de la lesión, individualmente considerada, es menos relevante que el costo de litigar por sí mismo.<sup>10</sup>

---

<sup>9</sup> Doctrina de Fallos 211:1056 y 215:357.

<sup>10</sup> Fallos 322:3008, consid. 14°, disidencia del juez Petracchi.

## 2. Las acciones del afectado

La definición de afectado depende del bien jurídico protegido:

- Si se trata de un bien individual, es el titular;
- Si se trata de intereses individuales homogéneos, accionan los titulares. Sin embargo, cuando hay acciones populares o acciones de clase, puede ocurrir que se otorgue legitimación al primero que acciona, o al que representa a la clase, con lo cual se desdoblan la titularidad y la legitimación. Quien acciona puede obtener una sentencia que condene a reparar, pero los titulares son los que tienen el derecho a presentarse, invocando dicha sentencia colectiva, a percibir el dinero que les corresponde;
- Cuando estamos en presencia de bienes colectivos, el afectado no es el titular del bien, porque son, como dijimos, indivisibles. En estos supuestos, el afectado es un legitimado extraordinario, quien no debe demostrar la titularidad del bien, sino la fuente de su legitimación. Está autorizado para defender el bien colectivo cualquier persona que acredite interés razonable y suficiente en defensa de aquellos intereses colectivos. La "razonabilidad" que debe ser examinada en relación a la certeza del daño,<sup>11</sup> lo que pone un límite y permite darle una organización procesal a los reclamos.<sup>12</sup>

Puede ocurrir que una acción provoque daños al ambiente y a las personas, y en tales casos pueden darse las siguientes situaciones:

---

<sup>11</sup> Conf. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, "La responsabilidad civil por el daño ambiental", Separata de Anales del cincuentenario, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 1991, pp. 178 y 185; PARELLADA, Carlos A. "Los principios de responsabilidad civil por daño ambiental en Argentina", p. 243, en *Responsabilidad por Daños al Medio Ambiente*, Universidad de Externado de Colombia, 2000.

<sup>12</sup> Por ejemplo, si hubiera un daño a una parte de la selva amazónica, cualquier persona del mundo podría sentirse afectada, y podría haber miles de juicios en diferentes jurisdicciones de todo el planeta, lo cual haría imposible la organización procesal de la tutela.



- El damnificado reclama una indemnización por los daños personales o patrimoniales, y está legitimado para ello;
- El damnificado acumula a dicha acción el reclamo por la lesión al bien colectivo, invocando la legitimación en carácter de afectado;
- Si la acumulación se hace ante un tribunal que tiene competencia para ambos es factible, pero no lo será si no tiene dicha competencia, como ocurrió en la causa “Mendoza”, fallada por la Corte Suprema.

### *3. La noción de bien colectivo en relación a la legitimación y competencia*

Para explicar esta cuestión conviene desarrollar el caso “Mendoza”, fallado por la Corte Suprema.<sup>13</sup>

La parte que interpone la demanda está constituida por un grupo de personas que habitan en la zona de la cuenca Riachuelo-Matanza. Según el relato de los actores, la cuenca del río Matanza-Riachuelo tiene una población de 3.000.000 de habitantes, y abarca parte de la Capital Federal y once partidos de la Provincia de Buenos Aires. Indican que desde el punto de vista ambiental las zonas más críticas de la cuenca son la portuaria del Riachuelo y aquella altamente industrializada a lo largo del río, desde su desembocadura hasta las cercanías de Villa Diamante y Fiorito. Detallan los distintos tramos en los que aquél puede ser dividido y señalan que el que individualizan —según diversos estudios realizados— como Tramo II, y que nace a partir de la desembocadura de los arroyos Cañuelas y Chacón, es receptor de importantes efluentes industriales con tratamiento inadecuado o inexistente. Indican que a partir de allí desciende bruscamente su calidad, llegando a transformarse a la altura del arroyo Santa Catalina en un curso de agua que, según denuncian, “se asemeja a un líquido cloacal en condiciones

---

<sup>13</sup> Sentencia del 20 de junio de 2006 en Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza-Riachuelo). Volvemos sobre este caso al tratar los aspectos relativos al cumplimiento forzado de la sentencia.

anaeróbicas". Señalan que entre las fuentes de contaminación del río se destacan las industrias, que en la mayoría de los casos vierten sin depuración al río y al suelo los líquidos que utilizan, conjuntamente con residuos sólidos tóxicos y peligrosos. Las empresas que desarrollan dichas actividades, según afirman, evidencian un estancamiento tecnológico y un estado ambiental deficiente.

Manifiestan que el río en su parte media está fuertemente contaminado, pero en su parte inferior y zona portuaria está altamente contaminado, ya que contiene un grado muy elevado de metales pesados y compuestos orgánicos, con fuerte presencia de hidrocarburos totales y pesticidas "organoclorados".

A todo ello se agrega la inexistencia de sistemas cloacales y la consiguiente vertiente en el río de los desechos correspondientes, como así también de desperdicios de todo orden provenientes de basurales inadecuados.

Responsabilizan al Estado Nacional al producirse la situación denunciada sobre una vía navegable e interjurisdiccional (que abarca parte de la Capital Federal y once partidos de la Provincia de Buenos Aires), respecto de la cual éste tiene facultades de regulación y control, en virtud de lo dispuesto en el art. 75, incs. 10 y 13 de la Constitución Nacional.

Atribuyen responsabilidad a la Provincia de Buenos Aires por tener el dominio originario sobre los recursos naturales existentes en su territorio, de conformidad con lo establecido en los arts. 121 y 124 de la Ley Fundamental.

También responsabilizan a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en su carácter de corribereña del Riachuelo, el que constituye, en el área de su jurisdicción, un bien de su dominio público y, además, al estar obligada a utilizar equitativa y razonablemente sus aguas y el resto de los recursos naturales del río, su lecho y subsuelo, sin causar perjuicio sensible a los demás corribereños, por tener su jurisdicción sobre todas las formaciones insulares aledañas a sus costas, con los alcances permitidos por el Tratado del Río de la Plata y porque le corresponde preservar la flora y la fauna de su ecosistema, como reserva natural, según lo señala el art. 8º de la Constitución local.

Dirigen su pretensión conjuntamente contra todos estos codemandados, por no haber cumplido con las disposiciones ambientales vigentes, dado que desviaron fondos específicos —un préstamo otorgado por el Banco Interamericano de Desarrollo, a través del decreto 145/98, para el “Programa de Gestión Ambiental y de Manejo de la Cuenca Hídrica Matanza-Riachuelo”—, hacia objetivos ajenos a la solución de la problemática ambiental denunciada y por no ejercer sus facultades de control e implementar políticas preventivas idóneas al respecto.

Asimismo, indican que demandan a las empresas aledañas por volcar directamente al río los residuos peligrosos, por no construir plantas de tratamiento, por no adoptar nuevas tecnologías y por no minimizar los riesgos de su actividad productiva.

De conformidad con la sentencia de la Corte, corresponde hacer una discriminación:

- La primera reclamación se refiere al resarcimiento de la lesión de bienes individuales, cuyos legitimados activos son las personas reclaman por el resarcimiento de los daños a las personas y al patrimonio que sufren como consecuencia indirecta de la agresión al ambiente;
- La segunda pretensión tiene por objeto la defensa del bien de incidencia colectiva, configurado por el ambiente. En este supuesto los actores reclaman como legitimados extraordinarios (Constitución Nacional, arts. 41, 43, y 30 de la ley 25.675) para la tutela de un bien colectivo, el que por su naturaleza jurídica, es de uso común, indivisible y está tutelado de una manera no disponible por las partes, ya que primero corresponde la prevención, luego la recomposición y, en ausencia de toda posibilidad, se dará lugar al resarcimiento (art. 28, ley citada).

Efectuada la separación de pretensiones, declara que la primera es inadmisibles, porque no es de la jurisdicción de la Corte: “En la presente causa y tal como fue planteada la demanda, la acumulación de pretensiones intentada resulta inadmisibles en esta jurisdicción originaria de la Corte Suprema, pues la adecuada ponderación de la naturaleza y objeto respectivos demuestra que no todas ellas corresponden a la competencia originaria prevista en el art. 117 de la

Constitución Nacional". No corresponde a la jurisdicción originaria<sup>14</sup> y no es federal por razón de la materia.<sup>15</sup>

En este tema se realiza una clara diferenciación entre el bien individual y el colectivo.

Respecto de la competencia respecto del bien colectivo se distingue entre:

- *Bien colectivo. Competencia Federal:* para que resulte procedente se requiere que exista una afectación al bien colectivo de carácter interjurisdiccional. La Corte dice: "el art. 7° de la ley 25.675 prevé la competencia federal cuando se trata de la degradación o contaminación de recursos ambientales interjurisdiccionales, hipótesis que se verifica en el sub lite en la medida en que, por un lado, están involucradas más de una jurisdicción estatal; y en que, por el otro, dos de las pretensiones promovidas tienen en mira ese presupuesto atributivo de competencia —la degradación o contaminación de recursos ambientales— al perseguir la recomposición y el resarcimiento del daño de incidencia colectiva, que es el único reglado y alcanzado por este estatuto especial (art. 27, ley citada; causa C.1732.XL "Confederación General del Trabajo (C.G.T.-Consejo

---

<sup>14</sup> Dice la Corte que en "las causas B.2303.XL "Barreto, Alberto Damián y otra c/ Buenos Aires, Provincia de y otro s/ daños y perjuicios", C.4500.XLI "Contreras, Carlos Walter c/ Buenos Aires, Provincia de s/ daños y perjuicios" y "Zulema Galfetti de Chalbaud e Hijos Sociedad de Hecho c/ Santa Fe, Provincia de s/ daños y perjuicios", del 21 de marzo, del 18 de abril y del 9 de mayo de 2006, respectivamente, esta Corte ha tenido oportunidad de definir un nuevo contorno del concepto de causa civil —a los efectos de determinar la competencia originaria de este tribunal por razón de la distinta vecindad o de extranjería— limitándolo a aquellos litigios regidos exclusivamente por normas y principios de derecho privado, tanto en lo que concierne a la relación jurídica de que se trata como en el examen sobre la concurrencia de cada uno de los presupuestos de la responsabilidad patrimonial ventilada y, en su caso, en la determinación y valuación del daño resarcible".

<sup>15</sup> Dice la Corte: "En efecto, por un lado, en asuntos de esa naturaleza debe descartarse la presencia de una cuestión que corresponda a la competencia federal por razón de la materia (conf. causa V.930.XLI. "Verga, Ángela y otros c/ TAGSA S.A. y otros s/ daños y perjuicios", sentencia del día de la fecha)".

- Directivo de la C.G.T., Regional Santiago del Estero c/ Tucumán, Provincia de y otro (Estado Nacional) s/ amparo”, sentencia del 20 de septiembre de 2005”;
- *Bien colectivo-competencia federal-Jurisdicción originaria de la Corte Suprema*: si además de contaminación interjurisdiccional, ocurre que uno de los demandados es aforado, procede la jurisdicción originaria de la Corte. “En las condiciones expresadas, el carácter federal de la materia y la necesidad de conciliar el privilegio al fuero federal que corresponde al Estado Nacional, con la condición de aforada a esta jurisdicción originaria de parte del Estado provincial, la única solución que satisface esas prerrogativas jurisdiccionales es declarar la competencia originaria del tribunal que prevé el art. 117 de la Constitución Nacional”.

### III. LOS DERECHOS SUBJETIVOS

La autonomía de la voluntad y el contrato han sido los derechos subjetivos fundamentales sobre los que basó la idea de libertad en el derecho del siglo XIX.

La Corte Suprema lo ha dicho en los siguientes términos: “que el contrato y la propiedad tienen protección constitucional en el derecho argentino y, en consecuencia, toda limitación que se disponga es de interpretación restrictiva. Esta tutela comprende tanto la libertad de contratar, que es un aspecto de la autonomía personal a la que todo ciudadano tiene derecho (art. 19 de la Constitución Nacional), como la de configurar el contenido del contrato, que es un supuesto del derecho a ejercer una industria lícita (art. 14 de la Constitución Nacional) y de la libertad económica dentro de las relaciones de competencia (art. 43 Constitución Nacional)”.<sup>16</sup>

<sup>16</sup> CS. Causa “Massa”, dic/06, voto Lorenzetti. Que sigue diciendo: “La libertad de contratar, de competir y de configurar el contenido de un contrato, constituyen una posición jurídica que esta Corte debe proteger como tribunal de las garantías constitucionales. En este sentido debe ser interpretado el término “propiedad” desde la perspectiva constitucional (art. 17 de la Constitución Nacional). Esta es la interpretación consolidada por los precedentes de este tribunal al sostener que “el vocablo

Desde esta perspectiva, estos derechos no reconocen limitación alguna, salvo que exista un fundamento constitucionalmente defendible.

El paradigma ambiental también ha influido en estos temas, porque gradualmente va surgiendo un límite externo a los mencionados derechos, configurados por las normas ambientales, con las características que veremos seguidamente.

### 1. *El orden público de coordinación*

Las leyes ambientales pueden ser calificadas como una expresión del orden público de coordinación.<sup>17</sup>

En materia de leyes imperativas podemos distinguir entre:

- Orden público de protección, que tiene por objeto la tutela de grupos de sujetos individuales vulnerables, y se expresa en normas de protección de quien carece de información (error, deberes de información), o está en desigualdad económica (cláusulas abusivas);
- Orden público de dirección, que se propone lograr objetivos económico-sociales, y está constituido por disposiciones que fijan el rumbo de la economía;
- Orden público de coordinación es un conjunto de normas imperativas que controla la licitud del ejercicio de los derechos individuales para hacer posible la vida social.

Este último tiende a armonizar las acciones individuales con relación a ciertos valores esenciales que el ordenamiento jurídico decide proteger. Esta es una decisión importante que cambia el esquema clásico, en el que el orden social surge de modo caótico, sin regulaciones, y por el efecto acumulativo de los deseos de cada uno de los individuos.

---

propiedad, empleado por la Constitución comprende, como lo ha dicho esta Corte, todos los intereses apreciables que un ser humano puede poseer fuera de sí mismo, fuera de su vida y de su libertad. Todo derecho que tenga un valor reconocido como tal por la ley, sea que se origine en las relaciones privadas, sea que nazca de actos administrativos, integra el concepto constitucional de propiedad a condición de que su titular disponga de una acción contra cualquiera que intente interrumpirlo en el goce del mismo" (Fallos: 145:307; Fallos: 172:21, disidencia del juez Repetto).

<sup>17</sup> Ampliamos en *Contratos*, Parte General, Rubinzal-Culzoni, 2004.

En el Código Civil argentino identificamos disposiciones de este tipo:

- Cuando se protegen los atributos de la persona, la moral y las buenas costumbres, a través del instituto de la ilicitud del objeto;<sup>18</sup>
- Cuando se regula al patrimonio, como atributo de la persona, por ejemplo prohibiendo la donación de todos los bienes presentes (art. 1800 CC);
- Cuando se protege el libre comercio de los bienes (prohibición de no vender a persona alguna, art. 1364 CC). A similares razones obedece el establecimiento de plazo máximo en la locución (art. 1505 CC), y la prohibición de negocios inmorales como la usura.

Históricamente estas regulaciones estuvieron vinculadas a la protección de la persona y el comercio, pero ahora aparece el “ambiente”.

## *2. El principio de sociabilidad*

Vinculados con nuestro tema hay dos acepciones del vocablo “función”:

- La función “social” del contrato entendida como adecuación del vínculo privado a la Justicia Social, y está comprendida como una serie de directrices fijadas por el Estado;
- La función como “utilidad social” que ha sido un criterio para desechar fuerza obligatoria a contratos que no la tengan, “inútiles”;
- La “función económico-social”, en sentido de causa objetiva, como función típica con finalidades clasificatorias.

Ambas acepciones han sido criticadas por el intervencionismo que generan y no han tenido un desarrollo importante en el mundo occidental.

---

<sup>18</sup> Art. 953 CC; igual en materia de condiciones prohibidas (art. 531 CC) se protege la libertad ambulatoria, de religión, de matrimonio. Ver BUERES, Alberto, *El objeto del negocio jurídico*, Ed. Hammurabi.

Efectuadas estas distinciones, veamos a qué llamamos “función” de los derechos subjetivos en el caso de los contratos y la propiedad:

- La actividad de los contratantes origina la regla contractual, y esta, como producto individual debe ser coordinada con las demás creaciones individuales;
- Ello origina el “principio de sociabilidad”, que se expresa en reglas formuladas como cláusulas generales: buena fe, abuso del derecho, etc.;
- La “función” es un standard de juzgamiento de la sociabilidad del contrato y la propiedad.

Esta definición provee herramientas para juzgar los excesos intervencionistas, porque no se trata de autorizar la redefinición de lo fijado por las partes para adecuarlo a una concepción que defina el Estado, sino de coordinar. Por lo tanto, la función es un elemento que puede utilizarse en situaciones extremas, en que la ley privada es incompatible con el orden público.

Podría decirse que ello no es más que una aplicación de la regla del objeto ilícito (art. 953 CC), pero lo cierto es que la legislación y la jurisprudencia van más allá de la licitud.

Nuestra opinión es la siguiente:

- La “función” como coordinación es un problema de colisión de normas: la que proviene de la esfera privada y la que proviene de la esfera pública y social. Ello se advierte con toda claridad en el campo de colisión de la regla contractual con los bienes colectivos, en los que la ilicitud no está definida de antemano y lo que se produce en realidad es una incompatibilidad de funciones o finalidades entre lo individual y lo social;
- A diferencia del objeto no solo se verifica una actividad negativa, sino que hay imposición de deberes positivos de actuación.

No consiste solamente en una ilicitud “típica” y definida ex ante, como ocurre en el objeto, sino que hay descalificaciones por incompatibilidad de función que son materiales, no formalmente definidas.



### 3. La función ambiental

El surgimiento del “bien ambiental” ha redimensionado el ejercicio de los derechos subjetivos señalándoles un límite externo que denominamos “función ambiental”.<sup>19</sup>

En el régimen constitucional argentino, la función ambiental está claramente señalada en el artículo 41 y consta de los siguientes elementos: el derecho a un ambiente sano; el deber de no contaminar, la obligación de recomponer, de resarcir, y de no comprometer a generaciones futuras. Estos datos normativos conforman un núcleo duro de normas que establecen un objetivo ambientalista y límites a la actuación social y a la producción jurídica.

El derecho se expresa aquí mediante prohibiciones (no contaminar), o mandatos (preservar), que influyen sobre la propiedad y al contrato.<sup>20</sup> Veamos algunos ejemplos:

- El Código Civil brasileño dispone (art. 1228) que “el derecho de propiedad debe ser ejercido en consonancia con sus finalidades económicas y sociales, de modo que sean preservados, de conformidad con lo establecido en la ley especial, la flora, la fauna, las bellezas naturales, el equilibrio ecológico y el patrimonio histórico y artístico...”;
- En los contratos de consumo pueden ser declaradas abusivas las cláusulas lesivas de la protección ambiental (Código de defensa del consumidor de Brasil, ley argentina 24.240 y decreto reglamentario);
- El derecho a ejercer una industria lícita, cuando esta es potencialmente lesiva del ambiente, requiere el sometimiento a un estudio de impacto ambiental;

---

<sup>19</sup> BENJAMIN, Antonio, “Função ambiental”, en *Dano Ambiental. Prevenção, reparação, e repressão*, Ed. Rev. Dos Tribunais, Sao Paulo, 1993, p. 49.

<sup>20</sup> BENJAMIN, Antonio, “Relexoes sobre a hipertrofia do direito de propriedade na tutela da reserva legal e das areas de preservacao permanente”, publicado en *anales del Congresso internacional de Direito Ambiental*, Sao Paulo, Impr. of do Estado, 1997, p. 21. LORENZETTI, “Reglas de solución de conflictos entre propiedad y medio ambiente”, L.L., T.1998-A, Sec. Doctrina, Buenos Aires, abril de 1998, pp. 1024-1032.

- Los contratos de construcción de puentes, empresas llave en mano, los de diseño de nuevas tecnología, genética, etc., tienen normalmente cláusulas vinculadas al impacto ambiental que distribuyen los riesgos.

#### 4. *Uso sustentable y gestión sustentable*

Existen dos casos interesantes de función ambiental, que son el uso y la gestión sustentables, que son ampliamente utilizados en todo el mundo y mencionados específicamente en la ley 25.675 (art. 2 inc. d, art. 4 y art. 10).

La sustentabilidad suele predicarse actualmente respecto de cualquier actividad relacionada al ambiente: la explotación de los recursos forestales y la minería, el aprovechamiento del agua, la pesca y caza, el ecoturismo, la actividad agropecuaria, el manejo de los residuos; y aún respecto de actividades más propiamente relacionadas con el desarrollo urbano, como los planes reguladores —para prevenir la expansión dispersa, inorgánica o disfuncional de las ciudades—<sup>21</sup> y la prestación de servicios públicos.

El uso de estos vocablos debe ser precisado para que se pueda tener claro cuál es su significado jurídico.

##### a) *Uso sustentable y uso racional*

El uso sustentable tiene que ver con el ejercicio que hace cada individuo de las facultades inherentes a su derecho real de propiedad o usufructo sobre un bien (ya sea natural o cultural). La actividad propiamente dicha se agota en la satisfacción de quien lo ejerce, cualquiera sea el motivo que la inspire (ganar el sustento, necesidad de abastecimiento, recreación, placer, etc.); y con el único límite de no hacerlo de modo anti-funcional.

En el Capítulo Primero hemos relatado cómo el valor de la fraternidad, y posteriormente de la solidaridad han flexibilizado la concepción extremadamente individualista del

---

<sup>21</sup> Las Conferencias de Naciones Unidas sobre asentamientos humanos (CNUAH) de Vancouver (1976) "Hábitat I" y Estambul (1996) "Hábitat II", abordaron la problemática del urbanismo desde la perspectiva del derecho ambiental, sindicando al planeamiento de las ciudades y acceso a vivienda digna como presupuestos de desarrollo sostenible.

dominio. Esta mixtura evolutiva ha generado la noción de función social —hoy ambiental— de la propiedad.<sup>22</sup> Se plasma, así, una nueva cosmovisión jurídica que importa pensar en el ejercicio de los derechos no en cabeza de titulares aislados, sino en el marco de la sociedad.<sup>23</sup> El sujeto se concibe contextualizado y limitado por el deber “natural” de ser solidario con los demás, aún respecto de quienes no han nacido.<sup>24</sup>

Como venimos diciendo, la sustentabilidad referida al uso de los bienes ambientales importa la afirmación de un deber de cuidado —para los prójimos y para quienes aún no han nacido— y la prohibición de hacer un ejercicio abusivo (art. 1071 C.C.) o contrario a su fin ambiental. Es consecuencia de la “nueva forma de ser” o morfología de algunos derechos, devenidos “derechos-deberes”. Así, el derecho “a un ambiente sano, equilibrado y apto para el desarrollo” implica al mismo tiempo el “deber de preservarlo”. La propia Constitución Nacional se encarga de marcar la simultaneidad de estas dos facetas en el encabezado del art. 41.

¿Hay alguna diferencia entre lo racional y lo sustentable? Desde el punto de vista normativo, la Constitución argentina emplea el primer término (25);<sup>25</sup> mientras que la Ley General del Ambiente —en su art. 2 inc d— los menciona acumulativamente.

<sup>22</sup> Profundizamos en *Teoría de la decisión judicial*, cit. pp. 132 y 133.

<sup>23</sup> La CSJN, a principios del siglo pasado (1922), en el emblemático caso “Ercolano, Agustín c/ Lanteri de Renshaw, Julieta” (Fallos 136:161) plasmó los motivos de este cambio de paradigma, diciendo “Ni el derecho de usar y disponer de la propiedad, ni ningún otro derecho reconocido por la Constitución, reviste carácter absoluto. Un derecho ilimitado sería una concepción antisocial. La reglamentación o limitación del ejercicio de los derechos individuales es una necesidad derivada de la convivencia social. Reglamentar un derecho es limitarlo, es hacerlo **compatible** con el derecho de los demás dentro de la comunidad y con los intereses superiores de esta última. La legitimidad de las restricciones no puede, en principio, discutirse, sino su extensión” (negrita propia).

<sup>24</sup> Lo que, en términos de la LGA (art. 4), se denomina equidad intergeneracional.

<sup>25</sup> “Las autoridades proveerán a la protección de este derecho [...a un ambiente sano y equilibrado, apto para el desarrollo humano], a la utilización **racional** de los recursos naturales [...]”.

Ambas nociones tienen una íntima vinculación, pero aún así es posible distinguirlas desde el punto de vista dogmático. Lo racional remite, por antonomasia, a un juicio de proporcionalidad de medio a fin;<sup>26</sup> de modo tal que si se trata, verbigracia, de la explotación de una especie animal, la misma debe ser en cantidades coherentes con los niveles normales de producción y demanda. Lo contrario, una explotación excesiva, desproporcionada, ocasionará una innecesaria mortandad, impactando a la larga el nivel de reproducción existente.

Lo sustentable, por su parte, reporta no ya una relación proporcional medio-fin; sino una noción de equidad respecto a futuros beneficiarios. En el ejemplo anterior, se atiende no tanto a la necesidad de resguardar la cantidad de representantes de una especie animal y su aporte en el eslabón del ecosistema, sino a garantizar a nuestros herederos que tal o cual especie no estará en peligro de extinción, ni menos aún desaparecida, cuando ellos habiten esta tierra.

Como si lo dicho fuera poco, el art. 4 de la LGA emplea otro calificativo más: el de apropiado. Y lo relaciona tanto al uso (principio de equidad intergeneracional) como a la gestión (principio de sustentabilidad).

¿Cómo interpretamos estas nociones? A la luz de pautas elementales de hermenéutica jurídica, la primera regla de interpretación de las leyes es dar pleno efecto a la intención del legislador y la primera fuente para determinar esa voluntad es la letra de la ley, cuyas palabras deben ser comprendidas en el sentido más obvio del entendimiento común.<sup>27</sup>

Acudiendo, entonces, al sentido evidente y llano de la voz "apropiado", esta significa adecuado, acomodado para el fin a que se destina.<sup>28</sup> Como vemos, el adjetivo se compone de una referencia a la proporcionalidad y por ello resulta análoga a razonable.

En definitiva, dentro del contexto de la Ley General del Ambiente, puede tenerse como equivalentes los términos apropiado y razonable; pues en ambos casos es la ecuación

---

<sup>26</sup> Cfr. doctrina CSJN en Fallos 250:450, entre otros.

<sup>27</sup> Cfr. doctrina de CSJN en Fallos 300:700; 321:1614.

<sup>28</sup> Dic. de la Real Academia, cit., p. 174.

de correspondencia lo que debe valorarse a fin de concluir si tal o cual caso de uso y/o gestión respeta el standard legal.

### b) *Gestión sustentable*

Por gestión, en sentido lato, se entiende acción y efecto de administrar;<sup>29</sup> y cuando se administra se lo hace con un objetivo, para algo.<sup>30</sup> En materia ambiental, la gestión tampoco se agota en satisfacciones inmediatas sino que apunta a la búsqueda de fines más remotos; la consecución de objetivos que se plasman en políticas ambientales. Los sujetos actuantes no son ya los individuos; sino las empresas y el propio Estado. En el caso de las primeras, el concepto se encuadra, claro que con los límites que ya desarrollaremos, en el marco de las utilidades a que aspiran; mientras que para el Estado la gestión debe tender a la preservación como meta prioritaria.

En relación a la gestión, la noción de sustentabilidad se integra por deberes que vienen a sumarse a los ya mencionados en el caso del uso.

*Respecto de la empresa:* Como se dijo en el Capítulo I (p. 10), el paradigma ambiental ha impactado fuertemente en la ecuación económica de las empresas (que ahora se ven obligadas a internalizar sus externalidades negativas) y en la relación de éstas con la sociedad.

Este impacto, sin embargo, no arroja resultados exclusivamente negativos; por ello en el Capítulo I<sup>31</sup> hablamos de externalidades positivas y nuevos campos económicos. Por el contrario, la "eco-eficiencia" es hoy una carta de presentación para las empresas: refuerza su buena imagen pública, a la vez que mejora la relación con la comunidad y las asociaciones u organizaciones medio-ambientales.

Seguir un modelo de gestión ambiental<sup>32</sup> y certificar nor-

---

<sup>29</sup> *Diccionario de la Real Academia Española*, 21 edición - Espasa, España 2000, Tomo I, p. 1038.

<sup>30</sup> Esta idea se profundiza en el caso de gestión de negocios.

<sup>31</sup> Segunda Parte, Pto. II-1.

<sup>32</sup> Se define como Sistema de Gestión Ambiental (SGM) al proceso cíclico de planificación, implantación, revisión y mejora de los procedimientos y acciones que lleva a cabo una organización para realizar su

mas específicas (como ISO-14.001, promovida por ISO y aceptada en todo el mundo y EMAS, promovida por la Unión Europea) confiere a las industrias una indiscutible ventaja competitiva, sobre todo cuando se trata de exportar productos y posicionarse en el marco de mercados comunes (Mercosur y CEE).

Otros posibles beneficios son:

- Reducción de riesgos de sanciones por incumplimiento de la legislación ambiental;
- Mayor atracción para inversores y facilidades de préstamos;
- Menor exposición a incidentes medioambientales;
- Disminución de la cantidad de residuos y mejora en el uso de la energía, etcétera.

*Respecto del Estado:* La gestión no se traduce en sistemas de gestión ambiental (SGMA) sino en políticas ambientales que tienen un efecto bifronte: *a)* obligar al propio Estado; *b)* incidir en el mercado y en el comportamiento de los habitantes.

▪ *Auto-obligación:* La Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, del mes de Junio de 1992, dedicó tres principios a especificar las obligaciones del Estado en materia ambiental.<sup>33</sup>

---

actividad garantizando el cumplimiento de sus objetivos ambientales. <http://gestion-ambiental.com/article.php?sid=3>.

<sup>33</sup> **Principio 11.** Los Estados deberán promulgar *leyes eficaces sobre el medio ambiente*. Las normas, los objetivos de ordenación y las prioridades ambientales deberán reflejar el contexto ambiental y de desarrollo al que se aplican [...] —énfasis agregado—. **Principio 13.** Los Estados deberán desarrollar la legislación nacional relativa a la responsabilidad y la indemnización respecto de las víctimas de la contaminación y otros daños ambientales. Los Estados deberán cooperar, asimismo, de manera expedita y más decidida en la elaboración de nuevas leyes internacionales sobre responsabilidad e indemnización por los efectos adversos de los daños ambientales causados por las actividades realizadas dentro de su jurisdicción, o bajo su control, en zonas situadas fuera de su jurisdicción. **Principio 15.** Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. **Principio 16.** Las autoridades nacionales deberían procu-

Por su parte, nuestra Constitución Nacional dice en el art. 41 —2do. párrafo— que “Las autoridades proveerán a la protección de este derecho [a un ambiente sano y equilibrado, apto para el desarrollo humano], a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales”.

Todas éstas son las obligaciones que el Estado Argentino ha asumido por expresa disposición constitucional. No es una lista interminable; pero tampoco resulta de fácil cumplimiento, pues cada uno de los deberes allí contenidos (utilización racional de recursos, preservación del patrimonio natural y cultural, diversidad ecológica, educación e información) importa una serie compleja de medidas legislativas y políticas que el Estado debe implementar.

No se trata, por lo demás, de meros enunciados retóricos, sino de normas operativas,<sup>34</sup> que obligan efectivamente al Estado; y lo exponen a reclamos —incluso judiciales— en caso de incumplimiento. Grafica esta conclusión la lectura del emblemático caso “La Oroya”, sentencia del Tribunal Constitucional de Perú, sobre el que volveremos en el Capítulo V.<sup>35</sup>

▪ *Obligaciones para la sociedad:* En este aspecto de la gestión estatal, una de las herramientas más utilizadas por el Estado es la tributación ambiental. Los “impuestos ver-

---

rar fomentar la internalización de los costos ambientales y el uso de instrumentos económicos, teniendo en cuenta el criterio de que el que contamina debe, en principio, cargar con los costos de la contaminación, teniendo debidamente en cuenta el interés público y sin distorsionar el comercio ni las inversiones internacionales.

<sup>34</sup> En “Teoría de la decisión judicial”, p. 167/178, he procurado precisar la diferenciación entre normas operativas y normas programáticas, basando el criterio de distinción en el modo en que se encuentran redactadas. Si dicha redacción es general, la norma será programática; si, en cambio, hay un mínimo de precisiones que permitan deducir de ella una decisión, será operativa (caso del art. 41 C.N. en cuanto detalla a través de qué objetivos se consolidará la protección del ambiente).

<sup>35</sup> EXPTE N° 2002-2006-PC/TC LIMA; “Pablo Miguel, Fabián Martínez y otros”.

des" no son una herramienta nueva,<sup>36</sup> pero sí resignificada: el objetivo de esta fiscalidad no sólo es disuasivo de conductas contaminantes, sino que sirve de incentivo para el cumplimiento de normativas ambientales, para una menor generación de residuos, para que las empresas inviertan en implementar sistemas de gestión que redunden en eco-eficiencia, etcétera.

Y después, como se explicará seguidamente,<sup>37</sup> se encuentran dos herramientas cruciales para el cumplimiento de objetivos: "*compliance*" and "*enforcement*", como modos de incentivar y forzar, respectivamente, el cumplimiento de la normativa ambiental. Considero importante destacar que el primero de estos instrumentos, si bien no novedoso pero sí mucho más utilizado en las última décadas, constituye una fructífera técnica de actuación estatal que, a través de estímulos y persuasión, ha logrado notable influencia en el curso del mercado y de la economía. Conceptualizaciones recientes<sup>38</sup> hablan de ayudas y recompensas públicas, que abarcan en general todos los supuestos de subvención estatal.

Por último y situándonos en una concepción amplia del Estado, no ya como Administrador sino integrado por sus tres poderes o funciones estructurantes; diremos que el Poder Judicial también tiene asignado un rol importante. Y ello no sólo por su aporte en la faz del "*enforcement*" (que en este caso sería "*judiciary enforcement*"), sino también porque sentando criterios acordes ayudará a crear conciencia de la importancia de la preservación ambiental, y de las responsabilidades de no hacerlo; desarrollando, en definitiva, una casuística tarea pedagógica.

---

<sup>36</sup> Martín Mateo, en "Introducción al tema de los aspectos fiscales y financieros de la protección ambiental" Buenos Aires -1978; señala como origen de lo que hoy se entiende por tributación ambiental a las tasas por limpieza de alcantarillas, y posteriormente, a las de recolección de residuos.

<sup>37</sup> Capítulo II, Segunda Parte, Pto. I-4.

<sup>38</sup> DE LA RIVA, Ignacio M., *Ayudas públicas, Incidencia de la intervención estatal en el funcionamiento del mercado*, Hammurabi, Buenos Aires, 2004, pp. 101 y ss.



## SEGUNDA PARTE

### EL SISTEMA DE DERECHO AMBIENTAL

#### I. CONCEPCIÓN SISTÉMICA

En el Capítulo Primero, con finalidad didáctica, se dividió la historia del ambientalismo tres periodos: retórico, analítico, paradigmático. Utilizando este modelo podemos decir que en la fase “retórica”, se introdujo el discurso “verde”; en la etapa “analítica” se promovieron las leyes, y ahora, en la era del “paradigma”, deben cambiar las conductas y la cultura. Esta idea caracteriza la legislación ambiental, porque:

- Es ambiciosa porque no se detiene en la regulación de un supuesto de hecho específico y pretende modificar la totalidad del sistema legal para hacerlo compatible con el sistema ecológico;
- No se limita a fijar procedimientos, sino que desea resultados;
- Se fijan objetivos, valores, principios y luego se regulan procedimientos para lograrlos;
- No se engaña con la fase meramente declarativa, ya que pretende ser una regulación continua que incluya la fase de implementación;
- No se conforma siendo una especialidad del derecho, sino que pretende influir sobre todas las disciplinas.

En este contexto, la expresión “legislación ambiental” es modesta, porque debemos utilizar “sistema” para entender la profundidad y globalidad de las mudanzas.

##### 1. *Regulación continua*

Uno de los problemas típicos de la legislación es la diferenciación entre la ley y su aplicación, concebidas como fases diferentes. El paradigma ambiental pretende una regulación continua, que describiremos de modo general y vinculado a los aspectos del sistema legal en este Capítulo. En los Capítulos Cuarto y Quinto desarrollaremos más específicamente los temas de implementación.

Para entender este aspecto conviene distinguir dos cues-

tionen generales que explican el deseo de proponer una regulación continua.

## 2. Separación de norma y conflicto

Poco a poco se ha producido una suerte de separación entre la ley y el conflicto, generándose un derecho declarativo.<sup>39</sup> Durante el siglo XIX, el parlamento fue la sede de los grandes debates, donde se enfrentaban posiciones antagónicas y se resolvían conflictos que se traducían en leyes con capacidad para ordenar las conductas sociales. A partir del siglo XX asistimos a una crisis en este aspecto, porque las sociedades se han vuelto multiculturales, complejas y sofisticadas. En este contexto, los temas a regular no generan mayorías suficientemente relevantes, el parlamento no puede resolver el conflicto y por lo tanto la ley es transaccional o declarativa.

Este fenómeno se puede observar en una gran cantidad de temas que comprenden desde los vinculados a la persona o al matrimonio hasta la protección de los bosques o de especies de flora y fauna, y que no se deciden en el Congreso, sino en los tribunales.

El panorama actual es complejo porque existe una gran producción de leyes, pero una gran distancia respecto de la efectividad.

## 3. La coherencia a posteriori

La extraordinaria producción legislativa internacional y nacional se verifica en todos los niveles normativos posibles. De este modo se ha producido una gran transformación, porque en el siglo XIX, el legislador diseñaba un sistema legal con una coherencia interna que se mantenía luego en la etapa de aplicación, ya que el juez sólo hablaba por la boca de la ley.

Actualmente, la coherencia no es "*a priori*", sino "*a posteriori*".

Aunque existen "leyes generales del ambiente" con pretensiones codificadoras, la fase de aplicación muestra que

---

<sup>39</sup> Ampliamos en *Teoría de la decisión judicial*, cit.

deben ser puestas en coordinación con los tratados internacionales, las leyes estatales, las directivas de los órganos de control, las leyes no ambientales (tributarias, administrativas, urbanísticas, regulación económica, etc.). Esta es una tarea que enfrentan los jueces actuales y que transforma la decisión judicial.<sup>40</sup>

#### 4. Sanción, cumplimiento forzado y reglas institucionales

Durante los últimos años hemos visto que se han firmado tratados internacionales, sancionado constituciones y dictado leyes con un prolífico contenido ambiental. Sin embargo, semejante producción no puede ser apreciada como el cumplimiento de lo afirmado en la declaración de Río/92 que establece que "los Estados deben promulgar una legislación ambiental efectiva". La legislación es numerosa, pero falta que sea cumplida con naturalidad por toda la sociedad y debidamente sancionado su incumplimiento.

Esta noción implica avanzar un poco más de lo tradicional en el esquema "norma-sanción", que ha inspirado tradicionalmente al sistema normativo, lo cual podría ser reducido a un ejemplo explicativo del siguiente modo:

- La norma jurídica establece un mandato, una permisón o una prohibición;
- Frente a la falta de cumplimiento se aplica una sanción. En este caso se piensa en una conducta que no es la querida por la ley, sino en una sustitutiva y que constituye una penalidad económica, administrativa o penal;
- Frente a la falta de cumplimiento se aplica el "cumplimiento forzado". En este supuesto se piensa en la misma conducta prevista en la ley que se obliga a cumplir.

La característica predominante del ambiente es que, una vez dañado, no es sencillo volver las cosas al estado anterior, ni tiene mucha influencia la imposición de una pena, ya que no resulta "monetizable", como lo hemos expuesto.

---

<sup>40</sup> Ampliamos en *Teoría de la decisión judicial*.

Como consecuencia de esta característica, es natural que debamos pensar más en el “cumplimiento forzado” que en la “sanción”. Aunque nada impide utilizar ambas técnicas, la primera prevalece.

Es importante precisar que el bien a regular es el que debe definir los instrumentos regulatorios y no a la inversa, como ocurre cuando se siguen las tradiciones. No se trata de seguir lo que se hizo siempre, sancionar leyes y aplicar sanciones, sino de definir cuál es el modo más apropiado para tutelar un bien con características especiales.

En esta línea podemos señalar entonces que es mejor el cumplimiento forzado que la sanción, lo cual nos lleva a un segundo plano de opciones.

La ley puede definir un derecho o un deber y forzar su cumplimiento, o bien establecer reglas institucionales que provean incentivos apropiados para que los ciudadanos cumplan con sus deberes. Este distingo entre derechos fundamentales, deberes y reglas institucionales<sup>41</sup> es relevante en la materia que estamos tratando.

El objetivo debe ser crear una cultura de cumplimiento de la ley mediante reglas institucionales.

Veamos algunas características:

- Las reglas de juego institucionales son las que definen el modo en que se ejercitan los derechos y la competencia entre ellos, y son necesarias para que esos comportamientos sean compatibles entre sí en un Estado de Derecho;
- Se trata de normas que no tienen su perspectiva en el sujeto o en el otorgamiento de poderes que se relacionen con la noción de derecho subjetivo. Por el contrario, pretenden compatibilizar los derechos poniendo orden y límites en su invocación, o bien modelan la estructura que permite su aplicación real, o finalmente establecen objetivos para la actuación social;
- Su objetivo no es el resultado, sino el procedimiento para lograrlo, porque se entiende que los resultados

---

<sup>41</sup> Ampliamos en *Teoría de la decisión judicial*.

no pueden ser obtenidos de cualquier manera. Constituyen guías de circulación de los derechos en la con gestionada ruta jurídica;

- Su finalidad es lograr la máxima satisfacción de los derechos compatible con el funcionamiento del sistema. Por lo tanto, sus objetivos son el orden social, la coherencia de los principios de adjudicación, la eficacia y reducción de costos de transacción;
- La técnica que se utiliza es la de incentivos que promueven algunas conductas o desalientan otras. Por esta razón, se dirigen más a la estructura económica o cultural que explica el incumplimiento de la ley, antes que a sancionar o forzar su cumplimiento.

#### *5. Modelo de cumplimiento de objetivos jurídicos*

De conformidad con lo desarrollado hasta ahora, el problema de la eficacia debe ser enfrentado con una “Teoría de la implementación”, que diseñe instrumentos apropiados a las necesidades de tutela del bien.

Es preciso ir más allá de las tradiciones basadas en el modelo “norma-sanción” y se avanza en un modelo de “cumplimiento de objetivos”, con las siguientes características:

- *Modelo de cumplimiento de objetivos*: la ley fija valores y objetivos, y una serie de instrumentos para lograrlos, que consisten en derechos fundamentales, deberes jurídicos y reglas institucionales, sometidos a un control de cumplimiento continuo enfocado prioritariamente en el objetivo antes que en las penas sustitutivas;
- *Normas*: la legislación debe incluir derechos fundamentales, deberes, pero también reglas institucionales que establezcan incentivos para que las conductas se orienten hacia el cumplimiento de los objetivos y valores propios del paradigma ambiental y que adoptan las leyes. En este campo se incluyen tanto los estímulos positivos como aquellos que están encaminados hacia la prevención de conductas ilícitas;

- *Cumplimiento* (“*compliance*”):<sup>42</sup> se persigue el respeto de la ley, es decir que los sujetos cumplan las normas en forma habitual, espontánea, sin necesidad de llegar a la sanción. Ello exige regular las instituciones para que los incentivos sean apropiados para generar externalidades positivas para el ambiente que favorezcan el cumplimiento voluntario. Es necesario valerse de programas de cumplimiento de las leyes, que incluyan standards, guías de conducta de valor ético, campañas educativas, normas de calidad ambiental. También hay que incluir aquí los programas de disuasión, es decir que desmontan los incentivos que llevan al incumplimiento (“*Deterrence*”);
- *Sanción*: (“*enforcement*”):<sup>43</sup> el cumplimiento forzado de la ley y de las sentencias judiciales que se refieren a bienes colectivos son extremadamente dificultosas y presentan elementos típicos.

### 6. Guías de actuación ética y legislación por objetivos

El derecho es un sistema de reglas y de principios y éstos últimos permiten una apertura hacia las consideraciones morales del derecho.<sup>44</sup> Por esta razón tienen utilidad las directivas éticas o guías de actuación, que, si bien no pueden ser impuestas por coerción, permiten ir orientando las acciones humanas hacia una “buena costumbre”, que distinga de las “malas costumbres”, y constituya una fuente de interpretación o de integración.<sup>45</sup> Un buen ejemplo lo constituyen las guías éticas aprobadas por la Unión Internacional de Conservación de la Naturaleza,<sup>46</sup> a las que nos referiremos más adelante.

---

<sup>42</sup> Temas que desarrollamos en el Capítulo Cuarto.

<sup>43</sup> Tratamos este tema en el Capítulo Quinto.

<sup>44</sup> FULLER, Lon, “The morality of law”, New Haven, Yale University Press, 1969.

<sup>45</sup> Ampliamos en *Teoría de la decisión judicial*, cit.

<sup>46</sup> “Guidelines for applying the precautionary principle to biodiversity conservation and natural resource management”, aprobadas en el 67 reunión del IUCN Council, realizada en mayo de 2007.

Las leyes ambientales se valen de objetivos, que son un importante receptáculo de valores. Indican hacia donde quiere ir el legislador y por lo tanto, hacia dónde deben encaminar sus acciones los administradores, y cuál es el criterio orientativo de las decisiones judiciales.

Los objetivos son un instrumento valioso para homogeneizar criterios de gestión a nivel transnacional y nacional. Por ejemplo, UICN, con el apoyo del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA) y el Fondo Mundial de la Naturaleza (WWF), elaboraron una serie de objetivos denominados “Estrategia Mundial para la Conservación —La conservación de los recursos vivos para el logro del desarrollo sostenido”, los cuales han tenido una gran influencia y son seguidos por muchas legislaciones nacionales. La Ley General del Ambiente (art. 1) establece que se establecen “los presupuestos mínimos para el logro de una gestión sustentable y adecuada del ambiente, la preservación y protección de la diversidad biológica y la implementación del desarrollo sustentable”. En el artículo segundo dispone: “La política ambiental nacional deberá cumplir los siguientes objetivos:

- a) Asegurar la preservación, conservación, recuperación y mejoramiento de la calidad de los recursos ambientales, tanto naturales como culturales, en la realización de las diferentes actividades antrópicas;
- b) Promover el mejoramiento de la calidad de vida de las generaciones presentes y futuras, en forma prioritaria;
- c) Fomentar la participación social en los procesos de toma de decisión;
- d) Promover el uso racional y sustentable de los recursos naturales;
- e) Mantener el equilibrio y dinámica de los sistemas ecológicos;
- f) Asegurar la conservación de la diversidad biológica;
- g) Prevenir los efectos nocivos o peligrosos que las actividades antrópicas generan sobre el ambiente para posibilitar la sustentabilidad ecológica, económica y social del desarrollo;
- h) Promover cambios en los valores y conductas sociales que posibiliten el desarrollo sustentable, a través de una

educación ambiental, tanto en el sistema formal como en el no formal;

i) Organizar e integrar la información ambiental y asegurar el libre acceso de la población a la misma;

j) Establecer un sistema federal de coordinación interjurisdiccional, para la implementación de políticas ambientales de escala nacional y regional;

k) Establecer procedimientos y mecanismos adecuados para la minimización de riesgos ambientales, para la prevención y mitigación de emergencias ambientales y para la recomposición de los daños causados por la contaminación ambiental.

### *7. La interpretación a favor de la efectividad de los derechos fundamentales*

En el campo judicial es importante señalar reglas claras que se orienten a la efectividad. La Corte Suprema ha sostenido que:

...cuando la pretensión se relaciona con derechos fundamentales, la interpretación de la ley debe estar guiada por la finalidad de lograr una tutela efectiva, lo que se presenta como una prioridad cuando la distancia entre lo declarado y la aplicación efectiva perturba al ciudadano. Los jueces deben evitar interpretaciones que presenten como legítimas aquellas conductas que cumplen con la ley de modo aparente o parcial, causando el perjuicio que la norma quiere evitar.<sup>47</sup>

Esta regla general, es aplicable en materia ambiental. La Corte Suprema ha dicho que:

El reconocimiento de status constitucional del derecho al goce de un ambiente sano, así como la expresa y típica previsión atinente a la obligación de recomponer el daño ambiental no configuran una mera expresión de buenos y deseables propósitos para las generaciones del porvenir, supeditados en su eficacia a una potestad discrecional de los poderes públicos, federales o provinciales, sino la precisa y positiva decisión del constituyente de 1994 de enumerar y jerarquizar con rango

---

<sup>47</sup> En "Di Nunzio, Daniel F. c/ The First National Bank of Boston y otros s/ habeas data", voto del Dr Lorenzetti.



supremo a un derecho preexistente, que frente a la supremacía establecida en el art. 31 de la Constitución Nacional y las competencias regladas en el art. 116 de esta Ley Fundamental para la jurisdicción federal, sostienen la intervención de este fuero de naturaleza excepcional para los asuntos en que la afectación se extienda más allá de uno de los estados federados y se persiga la tutela que prevé la Carta Magna.<sup>48</sup>

## II. PRINCIPIOS Y VALORES ESTRUCTURANTES

El “paradigma ambiental”<sup>49</sup> pretende cambiar el sistema legal para armonizarlo con el mundo natural, lo que se revela en tres aspectos:

- **Activismo de los bienes ambientales:** los bienes ambientales ya no son un mero supuesto de hecho pasivo de la norma, ya que dan lugar a sus propias regulaciones y órdenes clasificatorios. La legislación sobre los suelos, los mares, el agua potable, los glaciares, la floresta, el aire puro, el calentamiento global, la fauna, las especies en extinción, es una buena muestra. El “activismo” de los bienes se revela cuando la ley se adapta al bien y recibe sus propias características, clasificaciones, y compatibiliza las leyes naturales con las humanas. La “pasividad” surge cuando se considera al bien un dato irrelevante y se priorizan los fines humanos;<sup>50</sup>
- **Principios estructurantes:** los valores y principios tienen un carácter estructurante porque van formando un nuevo estadio regulatorio. La introducción del bien ambiental o del principio precautorio o el de prevención modifican muchas otras reglas e instituciones del derecho;
- **Fijación de objetivos:** la lógica jurídica enseña que la norma describe un supuesto de hecho al que se le aplica un mandato, una prohibición o una permisión.<sup>51</sup> La técnica legislativa ambientalista no se basa

<sup>48</sup> En “Mendoza”, cit.

<sup>49</sup> Ver Capítulo Primero.

<sup>50</sup> Ver Capítulo Primero al examinar el geocentrismo.

<sup>51</sup> Sobre estos temas ampliamos en *Teoría de la decisión judicial*, cit.

en supuestos de hecho porque los quiere cambiar. Por el contrario, fija objetivos, valores, principios y luego establece los procedimientos para lograrlos que pueden ser muy variados y complementarios.<sup>52</sup>

Veamos una síntesis descriptiva:

### 1. Valores

Los valores son incorporados con la pretensión de utopía, es decir un lugar al que se puede llegar y da una orientación al ordenamiento. En el campo de la validez material, hay un límite axiológico que puede ser encontrado mediante la invocación de valores.<sup>53</sup> En el campo argumentativo, pueden ser contenido de los principios, en tanto estos contienen una idea o referencia valorativa.

El diseño normativo de las leyes ambientales es, habitualmente, una proposición de valores a lograr. Por ejemplo, la ley argentina menciona los siguientes valores:<sup>54</sup>

- gestión sustentable y adecuada del ambiente;
- la preservación y protección de la diversidad biológica;
- la implementación del desarrollo sustentable;
- la preservación, conservación, recuperación y mejoramiento de la calidad de los recursos ambientales, tanto naturales como culturales;
- la calidad de vida de las generaciones presentes y futuras la participación social;

---

<sup>52</sup> KISS, Alexandre and SHELTON, Dinah, *Manual of European Environmental Law*, Cambridge, Grotius Publications Limited, 1993. Sobre el derecho ambiental en distintas culturas también ver: FINDLEY, Roger, FARBBER, Daniel, "Environmental law", St. Paul, Minn, 1988, West Publ; GOMEZ, Sebastiao Valdir, *Direito Ambiental Brasileiro*, p. 45, Sintese Editora, Porto Alegre, 1999; MARTÍN MATEO, Ramón, *Tratado de Derecho Ambiental*, vol. I, Trivium Editorial, 1991, p. 93; SABSAY, Daniel A.-DI PAOLA, M. Eugenia, *El daño ambiental colectivo en la nueva Ley General del Ambiente*, ADLA, 17-2003, p. 1.

<sup>53</sup> PAREJO ALONSO, Luciano, *Constitución y valores del ordenamiento*, Ed. R. Areces SA, Madrid, 1990. Prologo de Gregorio Peces-Barba.

<sup>54</sup> Artículo 1: La presente ley establece los presupuestos mínimos para el logro de una gestión sustentable y adecuada del ambiente, la preservación y protección de la diversidad biológica y la implementación del desarrollo sustentable.

- uso racional y sustentable de los recursos naturales, equilibrio y dinámica de los sistemas ecológicos, conservación de la diversidad biológica.

## 2. Principios

El principio recepta los valores y ordena cumplirlos en la mejor medida posible.

Por lo dicho, es una norma jurídica "prima facie" es decir, inacabada, no contiene un supuesto de hecho ni es determinado, sino por el contrario, es abierto.<sup>55</sup>

El principio es un mandato, ordena hacer algo, pero no lo dice de modo preciso, ni en relación a un supuesto de hecho, como lo hace la regla, sino en la mejor medida posible. Por ello es un mandato de optimización, ya ordena la realización de un valor en el nivel más pleno posible.

El nivel óptimo de cumplimiento de un principio surge de un juicio de ponderación con otros principios competitivos. Por lo tanto, el modo de aplicar un principio es el juicio de ponderación, es decir, medir el peso de cada principio en el caso.

## 3. Reglas

Son normas que establecen una conducta debida para un supuesto de hecho determinado, y por lo tanto pueden ser cumplidas o incumplidas de un modo claro.

## 4. Objetivos

Los objetivos son obligatorios para las políticas ambientales y están dirigidos a los administradores. Por ejemplo, la ley argentina establece que "la política ambiental deberá cumplir con los siguientes objetivos...".

Es decir que constituyen una directiva a seguir por parte de quien tiene a su cargo la política ambiental en la administración, y además, para el juez, es un criterio de valoración de la conducta del funcionario. Naturalmente no se exige un resultado, sino una conducta diligente que, con-

---

<sup>55</sup> ALPA, Guido, "I principi Generali", en *Trattato di diritto Privato a cura di Giovanni Iudica e Paolo Zatti*, Giufre, Milan, 1993, p. 69.

forme a la costumbre, conduce a lograrlo. Ello quiere decir que se exigen medios apropiados y no garantía de resultados, pero los medios deben ser juzgados conforme a la costumbre en sentido jurídico, es decir, conforme a lo que se debería hacer de acuerdo con los conocimientos existentes, con los medios disponibles, y sobre todo, conforme con la experiencia nacional e internacional.

### 5. El valor "calidad de vida"

Uno de los valores más importantes que se introducen en las legislaciones es el referido a la calidad de vida. El inciso *b)* del art. 2 de la ley 25.675 establece como objetivo "promover el mejoramiento de la calidad de vida de las generaciones presentes y futuras, en forma prioritaria". Para entender la extensión de este mandato y poder luego analizar los interrogantes que plantea, debemos comenzar por el desbroce del concepto de calidad de vida.

#### a) Antecedentes

El interés por la calidad de vida ha existido desde tiempos remotos, desde Aristóteles a los filósofos contemporáneos<sup>56</sup> se ha teorizado e investigado sobre aquellos aspectos que hacen al bienestar del hombre.

Sin embargo, la aparición de un concepto autónomo de calidad de vida —"quality of life"— y la preocupación por su evaluación sistemática y científica es relativamente reciente.<sup>57</sup> Fue alrededor de la década de los 60 y 70 que se profundiza el estudio sobre estos temas, utilizándose en campos diversos: principalmente en salud, educación, economía, política y servicios públicos.

La consolidación llega a fines de los 80 —prioritariamente en los Estados Unidos y Europa— con el estudio pormenorizado de los indicadores que, circunscriptos en un pri-

---

<sup>56</sup> Pasando por la teoría de las necesidades de Marx, según la cual, la calidad de vida se vinculaba principalmente a la contraposición entre valores de intercambio y valores de uso.

<sup>57</sup> FELCE, D. and PERRY, J. (1995), "Quality of life: It's definition and measurement", research in *Developmental Disabilities*, vol. 16, n° 1, pp. 51-74.

mer momento a condiciones objetivas —de tipo económico y social— luego se extendieron a las variables subjetivas.

Sin ánimos de detenernos en los numerosos y muy interesantes estudios relativos a este tópico,<sup>58</sup> cabe tener en cuenta que la ONU en 1992 publicó un informe como resultado de una investigación cuyo objetivo era la definición de indicadores para una determinada ciudad, focalizando en tres elementos generales:

1. el factor ambiental, comprensivo de todo aquello que define el espacio físico donde se encuentra un individuo;
2. el factor económico, compuesto de aquellas variables que definen la capacidad económica del individuo: empleo, ingreso per capita, vivienda;
3. el factor social, que comprende elementos que caracterizan la calidad del hábitat urbano —seguridad, infraestructura, educación, salud, servicios— y que facilitan o permiten las interrelaciones de los individuos.

#### b) *Concepto*

Para acercarnos a una noción aproximada debemos partir de la base de que existe una relación imperfecta —casi distorsionada— entre las condiciones objetivas de vida y la propia percepción del sujeto que las vivencias. No se trata, entonces, de la sola posesión de recursos o bienes disponibles, sino de la capacidad de disfrute, y de la propia conciencia acerca de ese disfrute.

Por ello se ha dicho que hablar de calidad de vida nos remite al concepto de bienestar ("*wellbeing*" o "*welfare*" para los anglosajones); y esto depende de la posibilidad que tenga cada persona de pensar bien acerca de su propia vida.<sup>59</sup>

Como se ve, la noción se integra de elementos objetivos

---

<sup>58</sup> Recomendamos, entre otros, la lectura de CALVERT-HENDERSON, "Quality of Life indicators", en <http://www.calvert-henderson.com/enviro-quality.htm>.

<sup>59</sup> VITTERSO J. y otros, "The concept of life satisfaction across cultures: exploring its diverse meaning and relation to economic wealth", *Social Indicators research*, Vol 16, Kluwer Academic Publishers, 2002, Holanda, p. 82.

y subjetivos y consecuentemente, demanda un enfoque multidireccional. Es un principio organizador, un standard que permite hacer un corte en el tiempo y evaluar el estado de la sociedad en un momento dado.

### c) *Obligaciones estatales*

Delineado brevemente el concepto y antecedentes de la calidad de vida, resulta casi un acto reflejo preguntarnos: ¿cuál es el sentido de que el Estado, en el marco de la norma específica como es la Ley General del Ambiente, asuma la obligación de promover el mejoramiento de la calidad de vida de las generaciones presentes y futuras?

La respuesta no es fácil, pero viene respaldada por las tendencias del derecho comparado moderno. En la propia Conferencia de Estocolmo (1972) se dijo que "El hombre tiene derecho fundamental a la libertad, a la igualdad y al disfrute de condiciones de vida adecuadas en un medio de calidad tal que le permita llevar una vida digna y gozar de bienestar". Posteriormente, en el Plan de Actuación de las Naciones Unidas aprobado en la Cumbre de la Tierra de Río de Janeiro, se incluyeron consignas directamente vinculadas a la calidad de vida en la Sección Primera ("Dimensiones Sociales y Económicas") y Tercera ("Fortalecimiento del papel de los grupos principales").

Y es que, si bien se trata de un tema complejo que excede en mucho lo estrictamente ambiental; la calidad de vida tiene un arraigado trasfondo ambiental puesto que sin mínimas condiciones en el entorno físico no hay calidad de vida posible. El medio ambiente, entonces, funciona como condición necesaria previa de la calidad de vida.

Dicho en otros términos, el medio ambiente es hoy reconocido como un presupuesto de viabilidad de bienes individuales existenciales, como la vida misma y la salud; y por conducto de ellos, la educación, la cultura, el trabajo, el desarrollo personal y social, la recreación, el deporte, etc., etc. Basta echar un vistazo a las nefastas consecuencias de las catástrofes naturales (huracanes, inundaciones y el nuevo desolador fenómeno del tsunami, por mencionar algunas) o a las condiciones naturales de lugares inhóspitos (como el

desierto de Sahara) para advertir que no hay desarrollo cultural y social posible, si las condiciones ambientales no son aptas.

Explica Bustamante Alsina<sup>60</sup> que la calidad de vida funciona como parámetro de las condiciones mínimas que debe tener el medio físico en sentido amplio, relacionándose con los recursos naturales pero implicando también sensaciones psicológicas, estéticas y estados de ánimo en función de la belleza del paisaje, la tranquilidad del entorno y el equilibrio natural de la convivencia social.

Queda justificado, entonces, que el Estado asuma desde una ley ambiental la obligación de mejorar la calidad de vida.

Los inconvenientes surgen cuando se trata de determinar las implicancias del deber de mejoramiento y cuál es el nivel de calidad de vida aceptable.

1. En cuanto a lo primero, debemos partir de una disquisición fundamental ¿El mejoramiento a que se obliga el Estado importa elevar el nivel de vida o aumentar el universo de beneficiarios? La respuesta ideal, obviamente, equivale a sumar estos dos extremos, es decir procurar elevar tanto el grado como el universo de beneficiarios.

La respuesta real, en cambio, nos pone de cara a soluciones no tan idílicas; y entonces nos inclinamos por el ensanchamiento en el número de beneficiarios. Esta alternativa, pues, guarda coherencia con uno de los caracteres fundamentales del bien colectivo medio ambiente —que, como se dijo, es presupuesto de la calidad—, cual es la no exclusión de beneficiarios.<sup>61</sup>

Por otra parte, dicho engrosamiento importa la nivelación de clases en pos de una efectiva igualdad de oportunidades; a la vez que diluye enfrentamientos y contribuye a la paz social. En este sentido, uno de los principales compromisos asumidos por los Estados en la Cumbre de Johannesburgo (2002) ha sido aplicar un programa de desarrollo sos-

---

<sup>60</sup> BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, *Derecho Ambiental-Fundamentación y Normativa*, ed. Abeledo Perrot, Bs. Asa. 1995, pp. 41-42.

<sup>61</sup> LORENZETTI, Ricardo Luis, *Responsabilidad colectiva, grupos y bienes colectivos*, LA LEY, 1996-D, p. 1071.

tenible que dé prioridad absoluta a colmar las profundas fracturas que dividen a la sociedad entre ricos y pobres; reconociendo a la desigualdad social y económica como uno de los grandes problemas a resolver.

Finalmente, ¿cuál es el nivel aceptable de calidad de vida?

Cumplimentar esta consigna será, sin dudas, una tarea ardua, dramáticamente relativa y temporaria. Decimos esto porque va a depender de las carencias y demandas existentes en un momento dado y porque, aún cuando las mismas sean cubiertas, luego surgirán otras, como consecuencia de la diversidad de factores que el concepto sintetiza y del ritmo del cambiante mundo globalizado.<sup>62</sup>

De todas maneras y para no caer en declaracionismos que alimentan más el descreimiento en la democracia capitalista como sistema, debieran plasmarse en documentos los cursos de acción concretos que contengan una estrategia gradual de abordaje e improvement de las distintas facetas que integran el nivel de vida. Pueden incluso distinguirse las cuestiones más estrictamente relacionadas al concepto de ambiente (naturaleza, cultura, paisaje, valores culturales, históricos, arquitectónicos, planeamiento urbano) de aquellas más alejadas (empleo, ingreso per cápita, seguridad social, etc.).

Sólo mediante la planificación e instrumentación de estrategias puede medirse a posteriori el mejoramiento del nivel de vida y concluirse sobre la aceptabilidad o inaceptabilidad del grado alcanzado; a la vez que controlar el cumplimiento de las metas que se propone y publicita el Estado. Ello debiera acompañarse, asimismo, del termómetro social de las mediciones de campo, instrumentadas a través de encuestas, censos y cuestionarios a habitantes de localidades que sean representativas de las distintas regiones del país.

---

<sup>62</sup> Por ejemplo, el acceso a la comunicación, información y educación vía internet es hoy un requerimiento social concreto, sobre todo en los sitios más alejados de los centros urbanos, y repercute innegablemente en la calidad de vida de quienes allí habitan.



### III. PLURALISMO DE FUENTES Y REGLA DE PRECEDENCIA

Uno de los problemas más complejos en el derecho actual es el relacionado con el pluralismo de fuentes,<sup>63</sup> el que se agudiza en materia ambiental por efecto de la enorme influencia que ejercen las numerosas disposiciones que se dictan a diario en esta área.

Cuando se produce un conflicto ambiental se delimita un supuesto de hecho cuya solución debe estar descrita en una regla jurídica. Normalmente ocurre que hay múltiples referencias normativas ubicadas en los tratados internacionales, en las constituciones nacionales, en las constituciones provinciales, en las leyes, en reglamentos, precedentes, y todo ello debe ser armonizado. Todo este material normativo puede referirse al mismo tema ambiental, pero también puede entrar en colisión con normas que regulan otros aspectos como el urbanístico, el comercial, empresario, impositivo, administrativo, y muchos otros.

La realidad actual es que frente al pluralismo de fuentes, la coherencia del sistema no es "*a priori*", como ocurría en el siglo XIX, en que el legislador diseñaba un código de reglas jurídicas armonizadas entre sí. Hoy en día, la coherencia es "*a posteriori*", y ya no es obra del legislador, sino del juez, quien debe decidir un caso tomando en cuenta diversas normas ubicadas en diversas fuentes que debe hacer "dialogar".<sup>64</sup>

Para ello, es fundamental determinar si el legislador ha establecido algún criterio para guiar al juez en esta tarea. En los conflictos ambientales, la ley 25.675 dice (art. 4):

La interpretación y aplicación de la presente ley, y de toda otra norma a través de la cual se ejecute la política ambiental estarán sujetas al cumplimiento de los siguientes principios:

<sup>63</sup> Ampliamos en *Teoría de la decisión judicial*, cit. También ver: LIMA MARQUES, Claudia, *Diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o novo Código Civil: do "diálogo das fontes" no combate às cláusulas abusivas*. JAYME, Erik, "Identité culturelle et intégration: Le droit internationale privé postmoderne" in *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, 1995, II, p. 60 e p. 251e seg; TEPEDINO, Gustavo, *Temas de Direito Civil*, T. II, Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 2006.

<sup>64</sup> Ampliamos en *Teoría de la decisión judicial*, cit.

Principio de congruencia: la legislación provincial, municipal referida a lo ambiental deberá ser adecuada a los principios y normas fijadas en la presente ley; en caso de que así no fuere, éste prevalecerá sobre toda otra norma que se le oponga.

Esta es una regla de “precedencia” lógica, que determina que, en casos de conflictos de fuentes el juez debe aplicar de modo prevalente la que tutela el bien ambiental.

#### IV. EL IMPACTO EN LA DISCIPLINA ACADÉMICA

La cuestión ambiental puede ser comprendida de modos diversos:

*Derecho de los recursos naturales:* es una especialidad dentro de las diversas ramas del conocimiento jurídico, como una suerte de versión más amplia del derecho de los derechos reales y que desarrolla la legislación sobre aguas, aire, suelo, flora, fauna, etcétera.

*Derecho del ambiente:* en este caso se trata de la influencia que el ambiente ejerce sobre las diversas disciplinas jurídicas. Actualmente, en cada una de ellas hay un capítulo destinado al tema: derecho administrativo ambiental, derecho laboral ambiental, derecho civil ambiental, derecho constitucional ambiental, etc. En este enfoque se sigue el orden de cada disciplina, y se agrega un capítulo sobre el ambiente, de modo tal que uno no deja de ser constitucionalista o civilista, y trata de trasladar categorías propias del modelo tradicional a una nueva cuestión.

*Análisis interdisciplinario:* en este abordaje se estudian problemas para cuyo análisis se convocan varias disciplinas. Por ejemplo, se analiza la deforestación desde el punto de vida económico, biológico, jurídico. A diferencia de los supuestos anteriores, no son las disciplinas las que moldean el objeto, sino que es el problema el que convoca a las disciplinas con un poco más de libertad.

*Paradigma ambiental:* en este caso el ambiente no es el sujeto pasivo de la regulación, sino que influye sobre éste, la condiciona y hasta la domina confiriéndole su propia característica.

## CAPÍTULO III

# INCERTIDUMBRE Y RIESGOS AMBIENTALES: PREVENCIÓN Y PRECAUCIÓN

### INTRODUCCIÓN

Hemos señalado el impacto del paradigma ambiental (Capítulo Primero) y las influencias sobre el derecho (Capítulo Segundo), identificando entre estas últimas la pretensión de regular la incertidumbre. Este es un aspecto típico del ambientalismo, novedoso y difícil, que estudiaremos seguidamente.

#### I. CONSENSO EMOCIONAL Y DISENSO COGNOSCITIVO

El “principio precautorio” es relativamente reciente en el campo ambiental, pero se ha expandido con rapidez inusitada, habiendo sido introducido en numerosos instrumentos internacionales y nacionales con una amplia aceptación en la doctrina especializada.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Se ha escrito muchísimo sobre la prevención, precaución y tutela inhibitoria. Como referencia ampliamos en LORENZETTI, Ricardo L., “La tutela civil inhibitoria”, LL, 1995-C, 1217. Ver: MILARÉ, Edis, “Principios fundamentales de derecho del ambiente”, en *Revista de Tribunales*, vol. 756, p. 60, octubre 1998; GOLDENBERG, Isidoro-CAFFERATTA, Néstor A., “El principio de precaución”, Buenos Aires, 6 de noviembre 2002, JA 2002-IV- fascículo n. 6; MARINONI, Luis, “Tutela inhibitoria: la tutela de prevención del ilícito”, ED, 186-1127; DE LORENZO, Miguel F., *El daño injusto en la responsabilidad civil*, p. 17, nota 11, Abeledo-Perrot, 1996; ANDORNO, Luis O., “El denominado proceso urgente (no cautelar) en el derecho argentino como instituto similar a la acción inhibitoria del derecho italiano”, JA, 1995-II, 887; PEYRANO, Jorge W., *La acción preventiva*, Lexis Nexis Abeledo-Perrot, 2004; “Lo urgente y lo cautelar”, JA, 1995-I, 899; MIRRA, Álvaro L. Valery, “Derecho ambiental brasileño: el principio de precaución y su aplicación judicial”, p. 65, Lexis Nexis JA, 17 de sep-

El "consenso emocional" se basa en dos aspectos claves.

El primero es la natural "aversión al riesgo" por parte de todas las personas y un fuerte rechazo de los peligros, todo lo cual lo vuelve políticamente correcto.<sup>2</sup>

El segundo es el cambio de paradigma que se está produciendo respecto de la percepción de los riesgos sociales. Desde que el desarrollo industrial comenzó a exhibir sus beneficios, las personas estuvieron dispuestas a soportar los "daños colaterales" como un efecto inevitable, lo que llevó a una estrategia "reactiva": el progreso debe avanzar y cuando hay problemas, estos se controlan, se administran, se adjudican a quienes pueden soportarlos, o bien se sanciona a quien actuó indebidamente. En la actualidad las personas expresan cada vez más temores frente al potencial del desarrollo, los riesgos comienzan a ser vistos como algo cuya entidad no se conoce con precisión, se desconfía de la ciencia, y se prefiere obrar con cuidado antes que avanzar en un sentido desconocido. El temor obliga a ser "proactivos" antes que reactivos; anticipar los riesgos antes que reaccionar una vez que ellos produzcan daños graves o irreversibles.

El principio precautorio gana consenso cuando se dirige al corazón de las personas.

La adhesión emocional sirve para la enunciación, pero no avanza demasiado en la implementación, con lo cual se deja un flanco demasiado amplio para las objeciones. En este plano, el principio ha sido criticado por ser una respuesta ciega que los administradores, el congreso y los jueces dan a los temores públicos, y que lleva a adoptar malas decisiones que se han denominado: "leyes del miedo".<sup>3</sup> Las

---

tiembre 2003, IA- 2003-III, fascículo n° 12.; PARELLADA, Carlos A. "Los principios de responsabilidad civil por daño ambiental en Argentina", p. 243, en *Responsabilidad por Daños al Medio Ambiente*, Universidad de Externado de Colombia, 2000; MARTÍN MATEO, Ramón: *Tratado de Derecho Ambiental*, vol. II, p. 770, 1991.

<sup>2</sup> PERCIVAL, Robert, "Who's Afraid of the Precautionary Principle", *Pace Environmental Law Review*, vol. 23, nú. 1, 2005/6.

<sup>3</sup> SUNSTEIN, Cass, "Laws of fear: beyond the precautionary principle", Cambridge, 2005. SUNSTEIN, Cass, "Irreversible and Catastrophic: Global Warming, Terrorism, and Other Problems", 23 *Pace Envtl. L. Rev.* 3, 4 (2005-2006).

regulaciones no suelen explicar claramente las razones ni tienen una base científica clara, lo cual no da ninguna seguridad de que sean las adecuadas. Por esta razón se sostiene que debemos ser "precautorios" respecto de la "precaución", porque las percepciones públicas sobre el riesgo pueden ser erróneas o manipulables por intereses económicos, por lo cual no son seguras.

El debate respecto de los criterios de implementación exhibe un amplio espectro de desacuerdos.<sup>4</sup> En un extremo, hay quienes sostienen que el principio es una pura declaración exhortativa, pero no tiene un campo de aplicación práctico. En el otro, se argumenta la prohibición de todo emprendimiento de riesgo ambiental, hasta que se demuestre algo que es casi indemostrable. En el medio podemos identificar una gran cantidad de posiciones que van desde la utilización de criterios basados en el riesgo/beneficio para identificar soluciones, hasta su negación.

El principio precautorio genera su propia incertidumbre cuando se dirige al cerebro de las personas, apelando a sus razones.

En el supuesto en que se identificara un método aceptable para fundarlo, la implementación del principio puede llegar a ser extremadamente compleja: ¿se deben prohibir los productos genéticamente modificados por precaución frente a la probabilidad de daños futuros?; ¿se debe prohibir que existan en las oficinas computadoras, teléfonos, y otros productos que pueden producir un campo magnético cuyos efectos acumulativos se desconocen? Las decisiones bajo un ambiente de incertidumbre son naturalmente difíciles, pero si se aplican a opciones que pueden traer efectos económicos y sociales muy amplios, para una población, para una nación o incluso para las generaciones futuras, la dificultad se incrementa. Estos caminos estuvieron siempre a disposición, pero no se los veía como problemáticos, porque siempre se optaba por seguir el que llevaba al desarrollo. En la actualidad, las personas no obran tan precipitadamente, y se detienen a pensar un poco más cuando están en una en-

---

<sup>4</sup> CROSS, Frank, "Paradoxical Perils of the Precautionary Principle", 53 *Wash. & Lee L. Rev.* 851, 851-52 (1996).

crucijada. Un trabajo serio sobre el principio también debe abordar esta dificultad y avanzar en dotar de algunas guías para obrar.

El principio precautorio exhibe debilidades cuando se lo utiliza para dar los primeros pasos en la oscuridad.

Esta introducción pretende mostrar el entorno problemático del principio: hay consenso en los corazones, disenso en las razones, y debilidad en el andar.

En el estadio actual del “paradigma ambiental”, estimamos que debe aceptarse el principio precautorio, pero debemos avanzar en la fase de implementación, para hacer de ello una realidad posible y no una mera declaración políticamente correcta, pero inaplicable.

La cuestión es difundir el principio, pero también indagar sobre el modo en que se instrumenta: ¿qué significa ser precautorio?

Comenzaremos el análisis examinando cómo se razona en los diferentes modelos.

## II. INTERVENCIONISTAS, PREVENTIVOS Y PRECAUTORIOS

Supongamos que un funcionario o un juez reciben una petición de un grupo de ciudadanos para limitar una actividad que podría causar un daño grave e irreversible al ambiente, sin que existan pruebas científicas concluyentes.

Un “intervencionista”, está acostumbrado a “intervenir” en la naturaleza adaptándola a las necesidades humanas, y por lo tanto, negaría fundamento jurídico para limitarla, argumentado:

- Que toda restricción a la libertad es de interpretación restrictiva;
- Que avanzar sobre ello es fundar la decisión en el miedo y no en la evidencia científica;
- Que no hay ninguna seguridad de que la regulación sea mejor que su ausencia;
- Que para ser coherentes deberíamos saber los efectos dañosos de la propia regulación ambiental;
- Que es mejor reaccionar duramente ante la ocurrencia que actuar a ciegas.

Un “preventivo” sostendría que no hay fundamento jurídico para limitarla, argumentando:

- Que hay que prevenir toda afectación grave e irreversible al ambiente;
- Que es preferible actuar antes que no hacerlo, pero siempre hay que respetar los derechos de los demás, y la seguridad jurídica;
- Que en el caso no hay una prueba de la relación causal, es decir, no hay evidencia alguna de que exista el daño, ni que éste sea consecuencia de una determinada acción.

Un “precautorio” podría limitarla argumentando:

- Que hay que prevenir toda afectación grave e irreversible al ambiente;
- Que es preferible actuar antes que no hacerlo;
- Que la falta de certeza no es una excusa admisible.

### III. ANTECEDENTES

La precaución es una idea que ha existido en la tradición milenaria de comunidades antiguas, otros lo ubican en el campo de la medicina del siglo XIX, que aún frente a la ausencia de certezas científicas aconsejaba respecto de la utilización del agua para detener la epidemia de cólera.

Los antecedentes en materia ambiental suelen remitirse a la década de 1970. En Alemania se utilizó la “*Vorsorgeprinzip*” para prevenir la polución del aire proveniente de la deforestación, en la ley de Suecia sobre protección ambiental de 1969.

La noción de “principio” se perfila en la década de 1980, en la protección del mar del Norte. En 1982, la Convención sobre el Derecho del Mar (art. 206), dispuso que el Estado debe evaluar los efectos potenciales de actividades que podrán implicar una polución importante o modificaciones considerables. La Segunda Conferencia Internacional relativa al Mar del Norte 1987, reconoció la necesidad de adoptarlo como principio.

En la década siguiente ya se adopta el principio precau-

torio en forma clara en la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, de 1992 (principio 15). La potencialidad del movimiento se advierte por su inserción en varios instrumentos internacionales: la Convención de Bamako de 1991 relativa a la prohibición de importar desechos peligrosos y a controlar los movimientos transfronterizos en África; la Convención sobre la protección y utilización de los cursos de agua transfronterizos y de lagos internacionales, Helsinki, 1992; la Convención para la protección del medio marino del Atlántico Nor-Este, París, 1992; el Acuerdo relativo a la conservación y gestión de stock de peces, Nueva York, 1995; el acuerdo para la aplicación de medidas sanitarias y fitosanitarias de Marakesh de 1994; el Protocolo de Oslo de 1994 en materia de polución atmosférica. También lo vemos en la Convención sobre Cambio Climático (1992), en la Convención sobre Biodiversidad biológica (1992), en el Tratado de Maastricht (1992).

En los últimos años, la Unión Europea<sup>5</sup> y el Comité de expertos en ética de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza (UICN) han elaborado versiones más detalladas sobre la fase de implementación.

#### IV. CONCEPTO

Para tener una comprensión de lo que significa "precaución", conviene tener en cuenta alguna de sus formulaciones en documentos internacionales:

- La Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, de 1992, principio 15:

Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave e irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente;

---

<sup>5</sup> Comisión de the European Communities, Communication from the Comisión on the Precautionary principle, 2000. [http://europa.eu.int/comm/dgs/health\\_consumer/library/pub/pub07](http://europa.eu.int/comm/dgs/health_consumer/library/pub/pub07).



- Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, artículo 3.3:

Las partes deberían tomar medidas de precaución para reducir al mínimo las causas del cambio climático y mitigar los efectos adversos. Cuando haya amenaza de daño grave e irreversible, no deberían utilizarse la falta de total certidumbre científica como razón para postergar tales medidas, tomando en cuenta que las políticas y medidas para hacer frente al cambio climático deberían ser eficaces en función de los costos a fin de asegurar beneficios mundiales al menor costo posible;

- Convenio sobre la Diversidad Biológica incorporado al sistema legal argentino por ley 24.375 de 1994, dice que cuando exista una amenaza de reducción o pérdida sustancial de la diversidad biológica no debe alegarse la falta de pruebas científicas inequívocas como razón para aplazar las medidas encaminadas a evitar o reducir al mínimo esa amenaza;
- La Ley General del Ambiente 25.675, Artículo 4:

Principio precautorio: Cuando haya peligro de daño grave o irreversible la ausencia de información o certeza científica no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces, en función de los costos, para impedir la degradación del medio ambiente;

- En Colombia, la ley 99 dice que:

las autoridades ambientales y los particulares darán aplicación al principio de precaución conforme al cual, cuando exista peligro de daño grave e irreversible, la falta de certeza científica no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces para impedir la degradación del medio ambiente;

- En Costa Rica, la ley 7788/98 dice que:

cuando exista peligro o amenaza de daños graves e inminentes a los elementos de la biodiversidad y al conocimiento asociado con estos, la ausencia de certeza científica no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces de protección;

- En Perú, la ley 28.611 dice que:

cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza absoluta no debe utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces y eficientes para impedir la degradación del ambiente;

- En Francia, la "*Carta de L'environnement*" (Constitución, 2005) dice:

cuando la ocurrencia de un daño, incluso que incierto atento el estado de conocimientos científicos, pueda afectar de modo grave e irreversible el medio ambiente, las autoridades públicas providenciarán a través de la aplicación del principio precautorio en las áreas de sus atribuciones, la implementación de procedimientos de implementación de riesgos y la adopción de medidas provisionales y proporcionales, con la finalidad de evitar la realización del daño.

## V. INTERROGANTES

La lectura de las definiciones normativas suscita numerosos interrogantes:

¿Es una mera declaración política o un principio obligatorio?;

¿Son sus destinatarios los funcionarios o alcanza también a los habitantes?;<sup>6</sup>

¿Cuál es su efecto sobre las políticas públicas?;

¿Significa que sólo se puede aplicar cuando hay medidas eficaces de protección<sup>7</sup> o bien cuando hay medidas cuyo efecto también se desconoce?;

¿Requiere certeza absoluta, relativa, total o parcial?;

¿Se aplica de modo general o solamente a algunos casos que son riesgos incontrollables y superan el rango de probabilidad, como el cambio climático o el deterioro de la capa de ozono, o el de las especies, o de la biodiversidad?;

¿Provoca la inversión de la carga de la prueba o bien el traslado del riesgo de la duda, de la demora, de la incerteza?;

¿Debe aplicarse el análisis del "riesgo-beneficio"?;

<sup>6</sup> Colombia, ley cit.

<sup>7</sup> Perú, ley cit.

## PRIMERA PARTE CALIFICACIÓN JURÍDICA

### I. ¿ES UNA OBLIGACIÓN O UNA OPCIÓN VOLUNTARIA?

Una "versión débil" del principio consiste en afirmar que es una declaración de naturaleza meramente exhortativa y que es una opción de política pública de aplicación voluntaria. Por el contrario, una "versión fuerte", lleva a sostener que es una norma jurídica que obliga a decidirse por la más precautoria de las opciones que se tengan a disposición.<sup>8</sup> En el primer caso, permanece totalmente en el campo de la discrecionalidad de quien toma la decisión, mientras que en el segundo, es obligatorio porque esto ya ha sido definido por el legislador. En la primera situación puede existir una regulación reactiva o proactiva, mientras que en el segundo, sólo debe ser proactiva.

Para dar una respuesta, es conveniente discriminar diferentes ámbitos de la precaución y la calificación jurídica en cada una de ellas.

### II. ¿SON SUS DESTINATARIOS LOS FUNCIONARIOS O ALCANZA TAMBIÉN A LOS HABITANTES?

El libre albedrío ha sido defendido en términos constitucionales sobre la base de la libertad, de modo que la regla es que todos los individuos tienen el derecho a decidir qué es lo conveniente para satisfacer sus aspiraciones. Sin embargo, existen ámbitos en que se ha ido restringiendo esta libertad bajo la noción de "orden público de coordinación", es decir, de una serie de normas que articulan las conductas individuales para hacer posible lo social. En este aspecto es interesante recordar que, por ejemplo, en el ámbito de la circulación por automotores, es habitual exigir a los conductores una "conducta precautoria", lo cual significa que, si tenemos dudas sobre si nuestra conducción o maniobra

---

<sup>8</sup> Guidelines for applying the precautionary principle to biodiversity conservation and natural resource management, approved by the 67 meeting of the IUCN council.

va a causar un daño a otros, es mejor abstenerse de avanzar. Conducir un automóvil es un riesgo y debemos ser conservadores.

En materia ambiental también existe un orden público que limita los derechos subjetivos y les confiere una "función", como lo hemos dicho: el consumo debe ser sustentable, por lo tanto, precautorio.

Por ello podemos afirmar que:

- Las personas tienen libertad para adoptar decisiones pero hay un límite externo basado en la función ambiental;
- De ello deriva que la conducta debe ser precautoria;
- La precaución es aquí un principio, es decir, un mandato de optimización;
- Frente a una conducta que cause daños y otra que no lo cause, las personas deben orientarse de modo precautorio.

### III. ¿CUÁL ES SU EFECTO SOBRE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS?

En el dominio de las políticas públicas existe un campo de discrecionalidad dentro del cual la administración puede decidir si actúa de un modo u otro. En este aspecto, se sostiene que la precaución es una opción: el funcionario puede, dentro del ejercicio de una actividad discrecional, dar una autorización o no, regular o no, conforme a las informaciones disponibles en el momento de hacerlo. En este sentido, es una directiva política para anticipar, evitar y mitigar amenazas al ambiente.

En la medida en que la ley contiene un mandato dirigido a la administración, ello importa una restricción al campo de su obrar. De modo que, más que discutir si hay voluntariedad u obligatoriedad, el problema es de límites, es decir, hasta qué punto puede el administrador según su propia discrecionalidad.

En este sentido puede afirmarse que:

- No es una mera exhortación, puesto que cuando la ley recepta el principio precautorio, éste tiene un valor

normativo preciso de carácter delimitativo. Es un marco genérico del obrar, dentro del cual existe discrecionalidad lícita y fuera del cual hay ilicitud;

- Genera una obligación de previsión extendida y anticipatoria. Por ello se ha dicho que:

requiere más que una cuidadosa anticipación de daños potenciales que ya están en curso; requiere una posición de previsión sobre los riesgos en el futuro. Es un principio proactivo en las decisiones. La implementación requiere humildad y restricción, reconociendo la falibilidad del conocimiento humano;<sup>9</sup>

- De tal modo, el administrador que tiene ante sí dos opciones fundadas sobre el riesgo, debe ser precautorio en sentido general. Ello no significa que dentro de las opciones precautorias tenga que seguir una de ellas; es decir que puede ser precautorio prohibiendo, habilitando con restricciones, postergando una decisión, obligando a obtener información previa;
- Podemos distinguir entre:
  - Opciones de primer grado: se presenta una alternativa entre una decisión que incrementa gravemente el riesgo ambiental, pero ofrece controlar los efectos a posteriori y otra que prefiere controlar a priori los posibles daños. En este caso, el administrador debe optar por la segunda, es decir, ser proactivo antes que reactivo;
  - Opciones de segundo grado: dentro de las posibilidades proactivas tiene la discrecionalidad de elegir cuál de ellas le parece más conveniente.

#### IV. ¿CUÁL ES EL CONTENIDO DEL PRINCIPIO?

##### 1. *Fundamento constitucional*

El principio tiene fundamento constitucional porque se establece que hay un deber genérico de no degradar el medio ambiente.

---

<sup>9</sup> Guidelines, cit.

## 2. *Concepto jurídico indeterminado*

El principio es una norma jurídica y no una mera declaración, pero el grado de obligatoriedad es diferente de la regla de derecho. Esta última expresa un concepto jurídico determinado, de manera que no hay opción alguna: se debe cumplir o no. En cambio el principio, al ser indeterminado, es un mandato de optimización, es decir, obliga a hacer todo lo posible para alcanzar el objetivo.<sup>10</sup>

El principio genera un campo de tensión que se resuelve mediante un juicio de ponderación, que consiste en medir el peso de cada principio en el caso concreto.

## 3. *Peso diferente según los bienes comprometidos*

De conformidad con lo anterior, el principio tiene diferente peso en el caso concreto; muestra la dirección en que debería buscarse la decisión, pero la fuerza depende de los bienes en juego.

Aplicando estas nociones generales en el campo específico, puede decirse, por ejemplo:

- El principio debe ser integrado con otros principios y derechos, como la equidad intrageneracional e intergeneracional;<sup>11</sup>
- El principio tiene relevancia en el contexto de conservación y uso sustentable de biodiversidad y recursos naturales vivos; las especies son genéticamente únicas e irremplazables. No se puede presumir que son intercambiables, la pérdida de una especie no puede ser compensada por la protección o restauración de otra.<sup>12</sup>

## V. ¿CUÁLES SON LOS PRESUPUESTOS DE APLICACIÓN?

### 1. *Amenaza de daño grave o irreversible*

El primer requisito es la existencia de "amenaza de daño grave o irreversible".

---

<sup>10</sup> Ampliamos en *Teoría de la decisión judicial*, cit.

<sup>11</sup> Guidelines, cit.

<sup>12</sup> Guidelines for applying the precautionary principle to biodiversity conservation and natural resource management, approved by the 67 meeting of the IUCN council.

Con referencia a este elemento se han planteado algunas objeciones que pueden resumirse del siguiente modo:

- No se especifica cuán grave debe ser el daño para comenzar a actuar, lo cual puede dar lugar a interpretaciones muy diferentes;
- Es contradictorio exigir un hecho comprobable (amenaza de daño grave) que al mismo tiempo debe ser incierto para que sea aplicable la precaución;
- Existe una gran variedad de vocablos de significados diferentes en las diversas leyes y tratados internacionales; algunos mencionan “amenaza” y otros “peligro”; algunos textos requieren que sea grave o irreversible mientras que otros exigen ambos elementos.

Las críticas precedentes le exigen al principio que actúe como una regla, es decir, pretenden una determinación que ningún principio tiene. Como lo hemos señalado, los principios son conceptos jurídicos indeterminados y no describen un supuesto de hecho, mientras que las reglas, por el contrario, contienen mandatos, permisiones o prohibiciones aplicables a un supuesto delimitado con precisión.

El principio es un instrumento apropiado para situaciones de incertidumbre, porque no es rígido y porque permite medir en cada caso su peso concreto, haciendo un balance con otros argumentos competitivos. Por otra parte, es complementario de la regla, como ocurre, por ejemplo, en la circulación automotor: hay reglas de velocidad máxima (prohibido circular a más de 100 km/h) y principios que la refuerzan (“no dañar a otro”) en situaciones que la regla no ha previsto.<sup>13</sup>

En virtud de la distinción efectuada podemos responder a las tres objeciones del siguiente modo:

- No es apropiado requerir al principio que especifique cuán grave es el daño, ni cuáles son los elementos probatorios;

---

<sup>13</sup> Si se utilizara un principio en lugar de una regla para regular la velocidad, diría: conduzca de manera que no dañe a otro, pero sería muy difícil porque en cada conductor haría una valoración diferente; demandaría mucho trabajo tomar la decisión sobre la velocidad a cada instante (altos costos de transacción), y ocasionaría una gran inseguridad porque los demás no sabrían de antemano cómo decide cada conductor en cada situación.

- No es contradictorio exigir un hecho comprobable (amenaza de daño grave) que al mismo tiempo debe ser incierto para que sea aplicable la precaución. Ello es así porque el hecho cierto es la base fáctica que permite la aplicación del principio. Este último no puede ser aplicado en cualquier situación, sino sólo cuando hay un daño grave. Por ello el elemento fáctico activante debe ser determinado, mientras que el principio no lo es;
- Sería deseable una mayor precisión en la definición de los elementos típicos para lograr una mayor uniformidad en su aplicación.

Hemos afirmado que el principio no puede ser invocado en cualquier situación, sino siempre que se verifique la "amenaza de un daño grave o irreversible", lo cual requiere algunas precisiones:

- Debe identificarse un producto, una sustancia o una actividad;
- Debe identificarse un daño futuro;
- Debe tratarse de un daño grave. Este requisito es fundamental porque la precaución no actúa frente a cualquier tipo de situaciones, sino en casos extremos y donde exista una necesidad de hacerlo porque los daños serán irreversibles. La gravedad, aplicada al bien ambiental, significa que hay que prevenir antes que resarcir, que hay que recomponer antes que indemnizar. Por esta razón se puede señalar que la precaución puede presentar dos escenarios diferentes:
  - Si hay una situación en la que no actuar implicaría asumir un riesgo de un daño grave porque es irreversible, el estándar es más riguroso;
  - Si en cambio es reversible, es susceptible de recomposición, y por lo tanto podría darse una situación más flexible;
- Deben separarse las siguientes situaciones:
  - Si el daño futuro ocurrirá ciertamente actúa la prevención para detenerlo;
  - Si el daño futuro es incierto, es un caso de precaución, como lo veremos en el punto siguiente.



## 2. *La incertidumbre científica*

El daño potencial deriva de un fenómeno, producto o proceso que ha sido identificado, pero la evaluación científica no permite evaluar el riesgo con suficiente exactitud para actuar.<sup>14</sup>

Este elemento es clave para distinguir entre prevención y precaución: en la primera se actúa frente a una amenaza cierta, pero, si no se prueba esa certidumbre, no se actúa. En cambio, en la precaución se toman medidas aún frente a una amenaza incierta.<sup>15</sup>

Existe amplia coincidencia tanto en la disciplina jurídica, como en las sociales, físicas y de la naturaleza, en que se requiere "incertidumbre científica" para que el principio sea aplicable, pero no hay un criterio para establecer cuánta evidencia es necesaria para actuar o dejar de hacerlo.

Es posible establecer algunos distingos:

- *Certeza de la ciencia e incerteza en el ambiente*: la incertidumbre es inherente a los problemas ambientales,<sup>16</sup> porque los sistemas se comportan de un modo complejo con múltiples interacciones, por lo cual es posible afirmar que hay un grado permanente de incertidumbre ontológica. Pero la ciencia estudia estos fenómenos y se van haciendo progresos, de manera que podemos decir que en algunos casos se conoce exactamente cómo funcionan y en otros no hay bases para predecir. La incertidumbre ontológica es irreducible, mientras que la cognoscitiva es reducible mediante un incremento del conocimiento. Este aspecto es importante porque en los casos en que se trata de un problema de incertidumbre cognoscitiva, se pueden disponer medidas para reducirla (mayor investi-

---

<sup>14</sup> Commission of the European communities, Communication from the Commission on the precautionary principle (2000).

<sup>15</sup> Con razón se ha dicho que: "Esperar certidumbre normalmente nos habilitará solamente a reaccionar y no para una regulación preventiva" in re Ethyl Corp v. EPA, 541 F. 2d. 1 D.C. Circ. 1976.

<sup>16</sup> Banco Mundial, "Desarrollo y Medio Ambiente", informe del año 1992, p. 40.

gación sobre un tema), lo que no se puede hacer cuando es ontológica;

- *Certeza absoluta y relativa*: hay legislaciones que utilizan la expresión “falta absoluta de certeza”, y otras se valen del término “relativo”. Estos términos tienen un escaso valor normativo y resultan de poca utilidad para enfrentar los problemas, que, normalmente, exhiben grados de certeza en diferentes rangos. Desde el punto de vista jurídico, cuando la amenaza es relativamente cierta, la probabilidad de ocurrencia puede ser establecida, con lo cual estamos ante un caso de prevención y no de precaución;<sup>17</sup>
- *Incerteza al momento de la decisión*: cuando se exige la falta de certeza se alude al momento en que se toma la decisión, de modo que puede desaparecer en un momento posterior;
- *Incertidumbre sobre el daño grave o sobre la relación causal*: Para despejar el razonamiento es interesante imaginar que se solicite una autorización para un producto que:
  - Es inocuo: en tal caso hay que aprobarla;
  - Seguramente causará un daño grave: hay que prevenir;
  - No se sabe si causará o no un daño grave: se aplica la precaución.

Comparando las situaciones, parece claro que hay que probar, al menos, la probabilidad de ocurrencia de un daño grave, porque si nada de ello se demuestra, la actividad es inocua y debe ser aprobada. La principal cuestión se centra, normalmente, en relación al nexo causal, de modo que debería probar al menos un escenario de ocurrencia de un daño grave.

Este último aspecto es importante porque debe haber un umbral de acceso al principio precautorio, ya que de lo contrario siempre se puede argumentar que cualquier actividad

---

<sup>17</sup> “Guidelines for applying the precautionary principle to biodiversity conservation and natural resource management”, approved by the 67 meeting of the IUCN council.

en el futuro cercano o lejano podrá causar daños. El problema que ello acarrea es que se puede prestar a usos del principio que sean negligentes u obedezcan en realidad a otras intenciones.

Un supuesto que puede producirse es el de la imposibilidad o extrema dificultad probatoria de la certidumbre. Un buen ejemplo es el siguiente caso: en respuesta a un reclamo de ambientalistas, la Corte de Apelaciones del Distrito de Columbia ordenó a la Environmental Protection Agency (EPA) que decida dentro de treinta días, si el agregado de aditivo de plomo en la gasolina debía ser regulado por razones de protección de la salud (octubre de 1973). La EPA dictaminó que podría ser peligroso para la salud y estableció un límite. Las empresas demandaron y en 1974, la Corte de Distrito de Columbia, constituida en el caso por tres jueces, derogó la resolución por dos votos a uno. La mayoría dijo que no había evidencia suficiente para probar que las emisiones de plomo podrían poner en peligro la salud humana. La EPA apeló a la totalidad de la Corte, la que decidió dijo que, en marzo de 1976, por 5.4 votos, que la decisión de la agencia era correcta, aplicando el principio precautorio. Sostuvo la mayoría que la "*Clean Air Act*" disponía que una acción debe ser adoptada antes de que el daño ocurra. Se dijo que si hay incertidumbre, no se requiere una prueba paso por paso de causa a efecto; dicha prueba puede ser imposible de obtener. Debe cumplirse con el objetivo precautorio del estatuto.<sup>18</sup>

#### *Concluyendo:*

La incertidumbre requiere determinar si al momento de tomar la decisión existe falta de conocimiento científico sobre la probabilidad de un daño grave e irreversible, y en tal caso ordenar las medidas de investigación para reducirla. Si se agotan las investigaciones, debería probarse, al menos, un escenario en que la actividad produzca un daño grave e irreversible, para descartar los supuestos inocuos.

---

<sup>18</sup> Natural Res. Def. Council, Inc. vs. Epa, Num. 722233, D.C. Circ, 1973; Ethyl Corp. Vs. EPA, 541, F. 2d, 1, 10 DC Circ, 1976.

## SEGUNDA PARTE

### APLICACIÓN DEL PRINCIPIO

#### I. ES CASUÍSTICO

Se ha dicho que no es una regla general, sino caso por caso.<sup>19</sup>

Un principio no es una regla y por lo tanto no se aplica inmediatamente a una serie de situaciones que puedan ser definidas en base a un supuesto de hecho genérico. El principio carece de esta propiedad y debe ser aplicado en cada caso en base a un juicio de ponderación.

Dicho casuismo no sólo se da a través de la aplicación judicial o administrativa, sino también cuando se redactan tratados, muchos de los cuales se ocupan de relacionarlo con un problema específico, como ocurre, por ejemplo con:

- *Capa de ozono*: el Protocolo de Montreal sobre sustancias que debilitan la capa de ozono, 1987 dispone que:  
las partes que concurren a este Protocolo han determinado proteger la capa de ozono con la adopción de medidas precautorias para controlar de manera equitativa las emisiones globales totales de sustancias que la debiliten, con el objetivo último de eliminarlas, utilizando el desarrollo del conocimiento científico;
- *Cambio climático*: la Convención Marco sobre Cambio Climático, Río de Janeiro, 1992, se refiere a un tema concreto:  
las partes deberán tomar medidas de precaución para anticipar, prevenir o minimizar las causas del cambio climático, y mitigar sus efectos adversos. Cuando haya amenaza de daño grave o irreversible, no deberá utilizarse la falta de total certidumbre científica como razón para posponer tales medidas, tomando en cuenta que las políticas y medidas

---

<sup>19</sup> En ese sentido, la Comisión de la Unión Europea, en una Comunicación del 2 de febrero del 2000 sobre las condiciones de aplicación del principio de precaución, ha aclarado que no propugna la inversión de la carga de la prueba como regla general, sino que la prevé como una posibilidad que deberá examinarse caso por caso.

para hacer frente al cambio climático deben ser eficaces en función de los costos, con el fin de asegurar beneficios globales al menor costo posible;

- *Diversidad biológica*: el Convenio de Diversidad Biológica, Rio de Janeiro 1992, establece: "en el Preámbulo las partes contratantes observan que es vital anticipar, prevenir y atacar en sus fuentes las causas de reducción o pérdida de la diversidad biológica". También dispone que cuando exista una amenaza de reducción o pérdida sustancial de la diversidad biológica no debe alegarse la falta de pruebas científicas inequívocas como razón para aplazar las medidas encaminadas a evitar o reducir esa amenaza.

## II. REDUCCIÓN DE LA INCERTIDUMBRE

El primer aspecto a considerar en un caso es si existe una manera de reducir la incertidumbre.

En este aspecto se debe establecer un rango de situaciones de completa ignorancia hasta aquellas donde las probabilidades pueden ser estimadas a fin de clarificar las opciones. Deben incluirse el impacto directo, los indirectos, secundarios o amenazas de largo plazo, también el impacto acumulativo de actos repetidos.<sup>20</sup> Una vez planteado el problema en toda su amplitud, se deben identificar las acciones disponibles y sus potenciales amenazas, las medidas positivas para anticiparlas.

Es decir, se debe comenzar recolectando toda la información disponible y ordenando que se investigue para obtener lo que sea posible. Se puede solicitar el aporte de información a las empresas, consultas con otros centros científicos, la realización de pruebas, modelos de predicción y toda otra medida que se considere adecuada.

En cuanto a las fuentes, toda la información disponible debe ser tenida en cuenta, y en caso de discrepancias, deben preferirse aquellas informaciones recolectadas por instituciones públicas e independientes.

---

<sup>20</sup> GUIDELINES, cit.

### III. TRASLADO DEL RIESGO DE LA DUDA

El principio afirma que la falta de certeza científica no debe ser utilizada como argumento para postergar medidas eficaces en función de los costos.

Esta afirmación obliga a distinguir dos actitudes:

*Reactiva*: la regla general en los sistemas jurídicos está basada en la seguridad jurídica y la libertad de comercio. Cuando alguien propone una actividad, se la autoriza, y si hay alguna duda no se puede restringir, ya que sólo se actúa cuando se provoca un daño. No se puede actuar prohibiendo o regulando una actividad frente a una duda, porque la libertad de comercio es la regla y toda restricción debe ser fundada. El control es a posteriori, reactivo.

*Proactiva*: cuando se trata de un riesgo ambiental, se traslada el riesgo de la duda, el que cae sobre quien promueve la iniciativa. Este efecto es de alto impacto en las políticas regulatorias, que pasan a ser proactivas.

### IV. TRASLADO DEL RIESGO DEL ERROR CIENTÍFICO.

#### FALSOS POSITIVOS Y FALSOS NEGATIVOS

El principio reconoce que una falsa predicción que afirma que una actividad no causará daño alguno es más dañosa para la sociedad que una falsa predicción de que una actividad causará daño. De otra manera se puede expresar que las consecuencias de los falsos negativos (juzgar erróneamente que un producto o actividad no tiene riesgo) son mucho peores que las derivadas de los falsos positivos (juzgar erróneamente que un producto o actividad tiene riesgo).

Esta característica implica el traslado del riesgo del error científico.

El postulado tradicional en esta materia es que debe probarse que habrá un daño, incluyendo el elemento científico, y frente a la posibilidad de error o falsa predicción, no se avanza. El principio precautorio traslada este riesgo a la actividad y señala que es preferible equivocarse regulando que no regulando. De este modo los costos de una regulación basada en una predicción científica errónea se trasladan al peticionante.

## V. TRASLADO DEL RIESGO EN LA DEMORA

El principio precautorio reconoce que demorar la acción hasta que exista una completa evidencia de la amenaza, a menudo significa que será muy costoso o imposible evitarla.

También se produce un traslado del riesgo de la demora en actuar, lo que tradicionalmente fue un elemento neutro o que generaba costos para el ambiente. Cuando surge una duda en la regulación, normalmente se pospone para buscar mayores seguridades o bien hasta que surja algún elemento nuevo que permita apreciar los hechos con mayor claridad. El principio precautorio introduce una excepción en esta materia al comparar los costos de la demora con los de la conducta proactiva, y postula que siempre es menos grave actuar que demorar en hacerlo. Avanzando sobre la duda y sin demoras, importa que los riesgos de la actuación precipitada los soporta el peticionante.

## VI. TRASLADO DEL RIESGO PROBATORIO

El principio de precaución responde a la siguiente pregunta: dada la incerteza científica sobre la peligrosidad ambiental de una actividad, ¿quién tiene la carga de probar su ofensividad o inofensividad? ¿El proponente del proyecto o el órgano Público?<sup>21</sup>

La prueba de un hecho es una carga cuyo incumplimiento acarrea la pérdida de un beneficio.

En virtud del principio precautorio, la carga probatoria se invierte.

Por esta razón se adjudica la carga de la prueba a quien propone la actividad potencialmente dañosa, a quien se beneficia con ella, o a quien ha tenido acceso a la información.

## VII. APLICACIÓN DINÁMICA Y ADAPTATIVA

El principio debe ser aplicado de modo dinámico y adaptativo, lo que significa que nunca hay decisiones definitivas.

---

<sup>21</sup> BENJAMÍN, Antonio E., "Derechos de la naturaleza", p. 31 y ss en la obra colectiva: *Obligaciones y Contratos en los albores del siglo XXI*, 2001, Abeledo-Perrot.

Se apruebe o no una actividad, siempre habrá que someterla a un proceso de monitoreo constante, dentro del cual las decisiones tomadas pueden ser revisadas total o parcialmente.

En el campo regulatorio esto significa la aplicación de un "management adaptativo", que consiste en promover investigaciones orientadas a reducir la incertidumbre, asegurar valoraciones periódicas sobre los resultados de la implementación, establecer sistemas de corrección basados en la información que se vaya produciendo.

En el plano jurídico lleva a una ausencia de la cosa juzgada, puesto que no hay decisiones definitivas, sino parciales, experimentales, adaptativas, reorientadas de la actividad.

En el caso de la aprobación de una actividad puede incluso llevar a la imposición de los riesgos del desarrollo que veremos en el punto siguiente.

#### VIII. TRASLADO DEL RIESGO DEL DESARROLLO

El problema de los riesgos que produce el desarrollo plantea un primer problema consistente en establecer si son admisibles. La respuesta puede ser negativa si se aplica un principio precautorio de naturaleza prohibitiva a una actividad que puede causar un daño grave e irreversible. En casos en que el riesgo es de un nivel medio, la decisión debe ser permisiva, pero haciendo responsable al proponente de los daños o bien imponiéndole una carga de control permanente sobre la evolución de los riesgos.

La cuestión es compleja porque invierte una regla tradicional: si se lanza un producto o se propone una actividad que, al momento de su aprobación no presenta riesgos comprobables, debe ser autorizada y no hay responsabilidad alguna.

La excepción empezó a ser estudiada en el campo del derecho del consumidor y la responsabilidad por productos elaborados. El fabricante lanza un producto al mercado, en base a los conocimientos que se tienen en ese momento; ¿que ocurre si luego, con el pasar del tiempo, se descubre otro de mejor calidad o un dato que habría impedido el daño? El problema puede ocurrir frecuentemente con los



fármacos que se lanzan con un cuadro de efectos adversos y colaterales conocido al momento de su aprobación; luego de un tiempo se descubre un nuevo efecto adverso que causa el daño: ¿es imputable al elaborador que no lo conocía?

Para una tesis afirmativa, el elaborador responde aunque sea desconocida la nocividad potencial del producto al momento de lanzarlo al consumo.<sup>22</sup> Se señala que el desarrollo debe garantizar la inocuidad de los productos que se lanzan al mercado masivo del consumo; que la óptica debe centrarse en la víctima, en este caso el consumidor, quien padece injustamente el daño, y no en el elaborador.<sup>23</sup>

Para la tesis negativa, el elaborador no asume el riesgo del progreso científico posterior al lanzamiento del producto. Se señala que es un riesgo atípico que no permitiría políticas de previsión financiera adecuadas que encarecerían los costos de producción, y que no hay una garantía de inocuidad de los bienes que introduce en la comunidad.

En el campo ambiental se produce un claro traslado de los riesgos del desarrollo, lo cual significa que si la actividad o producto autorizado causa un daño, es responsable. Tam-

---

<sup>22</sup> Podría considerarse posición mayoritaria en Argentina. Las IV Jornadas sobre responsabilidad por productos farmacéuticos y medicinales, (Morón, 1987), indicaron que: "no configura caso fortuito extraño a la actividad, el denominado riesgo de desarrollo" (Com. 1, V); que "admitida la necesidad de la vigilancia de los poderes públicos para preservar las cualidades terapéuticas de los fármacos, debe extenderse su estricto control para prevenir su morbosidad" (Com. 2, I, 4) y que "la existencia de autorización estatal no exime de responsabilidad al elaborador si se acredita el vicio o defecto de fabricación del producto que le impidió dañabilidad" (Com. 2, II, 3). En las Jornadas Marplatenses de Responsabilidad Civil y Seguros (Mar del Plata, 1989), se señaló que "En los casos de lanzamiento al mercado masivo de consumo de productos cuya nocividad no era conocida al momento de su puesta en circulación, pero que nuevas comprobaciones científicas o técnicas ponen de manifiesto, cabe responsabilizar al productor, que debe garantizar a los consumidores la inocuidad de los bienes que introduce en la comunidad. El profesional de la salud será responsable cuando la nocividad del medicamento prescripto era conocida o conocible, e igualmente lo indicó" (rec. 4, b, "de lege lata").

<sup>23</sup> GOLDENBERG, Isidoro H. y LOPEZ CABANA, Roberto M., "Responsabilidad civil por productos farmacéuticos y medicinales. Control estatal y responsabilidad del Estado", en *El Jurista*, Corrientes, N° IV, p. 7.

bién aquí puede invocarse el principio precautorio para la fase posterior a la aprobación de la actividad, cuando se detecten efectos adversos no conocidos con anterioridad.

## IX. EQUIDAD Y NO DISCRIMINACIÓN

La aplicación del principio es casuística y obliga a realizar un juicio de ponderación entre principios competitivos. Es el campo de la equidad, lo que significa que deben identificarse los riesgos para los cuales se adoptan medidas y estas deben ser proporcionadas debiendo considerarse los costos económicos y sociales: quién se beneficia y quién pierde.<sup>24</sup>

También es relevante constatar que las medidas tengan una relación directa con la tutela del ambiente, evitando que la falta de equidad permita invocar un trato discriminatorio.

Un ejemplo de ese tema, que abordamos más profundamente en la primera parte de este Capítulo, Punto III.B, son las disputas comerciales entre Usa-Canadá vs. Unión Europea, sobre la aplicación de principio precautorio a los productos genéticamente modificados. En 2003 los primeros impugnaron ante la World Trade Organization las restricciones sobre “biotech products” señalando que tenía un efecto discriminatorio.<sup>25</sup>

## TERCERA PARTE EL BALANCE ENTRE RIESGOS Y BENEFICIOS

### I. ADMISIBILIDAD DEL BALANCE RIESGO-BENEFICIO

El principio contiene el mandato de adoptar “medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente”.

La “eficacia en función de los costos” es hacer un balance entre los beneficios esperados por la aplicación del prin-

---

<sup>24</sup> GUIDELINES, cit.

<sup>25</sup> World Trade Organization Dispute Settlement: Dispute DS291, European Communities: measures affecting the approval and marketing of biotech products, July 1, 2005. in: <http://www.wto.org>.

cipio (se evitará o reducirá un grave daño) y los costos para obtenerlo. El diseño legal del principio obliga a efectuar un balance del riesgo-beneficio, que siempre, expresa o implícitamente, se realiza. No obstante, la noción está rodeada de prejuicios de todo tipo y ha dado lugar a numerosos debates,<sup>26</sup> por lo que es necesario profundizar el concepto.

## II. EL CARÁCTER DE TÉCNICA PROCEDIMENTAL NO VALORATIVA

Para despejar falsas dicotomías, es necesario ubicar los planos de discusión. En principio, no puede haber duda de que en caso de conflicto de valores, la protección ambiental es prevalente, por aplicación del principio de precedencia desarrollado en el Capítulo Segundo. Por esta razón no es adecuado rechazar el costo-beneficio por estar en contra de la tutela ambiental ni, en el otro extremo, utilizarlo como una vía indirecta para imponer la primacía del desarrollo económico por sobre la tutela ambiental, alterando así la decisión valorativa.

El análisis es una técnica procedimental y no un criterio axiológico, y si se la ubica en el primer campo, no corresponde su rechazo "in limine", sino su aprovechamiento, ya que es muy útil para entender cuándo y en qué extensión se produce un conflicto.

## III. EL MÉTODO ANALÍTICO NO EMOCIONAL

Normalmente, el principio precautorio comienza a surgir cuando hay un temor de la comunidad frente a un riesgo, lo que plantea numerosos interrogantes: ¿cómo saber si es fundado o infundado?; ¿es una "comunidad" representativa o es un grupo expresivo pero minoritario, al que se opone una mayoría silenciosa?; ¿es una pretensión auténticamente popular o bien es movilizadora por algún interés económico que los usa de instrumento?; ¿debe adoptarse una medida regulatoria inmediata para tranquilizar los reclamos?; ¿esta-

<sup>26</sup> Ver por ejemplo: SUNSTEIN, Cass, *Riesgo y Razón. Seguridad, Ley y Medioambiente*, Katz Editores, Bs. As. 2006.

lar un debate policéntrico y no se adopten decisiones basadas en criterios unilaterales. Por otro lado, la multiplicidad de voces provoca un debate más vigoroso y un incremento de la información disponible.

### 3. *Deben examinarse los costos comparativos de las diversas alternativas*<sup>29</sup>

Cuando se difunde información y se convocan diferentes centros de interés, comienzan a ponerse en evidencia conflictos entre bienes, valores, intereses competitivos. Para ayudar a la resolución se debe tratar de armar diferentes escenarios de solución según las hipótesis de conflicto, investigar el costo de reducir el problema y explicar quién cargará con ese gasto.

De este modo se pueden encontrar criterios para comparar, los que siempre son aproximativos y difíciles. En este aspecto Sunstein<sup>30</sup> plantea el problema correctamente: ¿Cómo se comparan los riesgos de conducir un automóvil con los riesgos de volar? ¿Cómo se comparan los riesgos de los pesticidas con los riesgos que implica no comer muchas frutas y vegetales? ¿Cómo se comparan los riesgos de comer manteca de maní con los riesgos de fumar cigarrillos? ¿Son los alimentos orgánicos más saludables que los genéticamente modificados?

En algunos casos puede lograrse más claridad con modelos analíticos, o tomando en cuenta casos anteriores o bien diseñando soluciones paso a paso que permitan la experimentación y corrección.

### 4. *Hay que valorar las experiencias anteriores para obrar de modo consistente*

Los costos y los resultados son muy complejos para medir porque involucran aspectos económicos, sociales y políticos en interacción. Por esta razón, el principal laboratorio al que hay que recurrir para comprenderlos es la experiencia del pasado, lo que además sirve para dar consistencia a

<sup>29</sup> GUIDELINES, cit.

<sup>30</sup> SUNSTEIN, *Riesgo y beneficio*, cit.

las decisiones evitando, que sean impugnadas por circunstancias o por perseguir objetivos ocultos.

La valoración de casos anteriores, como por ejemplo, lo sucedido con el asbesto o el plomo<sup>31</sup> enseña que las catástrofes dan siempre alarmas tempranas.

### 5. *Experimental paso a paso*

Las decisiones que logran buenos resultados son habitualmente experimentales, en el sentido de dar pequeños pasos reversibles, constatar sus efectos, probar y luego seguir adelante, salvo que se pueda tener de entrada un panorama completo de la situación.

### 6. *Comparaciones intra e intergeneracionales*

El análisis de costo beneficio es un instrumento que potencia enormemente la capacidad de análisis de los contextos de incertidumbre, incrementando la información disponible para adoptar decisiones. Es necesario precisar que, al menos en el estadio actual del conocimiento, tampoco es una herramienta definitiva, ya que presenta numerosos aspectos controvertidos.

Uno de los problemas más difíciles es la comparación entre bienes sobre los que no se disponen parámetros ciertos de medición. Por ejemplo, el análisis regulatorio debe contemplar la pérdida de vidas humanas que podría provocar una actividad en comparación con su prohibición y con las actividades alternativas que ya se están desarrollando o que se podrían desarrollar. Prohibir la circulación automotor disminuiría drásticamente la pérdida de vidas humanas, pero produciría otras consecuencias que también hay que valorar en materia de desempleo, caos en el transporte, etc. Limitar la circulación es una alternativa más considerada, y si por ejemplo se regulan las emisiones, se pueden comparar los beneficios ambientales con los costos que genera. Pero estos cálculos no son sencillos ni dejan de ser controvertidos. Es difícil comparar beneficios económicos con los

<sup>31</sup> PERCIVAL, *op. cit.*; PERCIVAL, Robert y otros, *Environmental regulation: law, science and policy*, Boston, Little, Brown & Co., 2000, p. 1182.

3. *Democracia intensiva*. La crisis en los mecanismos de decisión provoca el surgimiento de una "democracia intensiva" que es necesario explicar brevemente.

El estatuto del poder fue diseñado en el siglo XIX por los padres fundadores de las grandes cartas constitucionales y se creó la democracia representativa, que implica un modo de participación a través de representantes que se eligen cada cuatro o seis años y a quienes se les da un mandato para guiar a la sociedad.

La mayoría de las decisiones que afectan al ciudadano ocurren durante esos interregnos en los que no está prevista ninguna participación y suelen ser irreversibles. Por otra parte, la inmediatez de la información mediática pone en crisis la intermediación, ya que acerca a la gente poniéndola en contacto directo e instantáneo con la decisión y quien la debe adoptar.

Estos fenómenos no encuentran cabida en el estatuto del poder que heredamos del siglo XIX, y no se ha trabajado en un nuevo diseño constitucional, lo que no significa que no se esté rediseñando el sistema.

En nuestros tiempos no hay decisión importante que no sea de algún modo sometida a una suerte de plebiscito. La instalación de una gran empresa con posibles efectos ambientales, la creación de un parque, la construcción de un puente, la instalación de redes eléctricas, la aprobación de productos elaborados, la autorización de concesiones de pesca y muchísimos actos de este tipo generan un gran debate en el que interviene la población del que dan cuenta los medios de comunicación. En no pocos casos se plantean acciones judiciales o administrativas que suelen prever audiencias públicas con debates en procesos policéntricos, en los que intervienen muchas voces.

Estos son nuevos mecanismos de participación democrática:

• *Intermedia*, porque el debate principal no se da en los parlamentos ni a través de los habitantes aislados, sino en la sociedad civil, es decir, mediante los ciudadanos organizados en asociaciones de todo tipo;

- *Intensiva*, porque no sigue el orden temporal del voto, sino el de los problemas: frente a cada conflicto se activa el debate;
- *Policéntrica*, porque no se trata de debates entre dos partes, sino entre muchas voces organizadas que representan intereses horizontales competitivos;
- *Reflexiva*, porque los criterios materiales de decisión se construyen progresivamente a través de un debate constante.<sup>36</sup>

## VI. CONTROL Y ADMINISTRACIÓN DEL RIESGO

Existe cierto consenso en afirmar que vivimos en una sociedad de riesgo,<sup>37</sup> pero hay menos acuerdo en el modo en que los riesgos deben ser administrados.

En las sociedades premodernas los peligros eran externos, productos de la naturaleza; eran ajenos a la conducta humana y no se los podía controlar. La inseguridad derivaba de los daños que la naturaleza podía causar y por lo tanto era fatal en el sentido de que era incontrolable. Este carácter hizo que no se intentara desarrollar una metodología científica de administración y que estos problemas fueran manejados mediante la religión y la magia. En el ámbito jurídico, el puro riesgo incontrolable funciona dentro de la noción de caso fortuito.

---

<sup>36</sup> Ello dio lugar a que algunos autores hablaran de un “derecho reflexivo”. Por ejemplo, Teubner: “En el momento en el cual la autorregulación y la autodescripción se combinan entre sí de modo que la identidad (autoconstitutiva) venga utilizada como criterio de elección de las estructuras, provoca procesos de autoreflexión dentro del sistema. El desarrollo de un contexto de argumentación relativo a la identidad propia del sistema —por ejemplo en la teoría del derecho— hace al sistema autoreflexivo. Por tanto, se puede hablar hoy de un derecho reflexivo en sentido estricto solamente cuando la teoría del derecho y la dogmática jurídica tematizan las actuales condiciones sociales del derecho (sobre todo su posición en el proceso general de la diferenciación social) y el derecho extrae de ello consecuencias operativas para su práctica decisiva (TEUBNER, Ghunter, *O direito como sistema autopiético*, cit.).

<sup>37</sup> BECK, Ulrich, *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, Ed. Paidós.

Podemos decir entonces que hay riesgos naturales incontrolables.

En la actualidad podemos señalar que el riesgo sigue estando, pero han cambiado los dos elementos que lo califican: no son sólo de origen natural y aumentó la capacidad de control.

Los riesgos de origen humano han aparecido abruptamente como consecuencia del desarrollo<sup>38</sup> y puede afirmarse que son el resultado de decisiones presentes en contextos de incertidumbre que nos exponen a sufrir daños futuros.

La consecuencia principal que se deriva de calificar a un riesgo como de origen natural o humano es que, en el segundo caso, se puede incidir sobre la conducta de modo de evitarlos o disminuir su intensidad, o bien administrarlos.

Muchos riesgos de origen humano no se eliminan, sino que se disminuyen y se administran. El riesgo de los accidentes producidos por los automotores es administrado por el seguro en base a riesgos probabilísticos que permiten indemnizar a las víctimas y, en una segunda fase, obrar como incentivos para la prevención.<sup>39</sup> En el campo económico ocurre algo similar a través de contratos aleatorios, de juego, los tienen por objeto la inversión sobre variables inciertas en bonos a futuro y muchos otros casos similares.<sup>40</sup> Los riesgos de enfermedad y de falta de ingresos en la ancianidad se administran mediante los seguros de vida, de retiro, medicina privada prepaga, etcétera.

Las bases teóricas para que ello ocurra, son las siguientes:<sup>41</sup>

- Las personas tienen “aversión al riesgo” si consideran que la utilidad de una perspectiva cierta del ingreso monetario es mayor que la utilidad esperada de una perspectiva incierta de un valor monetario esperado

---

<sup>38</sup> LUHMANN, Niklas, *Las consecuencias perversas de la modernidad*, Ed. Anthropos, 1996.

<sup>39</sup> CALABRESSI, Guido, *El coste de los accidentes*, Ariel, Barcelona; CASTEL, Robert, *Las metamorfosis de la cuestión social*, Ed. Paidós, 2004.

<sup>40</sup> Ampliamos en *Tratado de los contratos -Parte General* y Tomo III.

<sup>41</sup> COOTER, Robert-ULEN, Thomas, *Derecho y Economía*, Fondo de Cultura Económica, México, 1998.



igual. En cambio, otras personas son “neutrales al riesgo”, como ocurre con alguien que practica el alpinismo o alguien que juega su patrimonio en el casino. Las personas arriesgadas prefieren una perspectiva de ingreso incierta a una perspectiva cierta de valor monetario esperado igual;

- Los contratos de seguros se basan en la aversión al riesgo, y toman en cuenta que los individuos pagan dinero para prever alternativas inciertas en el futuro; no juegan a los dados con la desocupación, la enfermedad, los accidentes de automotores. Una persona racional prefiere un ingreso cierto menor a uno mayor pero incierto;
- Si una persona asegurada tiene todos sus riesgos cubiertos, su comportamiento se desinteresará sobre las conductas preventivas. Para evitar este fenómeno, llamado “azar moral”, el seguro hace participar al asegurado con una parte del costo mediante coseguros.

Lo que ocurre en materia ambiental es una crisis del sistema de administración de riesgos de origen humano, que para algunos está en una fase terminal.<sup>42</sup> No hay dudas de que hay una crisis, pero ello no nos releva de precisarla y de hacer algunas distinciones.

En primer lugar hay crisis porque el objetivo de disminuir y administrar el riesgo no es aplicable con relación a la mayoría de los micro-bienes ambientales que no son renovables ni compensables. Ello permite afirmar que, en los casos de recursos no renovables, la precaución es más intensa que en aquellos casos en que es posible un tratamiento menos drástico.

En segundo lugar hay crisis porque el grado de incertidumbre se acentúa notablemente y excede incluso los límites del campo probabilístico. Por esta razón se pueden se-

---

<sup>42</sup> RAMOS, Ramón, “De la sociedad del riesgo a la sociedad de la incertidumbre”, en *Gobernar los Riesgos*, Ed. OEI, 2004:45. SOZZO, Gonzalo, “Riesgos del desarrollo y sistema del derecho de daños (hacia un derecho de daños pluralista)” en *Direito, sociedade e riscos. A sociedade contemporânea vista a partir da idéia de risco*. Red Latino-Americana e Européia sobre Governo dos Riscos. Brasília. 2006.

parar los problemas que superan el nivel de probabilidad en los que se aplica la precaución y los que están por debajo de esta línea, que permiten el aseguramiento.

En tercer lugar hay crisis porque la magnitud de los daños no es administrable por los sistemas económicos habituales, que se ven saturados y no pueden difundir el costo de manera eficiente. Por ello podemos separar los casos en que es aplicable la difusión del costo y los que exceden estas posibilidades y hay que aplicar la precaución.

Concluyendo: la precaución es más intensa en casos en que hay riesgos de origen humano, no renovables, con una incertidumbre que supera el cálculo de probabilidades y la difusión racional del coste.

## CUARTA PARTE CAMBIOS PARADIGMÁTICOS

La aplicación del principio precautorio se realiza en el contexto del paradigma ambiental y produce cambios específicos que reseñaremos seguidamente.

### I. LA SEGURIDAD JURÍDICA

Uno de los valores más apreciados en el sistema jurídico es la claridad de sus normas y la previsibilidad que ella genera. En la medida en que la precaución es una directiva que se basa en la incertidumbre y, por lo tanto, en la falta de pruebas concretas, es un apartamiento de la seguridad jurídica.

Este conflicto ocurre en una serie de áreas del ordenamiento jurídico ambiental. Por ejemplo, en el derecho penal existe una clara aplicación de la seguridad jurídica al exigir una descripción típica previa del ilícito y una certidumbre en la noción de daño. Sin embargo, en el área ambiental surgen delitos de mero peligro, normas penales en blanco, y bienes jurídicos colectivos cuyas fronteras son difusas, todo lo cual afecta la previsibilidad.<sup>43</sup>

---

<sup>43</sup> BENJAMÍN, Antonio E., "Derechos de la naturaleza", pp. 31 y ss en la

En la aplicación del principio precautorio se debe hacer una adecuada ponderación entre previsibilidad y precaución frente a la incertidumbre.

La mejor metodología para realizar esta ponderación es la utilización de curvas de optimalidad.

## II. DE LA REPARACIÓN A LA ANTICIPACIÓN

Hemos señalado que el bien ambiental no es monetizable y por lo tanto la reparación es inapropiada, y se prioriza la prevención. Esta última opera en base a la previsibilidad, pero el principio precautorio va más allá, al actuar sobre la base de la mera anticipación sin bases comprobables de certidumbre.

De tal modo, el principio establece una prioridad casi absoluta de la tutela anticipatoria. En este sentido se ha dicho que

la necesidad de una tutela de anticipación se impone de este modo, considerando la amenaza de que acaezcan daños graves e irreversibles cuyas secuelas pueden propagarse en el espacio a través del tiempo. La falta de certeza científica acerca de la etiología de determinados procesos medioambientales y de los alcances de muchas relaciones ecológicas básicas contribuye a acentuar las dudas sobre el encuadramiento legal del ambiente comopreciado bien jurídico. El deber de precaución obliga a tener en cuenta la probabilidad de importantes daños en la biosfera, situación que determina la exigencia de un mayor celo y cuidado ante la fundada sospecha de que se encuentre comprometida la integridad del medioambiente.<sup>44</sup>

## III. EL PARADIGMA DEL ANCLAJE

Hace más de una década utilicé la idea de un “paradigma del anclaje” para expresar una noción similar a la

---

obra colectiva: *Obligaciones y Contratos en los albores del siglo XXI*, 2001, Abeledo-Perrot.

<sup>44</sup> BENJAMÍN, Antonio E., “Derechos de la naturaleza”, p. 31 y ss en la obra colectiva: *Obligaciones y Contratos en los albores del siglo XXI*, 2001, Abeledo-Perrot.

precaución.<sup>45</sup> La ciencia y el progreso tienen las virtudes del navegante que se aventura en mares desconocidos. Cuando está en juego la naturaleza, se trata de navegar, pero conservando el mar y el cielo y las estrellas que nos guían. Los valores y bienes colectivos son esas estrellas que guían al navegante. Es un anclaje en los valores, en ir más despacio para no arruinar todo lo que tenemos que dejar para quienes continuarán en el uso de los bienes ambientales.

---

<sup>45</sup> En *Las normas fundamentales de derecho privado*, Rubinzal-Culzoni, 1994, p. 183.

## CAPÍTULO IV

# TEORÍA DE LA IMPLEMENTACIÓN

## INTRODUCCIÓN

En el Capítulo Segundo señalamos que una de las pretensiones del paradigma ambiental sobre el derecho es la búsqueda de coherencia entre los sistemas legal y ecológico, y que ello demanda una regulación del cumplimiento. Hemos puntualizado los aspectos vinculados a los tipos de normas y dicho que el objetivo debe ser crear una cultura de cumplimiento de la ley mediante reglas institucionales. En lo que sigue, profundizamos aquella indagación en los aspectos vinculados a la eficacia.

Las políticas legislativas en materia ambiental han seguido el modelo tradicional, que consiste en el dictado de una ley, seguida de la sanción de la conducta infractora. La investigación jurídica, por su parte, es coherente con esta perspectiva, ya que existen gran cantidad de trabajos académicos basados en la responsabilidad penal y civil, particularmente en las acciones indemnizatorias.

Este enfoque es insuficiente, porque los principios de la responsabilidad civil y penal no están diseñados para la tutela de bienes colectivos y debe ser, necesariamente, complementado. Por otra parte, presenta un problema grave, ya que hay bienes ambientales que no son renovables, como el clima o las especies en extinción, mientras que otros, como los ríos, en caso de contaminación, sólo pueden ser recuperados a un altísimo costo económico y social. Por lo tanto, toda estrategia que se base solamente en la sanción está destinada al fracaso.

En las cuestiones ambientales es necesario el desarrollo de una política legislativa más sofisticada que articule el cumplimiento voluntario, el forzado y la disuasión.

Es evidente que los resultados colectivos que se derivan del cumplimiento voluntario son superiores a los que resultan de la aplicación de la fuerza, en virtud de los enormes costos que demanda un sistema de sanciones administrativas y judiciales. También en este campo surge la misma objeción ya realizada respecto de la responsabilidad civil y penal, y es el carácter irreversible que presentan muchos microbienes ambientales. Una ley sobre especies en extinción o sobre calentamiento global, no puede basarse solamente en acciones "ex post facto", porque una vez dañados, esos bienes son irrecuperables.

Por esta razón el "enforcement", es subsidiario o complementario respecto del "compliance", pero nunca lo puede sustituir, ni es eficiente pensar en una política basada sólo en el primero.

La ejecución forzada de las decisiones administrativas o judiciales aplicables a bienes colectivos, presenta elementos típicos que analizaremos en el Capítulo siguiente.

### 3. Disuasión ("deterrence")

No obstante lo dicho, el sistema represivo tiene una importante función porque si no hubiera sanciones no habría cumplimiento. Por ejemplo, la aplicación efectiva de las responsabilidades tiene un alto valor simbólico porque se identifican conductas lesivas y bienes protegidos, lo cual sirve de ejemplo para otras conductas ulteriores.

La disuasión examina las sanciones con un incentivo para las conductas futuras, mientras que el cumplimiento forzado se aplica a quien ya violó la ley. Una sentencia judicial puede fijar una condena, pero al mismo tiempo darle una modalidad que permita prevenir futuras violaciones similares.

## II. EL PROBLEMA DE LA INEFICACIA

La ineficacia es un problema de primer orden en el derecho ambiental, por dos tipos de razones: la primera vincu-

lada a la legislación declarativa, y la segunda relacionada con los bienes colectivos.

### 1. *La legislación declarativa*

Ha surgido un derecho ambiental que se dirige a las conciencias, pero no a las conductas.

Este tipo de normas resultan tranquilizadoras, declarativas, exponen el conflicto pero no lo resuelven y no impactan en las decisiones de los individuos. Son leyes que están despojadas de los instrumentos efectivos que le permiten tener vida concreta, son leyes sin alma que se limitan a describir símbolos.<sup>7</sup>

A partir de la declaración de Rio/92 el tema ambiental ingresó en la agenda de los acuerdos internacionales,<sup>8</sup> luego se transformó en normas constitucionales, y finalmente en una importante cantidad de leyes que regulan de manera abundante diferentes temas ambientales.

Todo el cúmulo de disposiciones tiene un solo problema: no se aplican. En no pocos casos son sancionadas por virtud de compromisos internacionales antes que pensando en una verdadera implementación.

Varias razones explican este fenómeno.

En primer lugar, la legislación ambiental reformula muchos de los sistemas jurídicos, reestructurando su jerarquía interna, sus órdenes de bienes protegidos, e incluso sus remedios para proteger los derechos. Un buen ejemplo de ello es la tutela inhibitoria que, desde el derecho romano se admitió pacíficamente para la protección fuerte de la propiedad, inhibiendo a quien ingrese a ella y excluyendo a los terceros frente a cualquier injerencia. Cuando los principios de prevención y precaución, que son formas de tutela inhibitoria, se aplican al ambiente, sirven para impedir la radicación de empresas, o para detener su producción o lograr su traslado, lo cual genera conflictos de alta intensidad.

---

<sup>7</sup> DWYER, John P. Dwyer, "The pathology of symbolic legislation", in *Ecology Law Quarterly*, vol. 17, 1990, p. 316.

<sup>8</sup> KISS, Alexandre-SHELTON, Dinah, *Manual of European Environmental Law*, Cambridge, Grotius Publications Limited, 1993, p. 35; PASSOS DE FREITAS, Vladimir, *Directo Ambiental em Evolução 5*, Curitiba-Paraná, Brasil, 2007, Juruá Editora.

En segundo lugar, esta recepción significa la asunción de una serie de costos importantes que replantean la relación entre empresa y sociedad. Esta legislación especial obliga a los ciudadanos, las empresas y al Estado a internalizar costos que históricamente no asumían. Este fenómeno lleva a los “Estados débiles”, a la resignación de derechos en busca de un posicionamiento en el “mercado legislativo global”, presentándose como “centros de bajo costo para los inversores”.<sup>9</sup>

Como consecuencia de ello encontramos numerosas leyes, pero carecen de mecanismos de implementación adecuado.

Este fenómeno se concreta de diversas maneras:

- La demora en el dictado de leyes que adaptan o incorporan un derecho en virtud de una obligación contraída al firmar un tratado;
- La sanción de leyes declarativas que sólo aparentemente desarrollan el derecho reconocido en un tratado o en una norma constitucional, porque tienen declaraciones de objetivos pero no instrumentos efectivos para lograr que sean una realidad práctica;
- La demora en el dictado de reglamentos que permiten la aplicación de una ley, lo cual sucede con demasiada frecuencia. Un buen ejemplo de ello es el seguro ambiental, o la definición de presupuestos mínimos;
- La debilidad de los órganos de implementación y control, ya sea porque no tienen presupuesto, o porque son excesivamente controlados por una autoridad central y sometidos a políticas generales. Un buen ejemplo de ello es el caso “Massachussets” que comentamos en el Capítulo siguiente;
- La enunciación de programas sobre protección ambiental en todos los campos, pero sin contar con sistemas que midan los resultados;

---

<sup>9</sup> Ampliamos en “Problemas actuales de la teoría de la empresa”, LL: 6/6/94; “Reglas de solución de conflictos entre propiedad y medio ambiente”, LL. 1998-A-10024.



- La fragmentación<sup>10</sup> de normas que oscurece la interpretación;
- La superposición de organismos de control que generan problemas de competencia;
- Falta de consenso previo y de discusión profunda sobre los costos y opciones reales que se tienen a disposición.<sup>11</sup>

## 2. Bienes colectivos

Tanto la legislación como las decisiones administrativas o judiciales que las implementan, encuentran grandes dificultades relacionadas con la naturaleza de los bienes colectivos.

En primer lugar, el presupuesto básico de los modelos legislativos, administrativos y judiciales es la acción individual. En materia ambiental, en cambio, se debe regular la acción colectiva, cuya dimensión de escala es absolutamente diferente, y lo que es apropiado para los individuos no suele dar los mismos resultados para los grupos. La contaminación del agua de los ríos es un problema de acción acumulativa y colectiva, y por lo tanto suele ser ineficaz el dictado de una sentencia que obligue a una persona o empresa a no arrojar sus líquidos, ya que se precisa de una decisión capaz de influir sobre la totalidad de las acciones involucradas.

En segundo lugar, los bienes no son monetizables y por lo tanto resulta de muy difícil aplicación el parámetro tradicional de valoración del daño, así como los análisis de riesgo-beneficio y las comparaciones.

En tercer lugar, toda decisión debe contemplar no sólo la conducta sino el contexto cultural y económico en el que se aplica. Por esta razón es que las estrategias legislativas deben ser acompañadas con medidas educativas, informativas y de modificación de incentivos económicos.

---

<sup>10</sup> KISS, Alexandre-SHELTON, Dinah, *Manual of European Environmental Law*, Cambridge, Grotius Publications Limited, 1993, p. 35.

<sup>11</sup> MARTIN MATEO, Ramón, *Tratado de Derecho Ambiental*, vol. I, Madrid, Editorial Trivium, 1991, p. 11. MATEO, Ramón Martín, "La mutación antrópica del clima terráqueo. Reconsideración de alternativas", *Revista de Derecho Ambiental* dirigida por Cafferatta, Néstor, Buenos Aires, noviembre de 2004, *Lexis Nexis*, p. 147.

Seguidamente estudiaremos el cumplimiento voluntario para luego profundizar en el forzoso y sus dificultades.

### III. EL CUMPLIMIENTO VOLUNTARIO

El cumplimiento voluntario de la ley ambiental involucra dos aspectos:

- El diseño de las instituciones y los principios del buen gobierno, que actúan de modo general;
- Las características que deben tener los programas de objeto específico.

Examinaremos seguidamente el aspecto institucional que es general, y los programas de cumplimiento que son específicos.

#### 1. *Contexto institucional: confianza y costos de transacción*

La relación entre el cumplimiento de la ley y el desarrollo económico ha sido puesta de manifiesto en diversos estudios realizados en los últimos años. Se ha dicho que el buen funcionamiento del Estado de Derecho es la estructura oculta del desarrollo<sup>12</sup> y que las instituciones crean incentivos que influyen de un modo relevante tanto en el campo económico como en el social.<sup>13</sup>

La relación entre las instituciones y el ambiente también ha sido puesta de manifiesto puesto que existe una desconexión entre los modelos legales y los ecológicos en relación a muchos aspectos como el cambio climático, la diversidad biológica, el uso de la tierra o el agua.<sup>14</sup> En las culturas anti-

---

<sup>12</sup> DE SOTO, Hernando "Making Sustainable Development Work: Governance, Finance, and Public-Private Cooperation", remarks at the Meridian International Center, Washington, DC (october 18, 2001), available at <http://www.state.gov/g/oes/rls/rm/6811.htm>.

<sup>13</sup> NORTH, Douglas ("Instituciones, Institucional Change and Economic Performance", 1990, Cabridge Univ Prees), señala que los costos de la información son la clave de los costos de la negociación, que se componen de los costos de medir los atributos valiosos de lo que está intercambiando y los costos de proteger y de hacer cumplir compulsivamente los acuerdos.

<sup>14</sup> Ver Capítulo Primero.

guas se observaba el universo para organizar la sociedad como un espejo de lo que sucedía en el cosmos; inversamente, en nuestros tiempos, se pretende adecuar el sistema ecológico al humano. La urgencia más evidente del problema ecológico es el acercamiento e integración de ambos sistemas.

Estos dos aspectos hacen que sea imprescindible crear un contexto institucional que promueva el cumplimiento de la ley de modo coherente con el sistema ecológico.

La denominada "cultura de cumplimiento de la ley" refleja una multitud de acciones individuales que se orientan en ese sentido porque confían en el sistema. La construcción de esta confianza depende de la estabilidad de las instituciones, de los incentivos que estas producen y de los "principios del buen gobierno".

Chesterton<sup>15</sup> sugirió el tema cuando mostró el debate entre dos sujetos sobre si se puede confiar o no en que el tren llegue a horario: el anarquista y el partidario del orden. El ciudadano actual se parece más a este último, y cree que hay orden, a pesar de que una mirada atenta sólo vería caos. En el campo de la sociología, Luhmann<sup>16</sup> califica los análisis sobre la confianza como de rango medio, es decir, una suerte de estadio intermedio entre la doxa y la episteme, orientada hacia el funcionamiento de la sociedad. Precisamente, la confianza es un mecanismo de reducción de la complejidad social, porque la existencia de variables tan abstractas, distantes, y complicadas, sólo pueden ser tratadas en base a la confianza. Desde el punto de vista de la teoría de la acción humana, la presencia del futuro de por sí implica la necesidad de planificar, pero cuando el individuo debe actuar en contextos turbulentos y sofisticados, soporta una carga excesiva que dificulta la previsión. Necesita reducirla en base a la confianza.<sup>17</sup>

La desconfianza, socialmente difundida, acarrea altos cos-

---

<sup>15</sup> CHESTERTON, G. K., *The Man Who was Thursday*, Pênguin books, 1908/1986.

<sup>16</sup> LUHMAN, Nicklas, *Confianza*, Anthopos, Univ. Iberoamericana, España, 1996.

<sup>17</sup> FUKUYAMA, Francis, *Confianza*, Atlantida, 1996, p. 45.

tos de transacción<sup>18</sup> Es más sabio invertir en la construcción de confianza, que trabajar sobre un escenario de desconfianza generalizada con sanciones. Identificar las violaciones de la ley es difícil, costoso, y la represión lleva mucho tiempo, sobre todo en el campo ambiental donde los problemas surgen de una multiplicidad de acciones dispersas en lugares diferentes. La confianza es el "lubricante" de las relaciones sociales, de modo que si ella existe, disminuye la necesidad de control, y los costos que ello involucra, así como aumentan los índices de éxito en la obtención de resultados.<sup>19</sup>

La organización de la sociedad en base a la incorporación de valores comunes que generen conductas que no dependen sólo de la racionalidad económica, es un aspecto fundamental de la autorregulación.<sup>20</sup>

La integración del mundo ecológico y el legal depende de los valores que se promuevan. Si las instituciones crean incentivos para el desarrollo ilimitado, no habrá demasiado cumplimiento de la ley ambiental. En cambio, si las reglas operan creando una sensación de obligación de respetar determinados valores ambientales o de rechazo respecto de algunas conductas que los afectan, mejorarán los índices de observancia de la ley.

Cuando la sociedad comparte una serie de valores ambientales mínimos la semilla de la ley puede ser sembrada con la perspectiva de un crecimiento robusto.

## 2. Construcción de capital social

Los problemas de regulación deben contemplar los efectos de la acción colectiva, que son sustancialmente diferen-

---

<sup>18</sup> FUKUYAMA, *op. cit.*, p. 47

<sup>19</sup> WILLIAMSON, Oliver, *Markets and hierarchies: analysis and antitrust implications*, New, Free Press, 1975.

<sup>20</sup> La literatura sobre estos temas es amplísima. Pueden consultarse diversos aspectos y perspectivas en los siguientes textos: ELLICKSON, Robert, *Law and Economics Discovers Social Norms*, 27 *Journal of Legal Studies*. 537, 540, (1998); COLEMAN, James, *Foundations of social theory*, Cambridge, Mass, Harvard Univ Press, 1990; SUNSTEIN, Cass, "Social Norms and Social Roles", *Columbia Law Review*, 903, 910 (1996); KAHNEMAN, Daniel Kahneman, "Maps of Bounded Rationality: A Perspective on Intuitive Judgment and Choice", Nobel Prize Lecture (8 december 2003), <http://nobelprize.org/economics/laureates/2002/kahnemann-lecture.pdf>.

tes de los que se utilizan para la acción individual.<sup>21</sup> Si la norma jurídica sólo atiende a los efectos individuales, se produce la denominada "tragedia de los bienes comunes".<sup>22</sup> Por otro lado, la creación de confianza, señalada en el punto anterior, se basa precisamente en la regulación de la conducta grupal.

Por lo puesto, es imprescindible atender a la creación de incentivos para la cooperación colectiva capaces de construir capital social.

El capital social surge porque hay un conjunto de normas de reciprocidad, es decir, redes que coordinan acciones promoviendo la colaboración espontánea.<sup>23</sup>

La cooperación se facilita cuando las personas tienen una interacción continua. Así, los fracasos que exhibe el dilema del prisionero, en el sentido de que cada parte se ve incentivada a obtener un beneficio particular que da una suma negativa para ambos, disminuyen sensiblemente si se repite varias veces, porque los agentes van aprendiendo de la interacción.<sup>24</sup>

Por esta razón, es muy importante promover la interacción continua de sectores sociales en relación a un conflicto ambiental. Ello permite que se identifiquen mejor los intereses, los objetivos, las capacidades, los roles, y, en virtud de ello, cada uno de los actores es más permeable a hacer sacrificios parciales para el logro de un objetivo común.

### 3. Principios de buen gobierno

Las instituciones no sólo deben existir para generar incentivos coherentes con la protección ambiental, sino que deben ser eficaces.

La expresión "buen gobierno" ("*good governance*") es un standard de gobernabilidad, que puede servir para examinar la eficacia de las instituciones.

En general puede afirmarse que, si ellas son abiertas y

---

<sup>21</sup> Ampliamos en *Teoría de la decisión judicial*.

<sup>22</sup> Ver Capítulo Primero.

<sup>23</sup> COLEMAN, James, *Foundations of social theory*, Cambridge, Mass, Harvard Univ. Press, 1990.

<sup>24</sup> OSTROM, Elinor, *Governing the commons: the evolution of institutions for collective action*, New York, Cambridge Univ. Press, 1990.

flexibles a los cambios favoreciendo la interacción con el entorno, serán más eficaces que si son cerradas, autorreferentes e inmunes al contexto. Este aspecto es fundamental para la cuestión ambiental, porque sólo la continua interrelación entre instituciones abiertas y las demandas ambientales permitirá un mayor acercamiento entre los dos sistemas.

La existencia de reglas claras, previsibles y aplicadas de modo igualitario por instituciones independientes, es otro principio del buen gobierno que hace a la eficacia de las normas. La protección del ambiente genera presiones sectoriales de alta intensidad que se amparan en la falta de claridad y pretenden cambios o excepciones. En muchos casos el proceso de aplicación consiste más en un análisis de la ley que en la eficacia de sus resultados, por la falta de precisiones al respecto.

Claridad, previsibilidad e igualdad son presupuestos relevantes para la vigencia de las normas ambientales.

#### 4. Regulación del mercado

Los principios de buen gobierno son importantísimos en la producción de un contexto institucional orientado al cumplimiento, el que se complementa con la regulación del mercado.

La conducta racional se orienta en función de un interés que puede ser identificado y reorientado para buscar coherencia con la tutela del ambiente. En este sentido hay numerosos instrumentos que, directa o indirectamente, actúan sobre el orden de preferencias económicas:<sup>25</sup>

- Estudios de impacto ambiental;<sup>26</sup>
- Fijación de tasas de emisión;

---

<sup>25</sup> BARRY C. Field, *Environmental Economics: An Introduction*, New York, McGraw-Hill, Inc., 1994, p. 185; RAPELA, Miguel Ángel (Director Académico), SCHÖLTZ, Gustavo J. (Coordinador General), *Innovación y propiedad intelectual en mejoramiento vegetal y biotecnología agrícola, Estudio interdisciplinar y propuestas para la Argentina*, Buenos Aires, 2006, Editorial Heliasta, S.A.

<sup>26</sup> MILARE, Edis-BENJAMIN, Antônio Herman "Estudo Prévio de Impacto Ambiental", São Paulo, *Revista dos Tribunais*, 1993; ROSA MORENO, Juan, *Régimen Jurídico de la Evaluación de Impacto Ambiental*, Madrid, Editorial Trivium, 1993.

- Subsidios fiscales y créditos para actividades productivas “verdes”, condicionamiento del crédito al cumplimiento de normas ambientales;
- Auditoria ambiental;<sup>27</sup>
- Sistemas de tarifas que se imponen sobre las emisiones, los efluentes y demás descargas al medio ambiente;
- Permisos intercambiables que permiten que las compañías intercambien los derechos de emisión permitidos con otras compañías;
- Etiquetado de productos para que los consumidores conozcan el impacto que tienen sobre el ambiente;
- Prohibición total o parcial de productos nocivos.

Como lo señalamos en el Capítulo Primero, el diseño institucional de la protección del ambiente debe basarse en una armónica conjunción de reglas que otorguen derechos de propiedad específicos para que sean negociados, otras que imputen responsabilidad cuando los costos de negociación son excesivos y otras que establezcan la inalienabilidad.<sup>28</sup>

#### IV. PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO

Como lo hemos analizado en el Capítulo Segundo, la legislación ambiental se vale de objetivos, valores, modelos, como “calidad de vida”, “uso racional y sustentable de los recursos”, “calidad ambiental”, “conservación de diversidad biológica”, “minimización de riesgos”; “uso ambientalmente adecuado de los recursos ambientales”.

Las reglas determinadas tienen alto costo de elaboración pero es sencilla su aplicación, mientras que los conceptos indeterminados funcionan a la inversa, es decir, bajo costo de elaboración pero gran complejidad en la aplicación, dada la amplitud que presentan.

Por esta razón es que la técnica legislativa se orienta hacia la fijación de objetivos generales que son complementa-

---

<sup>27</sup> SALES, Rodrigo, *Auditoria Ambiental: Aspectos Jurídicos*, São Paulo, LTr, 2001.

<sup>28</sup> CALABRESI, Guido, MELAMED, A. D., “Property Rules, Liability Rules and Inalienability Rules: One view of the Cathedral”, *Harvard Law Review*, vol. 85, 1972, pp. 1080 y ss.

dos con programas de cumplimiento a cargo de la administración o de los poderes judiciales.

En relación a estos programas,<sup>29</sup> corresponde señalar algunos requisitos:

### 1. *Establecimiento de objetivos intermedios y finales a cumplir*

Uno de los aspectos esenciales de los programas es que su cumplimiento sea posible y puedan mostrarse resultados. De nada sirve señalar objetivos que no contemplen los medios para llevarlos a cabo o los recursos con que cuentan los obligados. Ello no quiere decir que se deba renunciar a lograr el cambio de paradigma, sino que el éste no cambia abruptamente. Es mucho más perjudicial el fracaso de un programa porque el grado de frustración que genera, que el cumplimiento de un objetivo parcial concebido como una etapa para el logro del resultado final.

Por estas razones es que resulta primordial aplicar el principio de progresividad y establecer un objetivo final, y etapas intermedias que sean verificables.

### 2. *Técnicas de "comando-control"*

Esta técnica jurídica consiste en la descripción de un determinado comportamiento definido mediante standards (comando) y el control periódico de su cumplimiento.

El comando puede surgir de fuentes diversas: un tratado internacional, una ley nacional, una agencia regulatoria, una autoridad no gubernamental que ejerce facultades delegadas, una sentencia judicial. La principal característica es el grado de definición que exhibe un "comando", porque es muy detallado en el aspecto técnico, es ajustable y verificable; por ejemplo: cantidad de líquidos que se arrojan a un río, procedimientos para obtener una licencia.

---

<sup>29</sup> Es muy importante y esclarecedor el estudio comparativo; por ejemplo ver: IZA, Alejandro y ROVERE, Marta B., "Gobernanza del agua en América del Sur: dimensión ambiental", *UICN Serie de Política y Derecho Ambiental* N° 53, Gland, Suiza y Cambridge, Reino Unido, 2006, UICN-Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza y de los Recursos Naturales.



Las normas ambientales se utilizan como objetivos de calidad medioambiental y para planificar el nivel de emisiones de elementos individuales que son aceptables.

### 3. *Incentivos culturales*

Un programa pretende modificar conductas y debe tener en cuenta las motivaciones irracionales y las culturales, porque, como lo hemos señalado, este es un aspecto muy relevante en la ineficacia. Por esta razón, uno de los instrumentos más importantes es el cambio de paradigmas culturales, creando "conciencia ambiental".<sup>30</sup>

La conducta irracional se reduce aportando elementos de racionalidad, es decir, difundiendo la información. Las políticas de información pública, concentrada y accesible son esenciales, porque hacen que la gente disminuya sus temores y actúe con criterios de racionalidad.

La cultura se modifica con educación, y por ello los programas educativos enfocados en la importancia de microbienes ambientales específicos y los riesgos, resultan de gran utilidad.

### 4. *Medición del éxito*

El diseño de objetivos requiere la medición del éxito como complemento a fin de superar estadios meramente declarativos. Ello se puede hacer enfocándose en los medios, como por ejemplo, el número de inspecciones realizadas y su comparación en diferentes periodos para examinar la capacidad de contralor. Una modalidad diferente consiste en medir los resultados, observando las tendencias evolutivas del fenómeno regulado. Lo más adecuado es utilizar ambas mediciones de modo complementario exponiendo los datos en bases unificadas, accesibles y sometidas al control público.

### 5. *Identificación de los sujetos obligados por la regulación*

Todo programa debe definir quiénes son los sujetos obligados y la carga que pesa sobre cada uno de ellos, a fin de

---

<sup>30</sup> PERCIVAL, Robert, "Environmental law in the twenty-first century", *Virginia Environmental law journal*, vol. 25, 2007, núm. 1.

que sea proporcionada a su capacidad de influir en el fenómeno. Los mejores resultados se logran cuando más precisa es la identificación y más diversificada es la adjudicación, a fin de que todos los sujetos que, de una u otra manera pueden influir, tengan participación para lograr una sinergia que produzca un resultado sistémico.

#### *6. Identificación de roles complementarios*

Uno de los déficits más evidentes de los programas es que se concentran en el obligado y prescindiendo del contexto.

Una empresa que resulta obligada al cumplimiento de un programa, encontrará más incentivos si cuando pide un crédito, el banco le exige que cumpla requisitos ambientales, o cuando exporta debe mostrar el ajuste a la ley, o el seguro envía sus inspectores para verificar si se está llevando a cabo el programa, o si su política salarial otorga incentivos al personal vinculados al logro de objetivos ambientales.

En este aspecto es importante la participación de las diferentes redes que existen en el mundo con amplia experiencia en la implementación, que realizan estudios comparativos sobre múltiples programas. Es el caso de la "*International Network for Environmental Compliance and Enforcement*" (INECE) que es una red de entidades gubernamentales y no gubernamentales que involucra a más de ciento cincuenta países.

#### *7. Control de cumplimiento a cargo de una autoridad claramente identificada*

También es importante la definición de una autoridad encargada de controlar el cumplimiento, que puede pertenecer a la administración pública, o judicial, y puede valerse de la participación de los ciudadanos y organizaciones no gubernamentales. El criterio más eficiente para adoptar estas decisiones se relaciona con la capacidad para detectar el incumplimiento. Por ejemplo, los ciudadanos pueden realizar un gran aporte denunciando acciones de violación a un bajo costo, y de modo superior al que puede hacerlo una autoridad central. Como contrapartida, carecen de la capacidad para actuar de modo integrado, y por eso su función

es acercar información a la autoridad designada para tomar medidas.

También es importante discriminar entre el cumplimiento voluntario y forzoso del programa. Por ejemplo, para facilitar el cumplimiento de los objetivos del protocolo de Kyoto, se constituyó un grupo de veinte miembros que están divididos en dos ramas: una para facilitar el cumplimiento voluntario, dando consejos, medidas, etc.<sup>31</sup> y una rama de "enforcement" para los casos de no cumplimiento.

El control puede ser implementado por la autoridad regulatoria o bien delegado en organizaciones de la sociedad civil y requiere subprogramas específicos que determinen inspecciones periódicas, elaboración de estadísticas y tendencias, negociaciones con los diversos actores para lograr que acepten el programa y acciones legales complementarias.

#### *8. Definición precisa de las competencias para la aplicación de las sanciones*

Uno de los aspectos más conflictivos es la definición de competencias para la ejecución de los programas y la aplicación de sanciones. Lo que suele ocurrir es que se superponen organismos y estándares diversos que generan su propia conflictividad, neutralizándose unos a otros. Una buena política en la implementación es la definición clara de las competencias para evitar esas dilaciones.

---

<sup>31</sup> MANGUIAT, Maria Socorro, "An introduction to the Kyoto Protocol's Compliance Mechanism", en IUCN, 2006, newsletter. Bonn, Germany.

CAPÍTULO V

CUMPLIMIENTO OBLIGATORIO  
DE LAS NORMAS AMBIENTALES  
(“ENFORCEMENT”)

INTRODUCCIÓN

Una vez que se constituye la relación jurídica procesal, se afirman y niegan hechos, se prueban y se dicta una sentencia que extingue el proceso. En este Capítulo nos enfocamos en lo que ocurre luego de “extinguido” el proceso, ya que este es un aspecto poco estudiado y de gran importancia en el derecho ambiental, por dos razones.

La primera es la tipicidad específica del bien colectivo. Cuando el acreedor reclama el pago de un crédito, se dicta una sentencia que pone fin a la disputa y que obliga a cumplir de modo forzado; si no se paga, se embarga un bien del deudor y se lo subasta para obtener el dinero que se le debe al acreedor. También el proceso penal culmina con una sentencia que absuelve o condena, y en el segundo supuesto, se manda a cumplir con una penalidad. La situación es muy distinta cuando se ordena terminar con la polución y limpiar un río, o modificar el sistema de transporte de una ciudad que contamina el aire, o desplazar empresas de un lugar a otro.

La sentencia no es una, sino varias; no es típica, sino atípica; el proceso no se extingue, sino que continúa. Podríamos decir que son procesos de larga duración en la medida en que el tiempo es inherente a su ejecución, ya que es imposible o hasta inconveniente resolver la situación con una medida inmediata y drástica.

La segunda razón es que es imprescindible enfocarse en la eficacia de los procesos, superando los estadios meramente declarativos. Demasiadas declaraciones y pocas con-

creciones deterioran la imagen del derecho y la confianza presupuestas en el sistema judicial.

Seguidamente presentaremos algunos casos en los que relatamos la etapa de ejecución, a fin de mostrar la fenomenología (primera parte) y luego presentaremos algunos lineamientos típicos de los conflictos sobre procesos colectivos (segunda parte). En la tercera parte abordamos el espectro de medidas de implementación disponibles para el juez y en la cuarta los límites del activismo judicial.

## PRIMERA PARTE DECISIONES SOBRE BIENES COLECTIVOS

### I. EL MANDATO PARA TERMINAR CON LA DISCRIMINACIÓN EN LAS ESCUELAS. LA CAUSA "*BROWN VS. BOARD OF EDUCATION OF TOPEKA*". CORTE SUPREMA DE USA

El ejemplo más notorio que puede mostrarse, antes del surgimiento de los temas ambientales, es representado por una serie de casos decididos por la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos con el propósito de terminar con la discriminación racial. Se trata de varios casos disímiles, pero unidos por una clara estrategia del tribunal que se encamina hacia el cumplimiento de un objetivo inicial decidido en el primero de los conflictos tratados.

El caso "*Brown v. Board of Education of Topeka*"<sup>1</sup> fue fallado por la Corte Suprema de Estados Unidos el 17 de mayo de 1954. Este caso se inició con el objetivo de dar por terminada la doctrina de "separados pero iguales", sostenida por la Corte desde el caso "*Plessy v. Ferguson*".<sup>2</sup> Durante la primera mitad del siglo XX, el precedente "*Plessy*" fue invocado para resolver todos los casos de segregación racial (o de otras minorías) que se presentaban ante los tribunales. Así, en Topeka, Kansas en el año 1951, la National Association for the Advancement of Colour People (NAAACP) —organización que impulsó la mayoría de los casos vincu-

---

<sup>1</sup> "*Brown et al. v. Board of Education of Topeka et al.*", 347 U.S. 483 (1954). Texto en español publicado en La Ley Online.

<sup>2</sup> "*Plessy v. Ferguson*", 163 U.S. 537 (1896).

lados con la segregación racial—, comenzó a delinear su estrategia y demostró frente a los tribunales federales del Estado de Kansas que la segregación condicionaba a una situación de inferioridad a los niños negros para la educación e insistieron en que las escuelas sólo serían “iguales en igualdad”.

El tribunal federal rechazó esta argumentación,<sup>3</sup> invocando la plena aplicación de “*Plessy*”. Cuando el caso —junto con otros cuatro—<sup>4</sup> llegó a la Corte Suprema, ésta hizo a un lado la doctrina de “separados pero iguales”. Así, recurriendo a una interpretación dinámica de la XIV enmienda de la Constitución de Estados Unidos, teniendo en cuenta los valores y principios que regían en ese momento y no según la intención que tuvieron en cuenta los constituyentes,<sup>5</sup> la Corte concluyó que la segregación de los niños en las escuelas públicas, basada en la raza, privaba a los afectados de la igual protección de la ley garantizada por la mencionada enmienda. El argumento utilizado por el Chief Justice Earl Warren —quien emitió la opinión de la Corte— consistió en que la doctrina de “separados pero iguales” —además de haber hecho su aparición en 1896 en “*Plessy*”, un caso vinculado con el transporte— no podía tener lugar en tanto las instalaciones educacionales separadas eran inherentemente desiguales. Ello por cuanto, si bien los factores tangibles (gasto del Estado en sueldos, instalaciones e insumos) eran iguales en las escuelas para blancos que para negros, la segregación impuesta por la ley y basada solamente en la raza, privaba a los niños del grupo minoritario de tener iguales oportunidades educacionales, como ser los beneficios que recibirían en un sistema escolar racionalmente integrado. Para llegar a dicha conclusión, la Corte otorgó un

---

<sup>3</sup> *Brown et al. v. Board of Education of Topeka et al.* 98 F. Supp. 797 (3 de Agosto de 1951).

<sup>4</sup> “*Briggs v. Elliot*”, “*Bebhart v. Belton*”, “*Davis v. Prince Edward County*” y “*Bollin v. Sharpe*”.

<sup>5</sup> Ver en general sobre el dilema acerca de los métodos de interpretación constitucional, IBARLUCHA, Emilio A., *Cincuentenario de un fallo trascendente. El caso “Brown v. Board of Education of Topeka” y la interpretación dinámica de la Constitución*, La Ley 2004-C, 1227-Colección de Análisis Jurisprudencial.

rol categórico a los testimonios de los psicólogos sociales que habían dado cuenta del impacto psicológico que la segregación producía.

Ahora bien, en cuanto a la implementación de la decisión, y debido a que se trataba de una acción colectiva, por su vasta aplicabilidad y por la gran variedad de las condiciones locales, la Corte decidió devolver los casos a la lista de casos pendientes y requirió a las partes que presenten argumentos adicionales sobre las cuestiones cuarta y quinta<sup>6</sup> que habían sido previamente propuestas por la Corte como corolario de la determinación de si la segregación en la educación pública era o no constitucional. Estas cuestiones versaban sobre la implementación de la decisión, para lo cual se celebraron audiencias en las cuales tanto el Procurador General del gobierno federal como los Procuradores Generales de los Estados involucrados fueron invitados a participar.

Esta decisión generó gran resistencia por las autoridades de los Estados de la unión, quienes invocaron el federalismo para no acatar la decisión, arguyendo que la Corte Suprema lesionaba por medio de este pronunciamiento los derechos de los Estados a auto-regularse.

En una nueva sentencia, conocida como "*Brown II*" y dic-

<sup>6</sup> "4. Assuming it is decided that segregation in public schools violates the Fourteenth Amendment

'(a) would a decree necessarily follow providing that, within the limits set by normal geographic school districting, Negro children should forthwith be admitted to schools of their choice, or

'(b) may this Court, in the exercise of its equity powers, permit an effective gradual adjustment to be brought about from existing segregated systems to a system not based on color distinctions?

'5. On the assumption on which questions 4(a) and (b) are based, and assuming further that this Court will exercise its equity powers to the end described in question 4(b), '(a) should this Court formulate detailed decrees in these cases;

'(b) if so, what specific issues should the decrees reach;

'(c) should this Court appoint a special master to hear evidence with a view to recommending specific terms for such decrees;

'(d) should this Court remand to the courts of first instance with directions to frame decrees in these cases, and if so what general directions should the decrees of this Court include and what procedures should the courts of first instance follow in arriving at the specific terms of more detailed decrees?"

tada en 1955,<sup>7</sup> el Tribunal Supremo —luego de oídas las partes, los Estados Unidos y los Estados de Florida, North Carolina, Arkansas, Oklahoma, Maryland y Texas— dijo que debían ser los tribunales inferiores quienes se encargaran de extraer las consecuencias de esta resolución, a los efectos de que se admitiera “a los actores en las escuelas públicas sobre bases racialmente no discriminatorias”. Las consecuencias, las medidas de ejecución, debían ser lo más expeditivas y rápidas posibles (“*with all deliberate speed*”), aunque se podía dar un plazo adicional en los casos en los que se pudiera demostrar la imposibilidad de una ejecución inmediata.

Sin embargo, la resistencia de las autoridades estatales a acatar la decisión, continuó. En particular, la mayoría de los miembros del Congreso pertenecientes a los Estados del Sur firmaron el “Manifiesto del Sur”, remarcando la ilegitimidad de *Brown* y el derecho de los Estados a ignorar la decisión.<sup>8</sup>

Frente a la falta de uniformidad en la implementación de la decisión y a los actos desafiantes de algunos gobernadores, la Corte guardó silencio en una primera etapa pero frente a la rotunda resistencia generada en el distrito Little Rock del Estado de Arkansas, la Corte pronunció otra resolución en 1958 (*Cooper v. Aaron*).<sup>9</sup> En dicho pronunciamiento se hizo frente a la negativa del Estado de Arkansas de cumplir el mandato de *Brown* y de integrar a los niños negros en colegios. Los estudiantes negros sólo fueron admitidos luego de que el presidente Eisenhower enviara tropas para obligar a las autoridades estatales a cumplir con el derecho federal emanado del fallo *Brown*. En una decisión unánime en *Cooper v. Aaron*, la Corte Suprema rechazó el permiso requerido por la Junta Escolar (School Board) para poner fin al programa de des-segregación en virtud de la gran hostilidad

---

<sup>7</sup> “*Brown et al. v. Board of Education of Topeka et al.*”, 349 U.S. 294 (1955). Texto (sumario) en español publicado en: J. MILLER, A. GELLI & S. CAYUSO, *Constitución y Derechos Humanos*, t. II, pp. 1549 y ss., Ed. Astrea, Buenos Aires, 1991.

<sup>8</sup> G. STONE, L. SEIDMAN, C. SUNSTEIN *et al.*, *Constitutional Law*, 2nd ed., p. 507, Little Brown & Company, Boston, 1991.

<sup>9</sup> “*Cooper v. Aaron*”, 358 U.S. 1 (1958).



pública que había generado. El tribunal remarcó que los derechos constitucionales de las personas no pueden ceder ante la resistencia y la violencia pública que se desencadenó posteriormente a las acciones del Gobernador y la Legislatura provincial. Además, recordó que los tribunales federales tienen supremacía en lo que hace a la interpretación de la ley federal y la Constitución y como consecuencia, los gobiernos estatales no pueden considerarse desvinculados de la decisión en *Brown*.

En la década de 1960, la Corte comenzó a intervenir más activamente para controlar el proceso de des-segregación. Así, dictó varias decisiones en las cuales se pronunció sobre la naturaleza y celeridad de los remedios requeridos por *Brown*. En "*Goss v. Board of Education*" (1963),<sup>10</sup> la Corte invalidó el plan de des-segregación de una escuela por el cual a los estudiantes se les permitía ejercer la opción de traslados en un sentido ("one-way transfers") de las escuelas en donde constituían una minoría racial a aquellas en donde gozaban de mayoría. La Corte sostuvo que dicho "plan de un solo sentido" perpetuaba la segregación y, como consecuencia, era inválido. Asimismo, la Corte dio a entender que su tolerancia por la "deliberate speed" de *Brown* había llegado a su fin. Así, mantuvo que ocho años luego de dictada la decisión en *Brown II*, el contexto en el que se debe interpretar y aplicar el estándar de "deliberate speed" ha sido significativamente alterado.

En "*Griffin v. County School Board of Prince Edward County*" (1964)<sup>11</sup> el Tribunal Supremo anuló las subvenciones que las autoridades de un Condado de Virginia habían otorgado a los colegios privados (tras cerrar los colegios públicos para evitar que se juntaran blancos y negros). Ello condujo a que el tribunal autorizase a los jueces federales a reasignar recursos con el fin de volver a abrir los colegios públicos.

Por último, debe mencionarse que la des-segregación racial en los Estados Unidos ordenada por la Corte Suprema

---

<sup>10</sup> "*Goss v. Board of Education*", 373 U.S. 683 (1963).

<sup>11</sup> "*Griffin et al. v. County School Board of Prince Edward County et al.*", 375 U.S. 391 (1964).

en *Brown* y las sucesivas decisiones, dio paso a un intenso movimiento de resistencia pacífica por la sociedad civil y también llevó al Congreso federal a adoptar la Ley de Derechos Civiles (Civil Rights Act) en 1964. Dicha norma prohibió la discriminación racial en todos los lugares públicos, como ser estaciones de servicio, restaurantes, alojamientos y servicios públicos. Además, prohibió la discriminación en todos los programas que recibieran fondos federales y declaró ilegal toda discriminación laboral.

Por otro lado, más allá de estas decisiones sobre segregación racial en las escuelas públicas, en los años posteriores a *Brown*, la Corte Suprema de Estados Unidos adoptó una serie de decisiones en las cuales declaró la inconstitucionalidad de la segregación en otros servicios públicos, como colectivos,<sup>12</sup> canchas de golf municipales,<sup>13</sup> playas y baños públicos,<sup>14</sup> entre otros.

## II. LA EXIGENCIA DE ACTUACIÓN "EFICAZ" DE LA ADMINISTRACIÓN. "CASO LA OROYA".

### SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ

Los actores promovieron una demanda el 6 de diciembre del 2002, contra el Ministerio de Salud y la Dirección General de Salud Ambiental (Digesa), solicitando que se diseñe e implemente una "Estrategia de salud pública de emergencia" para la ciudad de La Oroya, de conformidad con lo establecido por los artículos 96, 97, 98, 99, 103, 104, 105, 106 y 123 de la ley 26.842 (ley general de salud); y que, por consiguiente, se adopten las siguientes medidas: *a*) la recuperación de la salud de los afectados, mediante la protección de grupos vulnerables, la implementación de medidas de prevención del daño a la salud y que se vele por el cumplimiento y levantamiento de información sobre los riesgos a los cuales la población se encuentra expuesta; *b*) se declare en Estado de Alerta a la ciudad de La Oroya, conforme lo establecen los artículos 23 y 25 del Decreto Supremo 074-2001-PCM, Regla-

<sup>12</sup> "Gayle v. Browder", 352 U.S. 903 (1956).

<sup>13</sup> "Holmes v. City of Atlanta", 350 U.S. 879 (1955).

<sup>14</sup> "Mayor of Baltimore v. Dawson", 350 U.S. 877 (1955).

mento de Estándares Nacionales de Calidad Ambiental del Aire; y, c) se establezcan programas de vigilancia epidemiológica y ambiental de conformidad con lo estipulado por el artículo 15 del Decreto Supremo 074-2001-PCM, Reglamento de Estándares Nacionales de Calidad Ambiental del Aire.

Los actores manifestaron que en el año 1997 la empresa norteamericana "*Doe Run Company*" adquirió el Complejo Metalúrgico de La Oroya, y asumió el compromiso de cumplir todas las obligaciones contenidas en el PAMA (Programa de adecuación y manejo ambiental), elaborado por el anterior propietario del centro metalúrgico. Que Doe Run Perú presentó, en diciembre de 1998, un pedido de modificación del PAMA, en el cual se comprometía a realizar un determinado número de mejoras ambientales para el año 2006 y a efectuar las principales inversiones para el tratamiento de las emisiones y calidad del aire recién a partir del año 2004. Que el PAMA presentado por esta nueva compañía no aseguraba eficientemente los derechos a la salud pública y a un ambiente equilibrado y adecuado, ni el disfrute de la salud física y mental de los pobladores de La Oroya, y que, por el contrario, los niveles de intoxicación de plomo y otros componentes en la sangre de niños y madres gestantes de La Oroya se fueron incrementado considerablemente en los últimos años, lo que se evidencia en investigaciones tales como el "Estudio de plomo en sangre en una población seleccionada de La Oroya", realizado por Digesa en el año 1999, donde se estableció, entre una de las conclusiones, que el 99.1% de las personas analizadas sobrepasaba el límite de nivel de plomo en la sangre recomendado por la Organización Mundial de la Salud (OMS).

El Vigésimo Segundo Juzgado Civil de Lima, con fecha 1 de abril del 2005, declaró fundada la demanda argumentando que las entidades demandadas no acataron las funciones y actuaciones establecidas en las disposiciones correspondientes (ley general de salud y Decreto Supremo 074-2001-PCM), ni directamente ni a través de otras entidades públicas o privadas. La Procuradora Pública encargada de los asuntos judiciales del Ministerio de Salud-Dirección General de Salud Ambiental (Digesa) apeló la precitada sentencia y solicitó que la demanda sea declarada infun-

dada por el superior, aduciendo que se cumplieron todos los mandatos dispuestos por la ley 26.842 y el Decreto Supremo 074-2001-PCM.

La Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, declaró improcedente la demanda y contra esta decisión se recurrió al Tribunal Constitucional.

El Máximo Tribunal,<sup>15</sup> en una sentencia dictada el 12 de mayo de 2006, sostuvo:

- Que el Estado peruano, definido por la Constitución de 1993, presenta las características que identifican a un Estado democrático y social de Derecho; que individuo y sociedad no son categorías aisladas y contradictorias, sino dos términos en implicación recíproca; que no hay posibilidad de materializar la libertad si su establecimiento y garantías formales no van acompañados de unas condiciones existenciales mínimas que hagan posible su ejercicio real; que entre los fines de contenido social que identifican a este modelo de Estado se encuentran el derecho a la salud, el derecho al trabajo y el derecho a la educación, entre otros; que el Estado tiene tanto “obligaciones de hacer” (realizar acciones que tiendan al logro de un mayor disfrute del derecho) como “obligaciones de no hacer” (abstenerse de interferir en el ejercicio de los derechos); que la ratio fundamentalis no puede ser privativa de los denominados derechos de defensa, es decir, de aquellos derechos cuya plena vigencia se encuentra, en principio, garantizada con una conducta estatal abstencionista, sino que es compartida también por los derechos de prestación que reclaman del Estado una intervención concreta, dinámica y eficiente, a efectos de asegurar las condiciones mínimas para una vida acorde con el principio-derecho de dignidad humana;
- Que “el derecho a la salud se relaciona con la obligación por parte del Estado de realizar todas aquellas acciones tendientes a prevenir los daños a la salud de las

---

<sup>15</sup> Integrada por los magistrados Gonzales Ojeda, Bardelli Lartirigoyen y Vergara Gotelli.

personas, conservar las condiciones necesarias que aseguren el efectivo ejercicio de este derecho, y atender, con la urgencia y eficacia que el caso exija, las situaciones de afectación a la salud de toda persona, prioritariamente aquellas vinculadas con la salud de los niños, adolescentes, madres y ancianos, entre otras”;

- “En el artículo 200 inc. 6 de la Constitución se recepta la acción de cumplimiento, que procede contra “cualquier autoridad o funcionario renuente a acatar una norma legal o un acto administrativo, sin perjuicio de las responsabilidades de ley”. El objeto de este proceso es el control de la inactividad administrativa, que se produce cuando la autoridad o funcionario se muestra renuente a acatar un mandato que se encuentra obligado(a) a cumplir”. Desarrollando este precepto, el legislador estableció, en el artículo 66 del Código Procesal Constitucional, que el proceso de cumplimiento tiene como objeto ordenar que el funcionario o autoridad pública renuente 1) dé cumplimiento a una norma legal o ejecute un acto administrativo firme; o 2) se pronuncie expresamente cuando las normas legales le ordenan emitir una resolución administrativa o dictar un reglamento”;
- “El proceso de cumplimiento sirve para controlar la inacción de los funcionarios o autoridades públicas, de modo tal que se puedan identificar conductas omisivas, actos pasivos e inertes o la inobservancia de los deberes que la ley les impone a estos funcionarios y autoridades públicas, y a consecuencia de ello, se ordene el cumplimiento del acto omitido o el cumplimiento eficaz del acto aparente o defectuosamente cumplido y se determine el nivel de responsabilidades, si las hubiere”;
- “En directa relación con lo expuesto se encuentra el imperativo de que tales funcionarios y autoridades cumplan los respectivos mandatos dentro de los plazos asignados, bajo responsabilidad de ley, y que, de no encontrarse fijados tales plazos, los mandatos se acaten dentro de un plazo razonable y proporcional, debiendo tenerse siempre en consideración el nivel de urgente

- atención que requieren determinados derechos, principalmente los fundamentales, que pueden resultar afectados por el incumplimiento de los mandatos”;
- En particular el tribunal estudia el cumplimiento de la ley 26842 y la protección del derecho a un medio ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida. Al respecto dice que “El contenido del derecho fundamental a un medio ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la persona está determinado por los siguientes elementos, a saber: 1) el derecho de gozar de ese medio ambiente, y 2) el derecho a que ese medio ambiente se preserve”. En su primera manifestación, esto es, el derecho de gozar de un medio ambiente equilibrado y adecuado, dicho derecho comporta la facultad de las personas de poder disfrutar de un medio ambiente en el que sus elementos se desarrollan e interrelacionan de manera natural y armónica; y, en el caso de que el hombre intervenga, no debe suponer una alteración sustantiva de la interrelación que existe entre los elementos del medio ambiente. Esto supone, por tanto, el disfrute no de cualquier entorno, sino únicamente del adecuado para el desarrollo de la persona y de su dignidad (artículo 1 de la Constitución). De lo contrario, su goce se vería frustrado y el derecho quedaría, así, carente de contenido. Pero también el derecho en análisis se concretiza en el derecho a que el medio ambiente se preserve. El derecho a la preservación de un medio ambiente sano y equilibrado entraña obligaciones ineludibles, para los poderes públicos, de mantener los bienes ambientales en las condiciones adecuadas para su disfrute. A juicio de este tribunal, tal obligación alcanza también a los particulares, y con mayor razón a aquellos cuyas actividades económicas inciden, directa o indirectamente, en el medio ambiente”. “En cuanto al vínculo existente entre la producción económica y el derecho a un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida, se materializa en función de los principios siguientes: a) el principio de desarrollo sostenible o sustentable (...); b) el principio de conservación, en cuyo mérito se

busca mantener en estado óptimo los bienes ambientales; c) el principio de prevención, que supone resguardar los bienes ambientales de cualquier peligro que pueda afectar su existencia; d) el principio de restauración, referido al saneamiento y recuperación de los bienes ambientales deteriorados; e) el principio de mejora, en cuya virtud se busca maximizar los beneficios de los bienes ambientales en pro del disfrute humano; f) el principio precautorio, que comporta adoptar medidas de cautela y reserva cuando exista incertidumbre científica e indicios de amenaza sobre la real dimensión de los efectos de las actividades humanas sobre el ambiente; y, g) el principio de compensación, que implica la creación de mecanismos de reparación por la explotación de los recursos no renovables”;

- “Asimismo cabe anotar que el principio precautorio o de precaución opera en situaciones donde se presenten amenazas de un daño a la salud o al medio ambiente y donde no se tenga certeza científica de que dichas amenazas puedan constituir un grave daño. Tal principio se encuentra reconocido en nuestro ordenamiento interno, entre otros, en el artículo VII del Título Preliminar de la Ley General del Ambiente, 28611, así como en el artículo 10, inciso f, del Decreto Supremo 0022-2001-PCM”.

Sobre la base de tales premisas jurídicas, examina luego los elementos del caso y dice que el estudio realizado en la población de La Oroya demuestra que los niveles promedio de plomo en sangre de los niños están por encima de los recomendados en los lineamientos de la Organización Mundial de Salud y el Centro para el Control de Enfermedades de Estados Unidos (10 µg/100 ml). Que el Ministerio de Salud y la Dirección General de Salud Ambiental (Digesa) han omitido cumplir las disposiciones legales, entre otras, las concernientes a la prevención y control de la salud en la ciudad de La Oroya, incumplimiento que ha generado una situación en extremo crítica y de emergencia que viene per-

judicando sobre todo a los sectores más vulnerables, es decir, a los niños y madres gestantes.

Por todo ello, el Tribunal Constitucional considera que:

la pretensión de los demandantes debe estimarse en parte, toda vez que, si bien el Ministerio de Salud ha adoptado determinadas medidas, establecidas en la ley 26.842, General de Salud, y en el Decreto Supremo 074-2001-PCM, Reglamento de Estándares Nacionales del Calidad Ambiental del Aire, su cumplimiento no ha sido eficaz, sino más bien parcial e incompleto. En efecto, de la revisión de autos se desprende que desde la entrada en vigencia de los mencionados artículos de la ley 26.842 (21 de enero de 1998) y del referido Reglamento (25 de junio de 2001), ha transcurrido en exceso un plazo razonable para que el Ministerio de Salud, en especial la Dirección General de Salud Ambiental (Digesa), cumpla eficazmente los mandatos contenidos en las mencionadas disposiciones. En el caso concreto de la población de la ciudad de La Oroya, sobre todo de los niños y mujeres gestantes, ocurre que desde 1999, año en que se realizaron los primeros estudios que determinaron la existencia de población contaminada con plomo en la sangre, hasta la actualidad, han transcurrido más de 7 años sin que el Ministerio de Salud implemente un sistema de emergencia que proteja, recupere y rehabilite la salud de la población afectada. Por ello, cabe preguntarse: ¿cuánto más se debe esperar para que el Ministerio de Salud cumpla su deber de dictar las medidas indispensables e inmediatas para que se otorgue atención médica especializada a la población de La Oroya cuya sangre se encuentra contaminada con plomo?

El mandato contenido en las referidas disposiciones, cuyo cumplimiento es responsabilidad del Ministerio de Salud, se encuentra indisolublemente ligado a la protección del derecho fundamental a la salud de los niños y mujeres gestantes de La Oroya, cuya sangre se encuentra contaminada con plomo, tal como se ha acreditado en autos. No es válido sostener que la protección de este derecho fundamental, por su dimensión de derecho social, deba diferirse en el tiempo a la espera de determinadas políticas de Estado. Tal protección debe ser inmediata, pues la grave situación que atraviesan los niños y mujeres gestantes contaminados, exige del Estado una intervención concreta, dinámica y eficiente, dado que, en este caso, el derecho a la salud se presenta como un derecho exigible y, como tal, de ineludible atención. Por tanto, debe orde-



narse al Ministerio de Salud que, en el plazo de 30 días, implemente un sistema de emergencia para atender la salud de la personas contaminadas con plomo, en el caso de la ciudad de La Oroya, a efectos de lograr su inmediata recuperación.

Fundado en los argumentos resumidos, el tribunal hace lugar a la demanda y toma las siguientes medidas:

- Ordena que el Ministerio de Salud, en el plazo de treinta (30) días, implemente un sistema de emergencia para atender la salud de la personas contaminadas por plomo en la ciudad de La Oroya, debiendo priorizar la atención médica especializada de niños y mujeres gestantes, a efectos de su inmediata recuperación, conforme se expone en los fundamentos 59 a 61 de la presente sentencia, bajo apercibimiento de aplicarse a los responsables las medidas coercitivas establecidas en el Código Procesal Constitucional;
- Ordena que el Ministerio de Salud, a través de la Dirección General de Salud Ambiental (Digesa), en el plazo de treinta (30) días, cumpla con realizar todas aquellas acciones tendientes a la expedición del diagnóstico de línea base, conforme lo prescribe el artículo 11° del Decreto Supremo 074-2001-PCM, Reglamento de Estándares Nacionales de Calidad Ambiental del Aire, de modo tal que, cuanto antes, puedan implementarse los respectivos planes de acción para el mejoramiento de la calidad del aire en la ciudad de La Oroya;
- Ordena que el Ministerio de Salud, en el plazo de treinta (30) días, cumpla con realizar todas las acciones tendientes a declarar el Estado de Alerta en la ciudad de La Oroya, conforme lo disponen los artículos 23 y 25 del Decreto Supremo 074-2001-PCM y el artículo 105 de la ley 26842;
- Ordena que la Dirección General de Salud Ambiental (Digesa), en el plazo de treinta (30) días, cumpla con realizar acciones tendientes a establecer programas de vigilancia epidemiológica y ambiental en la zona que comprende a la ciudad de La Oroya;

- Ordena que el Ministerio de Salud, transcurridos los plazos mencionados en los puntos precedentes, informe al Tribunal Constitucional respecto de las acciones tomadas para el cumplimiento de lo dispuesto en la presente sentencia;
- Exhorta al Gobierno Regional de Junín, Municipalidad Provincial de Yauli-La Oroya, Ministerio de Energía y Minas, Consejo Nacional del Ambiente y empresas privadas, como Doe Run Perú SRL, entre otras, que desarrollan sus actividades mineras en la zona geográfica que comprende a la ciudad de La Oroya, a participar, urgentemente, en las acciones pertinentes que permitan la protección de la salud de los pobladores de la referida localidad, así como la del medio ambiente en La Oroya, debiendo priorizarse, en todos los casos, el tratamiento de los niños y las mujeres gestantes.

### III. LA ORDEN DE ADAPTAR EL TRANSPORTE PÚBLICO A TECNOLOGÍAS NO CONTAMINANTES. SUPREMA CORTE DE LA INDIA. *M.C. MEHTA VS. UNION OF INDIA*

Para entender adecuadamente el proceso político y judicial ocurrido en la India, es necesario recordar que el país sufrió un desastre ambiental en la ciudad de Bhopal, en 1984, cuando una nube tóxica proveniente de una planta de pesticidas de la Union Carbide provocó miles de muertes y lesiones a la población. Ello creó una fuerte conciencia pública sobre los efectos que puede causar la contaminación del aire, una actividad legislativa por parte del Congreso, enfocada en la regulación ambiental ("*Environment Protection Act*" de 1986), la creación del Ministerio del Medio Ambiente y Bosques, y el surgimiento de varias agencias gubernamentales con capacidad para establecer regulaciones.

El poder judicial, que hasta entonces había mantenido una postura de no intervención en asuntos ambientales y de respeto de los límites de las competencias, también comenzó a reaccionar.

La historia del presente caso comenzó con una serie de estudios que determinaron que en la ciudad de Delhi había

una fuerte contaminación del aire que producía diez mil muertes anuales.

En 1985, M.C. Mehta, un abogado ambientalista, promovió ante la Corte una demanda para que se obligara al Estado a adoptar medidas para reducir la contaminación del aire producido por el transporte de vehículos en Delhi y Nueva Delhi.<sup>16</sup> Al principio la Corte ordenó el establecimiento de comisiones para recolectar información y precisar los hechos. En 1986 ordenó a la administración que presentara una declaración jurada sobre los pasos que había dado para enfrentar el problema. En 1990, la Corte reconoció que los vehículos más pesados como camiones y ómnibus eran los que más contribuían a la contaminación del aire. En 1991 dispuso la necesidad de una acción estratégica, con la creación de un comité que debería presentar un reporte sobre las medidas adoptadas. En 1996 ordenó que se adoptaran medidas obligatorias para convertir la tecnología de los vehículos gubernamentales en la ciudad de Delhi. Esta medida implicaba que la administración dictara normas regulatorias, implementara procesos de certificación y control, y sobre todo, modificara completamente el sistema de suministro de combustibles basado en el diesel, construyendo nuevas estaciones de servicios de GNC, y la incorporación de esta tecnología en toda la flota de transporte público. En 1998, la Corte, avanzando en su activismo, ordenó directamente la conversión de toda la flota de autobuses de

---

<sup>16</sup> Son varias las decisiones adoptadas en este caso a lo largo de los años: S.C. Writ Pet. (Civil), M. C. Mehta v Union of India (1985) (No. 13029/1985). (Nov. 14, 1990), (vehicle pollution case. Seriousness of issue); S.C. Writ Pet. (Civil), M.C. Mehta v Union of India, Marzo 3, 1991, (vehicle pollution case. Need of strategic action), S.C. Writ Pet. (Civil), M.C. Mehta v Union of India, Oct.10, 1994 (lead phase out all vehicles), S.C. Writ Pet. (Civil), M.C. Mehta v Union of India, Abril 26, 1996 (government vehicles); S.C. Writ Pet. (Civil), M.C. Mehta v Union of India, Febr.14, 1996 (lead phase-out, catalytic converters), S.C. Writ Pet. (Civil), M.C. Mehta v Union of India, Sept. 22, 1998, (ban on older comercia/ transport vehicles), S.C. Writ Pet. (Civil), M.C. Mehta v Union of India, Abril 16, 1999, (diesel emissions) S.C. Writ Pet. (Civil), M.C. Mehta v Union of India, Marzo 26, 2001(buses must use natural gas), S.C. Writ Pet. (Civil), M.C. Mehta v Union of India, Abril 5, 2002 (enforcement of bus natural gas regulations), *disponibles en*: <http://www.elaw.org/resources>.

Delhi, debiendo pasar de un sistema basado en el diesel a uno que utilizara el gas comprimido.<sup>17</sup>

El proceso fue largo y en 2001 luego de diecisiete años, el Estado finalmente estableció un comité independiente para investigar los efectos de la polución vehicular, el que recomendó las decisiones que debían ser adoptadas. Pero el debate continuó sobre el tipo de tecnologías más eficaces. En abril de 2002, la Corte emitió una nueva orden reafirmando la necesidad de realizar la conversión desautorizando todas las críticas sobre la ineficacia o inutilidad del cambio; ordenó que fuera modificada toda la flota de micros, y que se aplicaran multas a todos los que —luego del plazo fijado— no hubieran cumplido con la orden.

El debate que se produjo abarcó todos los argumentos posibles: se acusó a la Corte de no respetar la división de poderes y entrometerse en asuntos de la administración; se puso en duda la gravedad de la situación; se negó la relación causal entre las emisiones y las muertes; se puso en duda la utilidad del cambio; se dijo que la transformación en GNC no era la solución; que ello crearía un perjuicio para el servicio público que recibirían los ciudadanos; que incrementaría el déficit de la balanza de pagos del país al aumentarse la importación de gas; que crearía una mayor dependencia energética; que provocaría peligros para la población al construir gasoductos y una exposición a las crisis del transporte cuando faltara energía. Incluso cuando la Corte intimó el cumplimiento de la orden y fijó fechas precisas, tuvo que postergarlas porque se argumentó que no había gas suficiente, con lo cual el tribunal impuso penalidades diarias para el cumplimiento, y se terminaron removiendo 1500 autobuses con motores diesel.

En general la decisión ha sido leída como un avance en la protección ambiental y orientada hacia un beneficio para la población. La propia Corte dijo en la sentencia del 4 de mayo de 2002 que todas las órdenes dadas desde 1986 han

---

<sup>17</sup> S.C. Writ Pet. (Civil), M.C. Mehta v. Union of India (Sept. 22, 1998) (No. 13029/1985), *disponible en*: <http://www.elaw.org/resources/text.asp?ID=1051>

tenido un solo propósito: proteger la salud de la población de Delhi.

Los críticos<sup>18</sup> señalan que se ha incurrido en un exceso, transformando “cuestiones de la vida” en “cuestiones de derecho”, agregando a la “polución ambiental” una suerte de “polución constitucional”. Se critica al tribunal porque no sólo ha asumido funciones de legislador, sino también las propias de la administración ejecutiva. La primera se ha producido cuando la Corte interpretó los textos legales de modo muy flexible, creando nuevos supuestos de responsabilidad. La segunda, y más controvertida, surgió cuando el tribunal ordenó actividades propias de la decisión ejecutiva, como cambiar el tipo de combustible. Al avanzar sobre el diseño de un tipo de transporte público para la población, incursionó en un terreno donde los jueces tienen muy poca formación e información para decidir. En efecto, los debates sobre si es mejor el diesel, o el GNC, sobre los gasoductos y sobre el tipo de transporte exceden en mucho la información y recursos que tienen los magistrados para poder opinar. Algunos debates importaron incursionar en temas de la agenda nacional e internacional, porque la Corte ordenó conformar los vehículos con las normas europeas Euro-I y Euro II, y prohibir la registración de los vehículos impulsados a diesel que no las cumplieran, lo cual abrió el debate sobre el nivel de la integración de las leyes nacionales con las internacionales.

Al avanzar más allá de estos límites, también ha ocurrido que la población imputó a la Corte la falla del transporte, con lo cual se debilita el propio tribunal.

#### IV. EL TRASLADO DE TODA LA INDUSTRIA DE CURTIEMBRES. *METHA VS. UNION OF INDIA*. SENTENCIAS DE LA CORTE SUPREMA DE LA INDIA

Una de las decisiones más comentadas de la Corte Suprema de la India ha sido la de ordenar el traslado de aproxi-

---

<sup>18</sup> SHUBHANKAR, Dam, “Polluting Environment, polluting constitution: is a “polluted” constitution worse than a polluted environment?”, *Journal of Environmental law*, Oxf univ Press. 17.J. L. 383., 2005.

madamente quinientas cincuenta curtiembres de la zona de Calcuta. En realidad, la petición recibida por la Corte se refería a la contaminación del río Ganges, y el tribunal fue seleccionando sectores, y se concentró en las curtiembres y algunos municipios. Esta fue una decisión estratégica de los jueces que puede ser criticada en la medida en que no se toman medidas sobre el resto y tampoco hay un plan general, pero, por otro lado, fue un modo de ir dando ejemplos que se trasladen a los demás.

Se trató de un largo proceso que necesitó de numerosas decisiones<sup>19</sup> que resumiremos.

MC Metha solicitó a la Corte que se ordenara la prohibición de derramar efluentes sobre el río Ganges hasta que se instalaran sistemas de tratamiento adecuados. Invocó el actor que el agua es el más importante elemento de la naturaleza y de la civilización humana, desde tiempos inmemoriales. Sobre el río está la ciudad de Varanasi, una de las más antiguas del mundo, y el propio río ha sido considerado como un elemento purificador. El reclamante mencionó que había efluentes industriales, líquidos cloacales que eran continuamente lanzados al río, y se había llegado a una situación cercana a la catástrofe que obligaba a adoptar medidas para salvaguardar la limpieza del río.

Cuando se promovió la demanda se hizo un "*preliminary hearing*" y la Corte notificó la petición por medios públicos y varios diarios de amplia circulación en la zona, convocando a todos los industriales que comparecieran a ejercer sus defensas. Muchos empresarios y gobiernos municipales se presentaron ante la Corte, explicando las medidas que habían adoptado. Cuando el caso entró a consideración de la Corte, esta direccionó la acción, en primer lugar, contra las 89 curtiembres de Jajmau, un área cercana a Kanpur, para que sean las primeras que comparecieran. Se presentaron varias en forma individual o agrupadas. Luego de citar las

---

<sup>19</sup> India-M.C. Mehta v. Union of India, WP 3727/1985 (1987.09.22) (Tanneries Case: Kanpur) 09/22/1987; India-M.C. Mehta v. Union of India, WP 3727/1985 (1988.01.12) (Tanneries Case: Kanpur); India-M.C. Mehta v. Union of India, WP 3727/1985 (1996.12.19) (Tanneries Case: Calcutta).

normas jurídicas que protegen el ambiente en el derecho nacional, la Corte dijo que ha llegado el tiempo en la historia en que debemos reformular nuestras acciones en todo el mundo para tener un cuidado prudente sobre sus consecuencias ambientales. Los jueces dijeron que ello demandaba la aceptación de la responsabilidad de ciudadanos, comunidades, empresas, instituciones de todo nivel. La Corte invocó la "Water (Prevention and Control of Pollution) Act, de 1974, que prohibía el uso de todo líquido que pueda contaminar el agua. Asimismo describió las funciones de control que debía ejercer el organismo de control creado por la ley. También se citó la "Environment Protection Act" de 1986, que autorizaba a adoptar medidas que incluían la clausura, prohibición o regulación de cualquier tipo de industrias.

La presentación efectuada por las 89 curtiembres no presentó demasiada discusión sobre el hecho de que arrojaban efluentes y que ello había causado un daño considerable al río. Ellas formaron una asociación con el objeto de mantener institutos, laboratorios para investigar los distintos elementos que se arrojaban y desarrollar programas para su tratamiento. La Corte citó el plan fiscal para enfrentar el tratamiento de los efluentes industriales de las curtiembres, en el que se afirmaba que son grandes consumidores de agua que luego vuelcan al río con un algo grado de contaminación. Las principales fuentes de contaminación del Ganges eran los líquidos cloacales urbanos, el agua de uso familiar, los fertilizantes que se usaban en el campo, y los líquidos de uso industrial. El tribunal señaló la importancia del río Ganges, y que era trágico que un río que es símbolo de purificación, esté contaminado. Afirmó que los esfuerzos del congreso y del ejecutivo no habían sido efectivos y que era necesaria una activa participación de la gente que habitaba en las márgenes del río. Los jueces refirieron, reiteradamente, que las curtiembres no tomaron medidas razonables y que todas ellas debían cumplir con los requerimientos mínimos.

La Corte sentenció que debían cerrarse las curtiembres que no cumplían con el mínimo de pasos requeridos para el tratamiento primario de los efluentes que arrojaban al río. Los jueces dijeron que eran concientes que ello puede traer

desempleo, pero la vida, la salud y la ecología tienen mayor importancia para la población.

La Corte también citó a los municipios y adoptó una decisión, el 12 de enero de 1988, respecto de uno de los más importantes, Kanpur. Luego de requerir informes sobre las fuentes de contaminación que provenían de esa localidad, ordenó una serie de medidas. Dijo la Corte que no había dudas de que el municipio realizó un plan de acción para mejorar el sistema cloacal, pero los trabajos eran muy lentos, y por ello era necesario fijarle ciertos objetivos intermedios a cumplir mientras se lograba la totalidad del resultado.

La Corte fijó un plazo para que el municipio ordene la basura y para que construya baños públicos para la gente pobre. Como se planteó ante el tribunal que había medidas judiciales de tribunales inferiores que suspendían las medidas del Estado, estableció que las Cortes debían tratar en forma inmediata los distintos pedidos a fin de coordinarlos. Afirmó que las Cortes no deben adoptar medidas para proteger acciones criminales de contaminación. Ordenó que no se debía permitir la instalación de nuevas industrias a menos que se demostrara que tenían sistemas adecuados de tratamiento.

Finalmente, una medida muy comentada fue la de ordenar al Gobierno que dé clases, al menos una hora por semana, relativas a la protección ambiental. Asimismo ordenó programas educativos "mantener la ciudad limpia", "mantener la villa limpia", en todas las ciudades y villas, al menos una semana al año, durante la cual toda el personal administrativo y judicial debían colaborar de modo gratuito.

La petición inicial contra las curtiembres fue ampliada durante el proceso de ejecución y se adoptó una decisión respecto de cerca de 550 establecimientos ubicados en Tangra, Tiljala, Topsia y Pagla Danta, cerca de Calcuta. El proceso fue muy complejo porque se pidieron plazos, de tres años, la Corte dio tres meses, y se prorrogaron dichos plazos en distintos lugares. La Corte sugirió medidas como la construcción de un sistema común para el tratamiento de efluentes para todos los establecimientos ubicados en la zona de Calcuta. Algunas empresas firmaron convenios y otras se resistieron. Se propuso la compra de tierras, y en



varias oportunidades la Corte citó a los funcionarios para que dieran informes. En Abril de 1995 la Corte dijo que estaba de acuerdo con el plan de construcción de un efluente común para 540 establecimientos que debían ser trasladados. Una importantísima cantidad de tierras debían ser adquiridas para crear un nuevo "Centro" donde se instalaran las industrias del cuero y otras vinculadas. La Corte estuvo controlando el proceso durante varios años, adoptando medidas específicas para que el complejo se construyera y se financiara. La Corte se quejó varias veces de que las empresas y el gobierno no habían sido cooperativos con la implementación del plan. Tuvo que enfrentar numerosas dificultades, por ejemplo la del no pago del precio de la tierra donde se iba a instalar el nuevo complejo: el 15 de mayo de 1995 la Corte constató que habían depositado sólo el 3.25% del precio.

También hubo discusiones sobre la posibilidad de un sistema de tratamientos para efluentes común para un grupo de establecimientos y sobre si debían permanecer donde estaban o debían ser trasladadas. En el caso de las curtiembres de Calcuta, la Corte dijo que el tribunal no tenía dudas de que debían ser reubicadas. En relación con este grupo la Corte dijo que el Gobierno había adquirido la tierra para el nuevo complejo, que había ofrecido un precio razonable para la instalación de las curtiembres y planes para el traslado, que varias de las curtiembres seguían arrojando desechos sobre el río, que había dictámenes sobre la imposibilidad de construir un tratamiento de efluentes común en la zona donde están instaladas, que los establecimientos estaban violando la ley al contaminar las aguas, que la aplicación del principio precautorio implica que la ausencia de certeza científica no debe impedir la adopción de medidas, que la carga de la prueba pesa sobre las empresas, que el principio "contaminador paga" les obligaba a hacerse cargo de los costos.

En virtud de ello ordenó que las curtiembres que operaban Tangra, Tiljala, Topsia y Pagla Danga, áreas cercanas a la ciudad de Calcutta y que eran aproximadamente quinientas cincuenta, debían trasladarse al complejo de industrias del cuero. Las que no lo hicieran, perderían la habilitación

para funcionar. Asimismo, las obligó a pagar el veinticinco por ciento del precio de la tierra antes del 28 de febrero de 1997, bajo apercibimientos de clausura. Esta medida debía ser notificada por medios periodísticos. Para facilitar el traslado el Gobierno debía organizar una agencia especial para resolver todos los problemas. La tierra que dejaban las empresas debía ser utilizada para propósitos "verdes". Todas las curtiembres que no siguieran esas indicaciones debían cesar en sus actividades el 30 de setiembre de 1997. Para el cumplimiento de estas órdenes se impusieron multas que se debían depositar en un "Fondo de protección ambiental" destinado a la recomposición de la zona dañada. También se tomaron medidas para los trabajadores, asegurando la continuidad de su empleo en las mismas condiciones en la empresa trasladada; el periodo que demandara el traslado y durante el cual no se trabajaba, debía ser pagado; el trabajador que aceptara el traslado debía ser compensado con un bono especial; se le debía asegurar un periodo de contrato. Para atender numerosos planteos especiales se creó una "green bench" que funcionó en la Corte de Calcuta.

En el ámbito del derecho ambiental, el 2009 se emitió el caso *Massachusetts vs. Environmental Protection Agency*, donde se estableció que la Agencia Ambiental debe regular las emisiones que producen el calentamiento global.

**SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE USA**

El 20 de octubre de 1999, un grupo de 19 organizaciones privadas peticionaron a la "Environmental Protection Agency" que emitiera una regulación aplicable al dióxido de carbono producido por los automotores, que tienen impacto sobre el efecto invernadero y el cambio climático. Invocaron los siguientes hechos:

- que existe un considerable aumento de la concentración de dióxido de carbono en la atmósfera que actúa como un techo que produce un aumento de la temperatura del planeta;
- que hay daños que ya se están produciendo como el retroceso de los glaciares, la reducción de la cobertura de nieve, el aumento del nivel de los mares;

del calentamiento global. La mayoría consideró que los daños asociados al cambio climático eran serios y reconocidos y que había un fuerte consenso entre los especialistas sobre las amenazas que existen al producirse cambios irreversibles en los ecosistemas y sobre sus implicancias económicas que pueden influir en el Estado. También se aceptó que el aumento de los niveles de los mares, podía afectar las costas del Estado con daños económicos graves.

*Conexión causal entre el cambio climático y las emisiones de gas de los automotores:*

La conexión causal era difícil porque el calentamiento global obedece a varias causas, y modificar una de ellas no implica que se tendrá un resultado positivo. Este fue el argumento de la EPA al sostener que, por más que ella regulara las emisiones domésticas, había otros países en desarrollo cuya ausencia de normas impediría un resultado efectivo.

La mayoría de la Corte rechazó este argumento, con un razonamiento simple: es cierto que una regulación no solucionará totalmente el problema, pero también lo es que contribuirá a disminuirlo parcialmente. Una reducción en las emisiones domésticas producirá una baja en el ritmo de crecimiento de las emisiones globales, sin que importe lo que suceda en otras partes del mundo.

*Alcance de la revisión judicial de las decisiones de las agencias gubernamentales*

Los límites del poder judicial respecto de las regulaciones de las agencias de la administración fueron puestos en discusión. La mayoría sostuvo que las decisiones de las agencias no son sometidas a la revisión judicial. Sin embargo, en este caso no había ninguna decisión, es decir, debían distinguirse los casos en que había una regulación de aquellos en que había una negativa a adoptar regulaciones expresamente permitidas. No era un problema de contenido no justiciable, sino de negativa a regular.

*Existencia de una facultad para regular.*

*El Congreso frente al calentamiento global*

Este tema es muy importante porque la autoridad gubernamental sostuvo que necesitaba una autorización expresa

del Congreso, mientras que los peticionantes dijeron que era suficiente con que no hubiera una prohibición, ya que la Clean Air Act implícitamente la autorizaba.<sup>22</sup>

La decisión fue en este segundo sentido, afirmando que la noción de "greenhouse gases" estaba comprendida dentro de la definición de "air pollutant" que contemplaba la ley y por lo tanto la EPA tenía autoridad para regular las emisiones de gases de los nuevos vehículos automotores. Se sostuvieron dos argumentos: 1) el dióxido de carbono era, indudablemente, una sustancia física y química contemplada en la ley; 2) no había una negativa expresa del Congreso con posterioridad a la sanción de la "Clean Air Act". Es decir, que no se trataba de averiguar si el Congreso autorizó, sino por el contrario, había que averiguar si no prohibió la regulación, y no existía ningún indicio de que el Congreso decidiera limitar el poder de regular las emisiones de gases por parte de la EPA.

Cuando el Congreso estableció estas previsiones, los estudios sobre el cambio climático estaban en sus comienzos y por eso no se lo incluyó expresamente en la "Clean air act",<sup>23</sup> pero la evolución posterior mostró que no sólo no hubo una prohibición expresa, sino que hubo intención de regular el problema. En 1978, el Congreso aprobó el "National Climate Program Act" que requería que el presidente estableciera un programa para asistir a la Nación y al mundo para entender y responder a los cambios climáticos naturales

---

<sup>22</sup> Section 202(a)(1) of the Clean Air Act, as added by Pub. L. 89-272, §101(8), 79 Stat. 992, and as amended by, inter alia, 84 Stat. 1690 and 91 Stat. 791, 42 U. S. C. §7521(a)(1), provides: "The [EPA] Administrator shall by regulation prescribe (and from time to time revise) in accordance with the provisions of this section, standards applicable to the emission of any air pollutant from any class or classes of new motor vehicles or new motor vehicle engines, which in his judgment cause, or contribute to, air pollution which may reasonably be anticipated to endanger public health or welfare..."

<sup>23</sup> The Act defines "air pollutant" to include "any air pollution agent or combination of such agents, including any physical, chemical, biological, radioactive ... substance or matter which is emitted into or otherwise enters the ambient air." §7602(g). "Welfare" is also defined broadly: among other things, it includes "effects on ... weather ... and climate." §7602(h).

y provocados por la actividad humana. En la época del presidente Carter se interrogó al "*National Research Council*" y este señaló que si el incremento de dióxido de carbono continuaba en esos niveles, los cambios climáticos serían importantes y la propuesta de "*ver para regular*" podía significar esperar hasta que sea muy tarde. En 1987 el Congreso aprobó la "*Global Climate Protection Act*", en que se decía que la polución de origen humano derivada de las emisiones de dióxido de carbono, cloros, metano y otros gases podían producir un aumento sustancial en la temperatura de la tierra, y encomendó a la EPA proponer una política nacional coordinada sobre el cambio climático; también solicitó al gobierno que realizara esfuerzos diplomáticos coordinados con el mismo objetivo.

En 1990, el "*Intergovernmental Panel on Climate Change*" (IPCC), que era un cuerpo científico organizado bajo el auspicio de Naciones Unidas, publicó el primer reporte sobre el tema afirmando el que incremento de las emisiones aumentaría la temperatura de la tierra. En 1992, el presidente Bush firmó la "*United Nations Framework Convention on Climate Change*" (UNFCCC), que era un acuerdo no obligatorio suscripto por 154 naciones para reducir las concentraciones de gases de efecto invernadero, el que fue ratificado por el Senado. El grupo de naciones se volvió a reunir en Kyoto, para adoptar un tratado con obligaciones concretas para disminuir las emisiones. En razón de que esos objetivos no se aplicaban a naciones que contribuían fuertemente con sus emisiones, como India y China, el Senado aprobó una resolución señalando que Estados Unidos no debería entrar en el protocolo de Kyoto (Res. 98, 105th Cong., 1st Sess. July 25, 1997) lo cual motivó que el presidente Clinton no lo sometiera a ratificación.

Para la mayoría, esta evolución puso de manifiesto que el Congreso tuvo la voluntad de regular y no de prohibir que se lo hiciera.

#### *Fundamentos de la negativa a regular*

La EPA sostuvo que una regulación sería contradictoria con otras prioridades de la administración. La respuesta judicial fue que la EPA solo podía evitar regular si existía eviden-

cia de que los gases invernaderos no contribuían al cambio climático, o si había una razonable explicación sobre por qué hubiera sido deseable no regular. Las argumentaciones que se expusieron acerca de que el gobierno estaba negociando con otros países o de que tenía planes voluntarios, no guardaban relación alguna con las obligaciones legales. La cuestión era diferente y consistía en determinar si existía algún peligro que obligara a regular para evitarlo o disminuirlo, y si hubiera incertidumbre científica, la EPA debería decirlo.

VI. LA ORDEN DE LIMPIAR UN RÍO. "MENDOZA,  
BEATRIZ Y OTROS C. ESTADO NACIONAL Y OTROS",  
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN ARGENTINA

Un grupo de vecinos que habitaban en la zona en la cuenca de los ríos Matanza-Riachuelo, se presentaron ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, reclamando la indemnización de diversos daños personales y patrimoniales que dijeron haber sufrido como consecuencia de la contaminación de los ríos mencionados. También peticionaron el cese de la contaminación de los ríos y la recomposición a través de medidas de saneamiento.

Responsabilizaron al Estado Nacional al producirse la situación denunciada sobre una vía navegable e interjurisdiccional (que abarca parte de la Ciudad de Buenos Aires y once partidos de la Provincia de Buenos Aires), respecto de la cual éste tenía facultades de regulación y control, en virtud de lo dispuesto en el art. 75, incs. 10 y 13 de la Constitución Nacional. También adjudicaron responsabilidad a la Provincia de Buenos Aires por tener el dominio originario sobre los recursos naturales existentes en su territorio, de conformidad con lo establecido en los arts. 121 y 124 de la Ley Fundamental. También demandaron a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en su carácter de corribereña del Riachuelo, el que constituía en el área de su jurisdicción, un bien de su dominio público; porque tenía jurisdicción sobre todas las formaciones insulares aledañas a sus costas, con los alcances permitidos por el Tratado del Río de la Plata y porque le correspondía preservar la flora y la fauna de su

ecosistema, como reserva natural, según lo señala el art. 8° de la Constitución local. Finalmente, denunciaron a las empresas aledañas (en total 44) porque volcaban directamente al río los residuos peligrosos, porque no construyeron plantas de tratamiento, porque no adoptaron nuevas tecnologías y porque no minimizaron los riesgos de su actividad productiva.

La Corte dictó una sentencia en fecha 20 de junio de 2006 en la que dispuso lo siguiente:

1) Sostuvo que se debían distinguir los intereses individuales de los colectivos. Los daños sufridos por las personas, sean patrimoniales o morales, eran individuales y no eran competencia de la Corte Suprema en su jurisdicción originaria. Estos reclamos debían tramitar ante los jueces provinciales por su cercanía con los reclamantes, y por la diferenciación que existía en cada una de las pretensiones resarcitorias.

2) Se declaró competente para conocer en la pretensión relativa al bien colectivo. Dijo que “la segunda pretensión tiene por objeto la defensa del bien de incidencia colectiva, configurado por el ambiente (fs. 75/76). En este supuesto los actores reclaman como legitimados extraordinarios (Constitución Nacional, arts. 41, 43, y 30 de la ley 25.675) para la tutela de un bien colectivo, el que por su naturaleza jurídica es de uso común, indivisible y está tutelado de una manera no disponible por las partes, ya que primero corresponde la prevención, luego la recomposición y, en ausencia de toda posibilidad, se dará lugar al resarcimiento (art. 28, ley citada)”.

3) Señaló que “El reconocimiento de status constitucional del derecho al goce de un ambiente sano, así como la expresa y típica previsión atinente a la obligación de recomponer el daño ambiental no configuran una mera expresión de buenos y deseables propósitos para las generaciones del porvenir, supeditados en su eficacia a una potestad discrecional de los poderes públicos, federales o provinciales, sino la precisa y positiva decisión del constituyente de 1994 de enumerar y jerarquizar con rango supremo a un derecho preexistente, que frente a la supremacía establecida en el art. 31 de la Constitución Nacional y las competencias regla-

das en el art. 116 de esta Ley Fundamental para la jurisdicción federal, sostienen la intervención de este fuero de naturaleza excepcional para los asuntos en que la afectación se extienda más allá de uno de los estados federados y se persiga la tutela que prevé la Carta Magna"... "Que en virtud de lo expresado, la presente causa tendrá por objeto exclusivo la tutela del bien colectivo. En tal sentido, tiene una prioridad absoluta la prevención del daño futuro, ya que —según se alega— en el presente se trata de actos continuados que seguirán produciendo contaminación. En segundo lugar, debe perseguirse la recomposición de la polución ambiental ya causada conforme a los mecanismos que la ley prevé, y finalmente, para el supuesto de daños irreversibles, se tratará del resarcimiento".

4) "La tutela del ambiente importa el cumplimiento de los deberes que cada uno de los ciudadanos tienen respecto del cuidado de los ríos, de la diversidad de la flora y la fauna, de los suelos colindantes, de la atmósfera. Estos deberes son el correlato que esos mismos ciudadanos tienen a disfrutar de un ambiente sano, para sí y para las generaciones futuras, porque el daño que un individuo causa al bien colectivo se lo está causando a sí mismo. La mejora o degradación del ambiente beneficia o perjudica a toda la población, porque es un bien que pertenece a la esfera social y transindividual, y de allí deriva la particular energía con que los jueces deben actuar para hacer efectivos estos mandatos constitucionales".

5) "En uso de las "facultades ordenatorias e instructorias que la ley confiere al tribunal (art. 32, ley 25.675), a fin de proteger efectivamente el interés general" se resolvió:

Requerir a las empresas demandadas para que en el plazo de treinta días informen sobre los siguientes puntos:

1. Líquidos que arrojan al río, su volumen, cantidad y descripción;
2. Si existen sistemas de tratamiento de los residuos;
3. Si tienen seguros contratados en los términos del art. 22 de la ley 25.675. (art. 22: Toda persona física o jurídica, pública o privada, que realice actividades riesgosas para el ambiente, los ecosistemas y sus elementos constitutivos, deberá contratar un seguro de cobertura con entidad suficiente para



garantizar el financiamiento de la recomposición del daño que en su tipo pudiere producir; asimismo, según el caso y las posibilidades, podrá integrar un fondo de restauración ambiental que posibilite la instrumentación de acciones de reparación.

V. Requerir al Estado Nacional, a la Provincia de Buenos Aires, a la ciudad de Buenos Aires y al Cofema para que en el plazo de treinta días y en los términos de la ley 25.675.

Presenten un plan integrado (art. 5: Los distintos niveles de gobierno integrarán en todas sus decisiones y actividades previsiones de carácter ambiental, tendientes a asegurar el cumplimiento de los principios enunciados en la presente ley" basado en el principio de progresividad (art. 4) el que prevé que los objetivos ambientales deberán ser logrados en forma gradual, a través de metas interinas y finales proyectadas en un cronograma temporal. Dicho plan deberá contemplar:

1. Un ordenamiento ambiental del territorio (arts. 8, 9 y 10);

2. El control sobre el desarrollo de las actividades antrópicas (art. 10) "teniendo en cuenta los aspectos políticos, físicos, sociales, tecnológicos, culturales, económicos, jurídicos y ecológicos de la realidad local, regional y nacional, deberá asegurar el uso ambientalmente adecuado de los recursos ambientales, posibilitar la máxima producción y utilización de los diferentes ecosistemas, garantizar la mínima degradación y desaprovechamiento y, promover la participación social en las decisiones fundamentales del desarrollo sustentable";

3. Estudio de impacto ambiental de las cuarenta y cuatro empresas involucradas, y si no los tuviera, los requerirá en forma inmediata;

4. Un programa de educación ambiental (art. 14: La educación ambiental constituye el instrumento básico para generar en los ciudadanos, valores, comportamientos y actitudes que sean acordes con un ambiente equilibrado, propendan a la preservación de los recursos naturales y su utilización sostenible, y mejoren la calidad de vida de la población);

5. Un programa de información ambiental pública a todo el que la requiera, especialmente los ciudadanos del área territorial involucrada (art. 16: "Las personas físicas y jurídicas, públicas o privadas, deberán proporcionar la información que esté relacionada con la calidad ambiental y referida a las actividades que desarrollan. Todo habitante podrá obtener de las autoridades la información ambiental que administren y que no se encuentre contemplada legalmente como reservada." (art. 18: "Las autoridades serán responsables de informar sobre el estado del ambiente y los posibles efectos que sobre él puedan provocar las actividades antrópicas actuales y proyectadas. El Poder Ejecutivo, a través de los organismos competentes, elaborará un informe anual sobre la situación ambiental del país que presentará al Congreso de la Nación. El referido informe contendrá un análisis y evaluación sobre el estado de la sustentabilidad ambiental en lo ecológico, económico, social y cultural de todo el territorio nacional").

VI. Convocar a una audiencia pública a realizarse "en la sede de esta Corte"

Luego de varias audiencias públicas en las que se requirió información sobre el plan, se ordenó un dictamen de factibilidad general del mismo, el que fuera encargado a la Universidad de Buenos Aires. En fecha 22 de agosto de 2007 la Corte volvió a tratar el tema avanzando más en las especificaciones y dispuso que la demandada encargada del plan informara "modo concentrado, claro y accesible para el público en general" una cantidad de puntos específicos sobre el plan propuesto a fin de mejorar el control público y tomar una decisión sobre el tema. Mientras tanto, el plan comenzó a ejecutarse.

## **SEGUNDA PARTE**

### **LOS PROCESOS REFERIDOS A BIENES COLECTIVOS**

El proceso colectivo se aplica a dos tipos de reclamos:  
1) intereses individuales homogéneos, es decir derechos sub-

jetivos individuales unidos por una causa común; 2) bienes colectivos transindividuales, en cuyo caso quienes accionan no son dueños, sino legitimados activos extraordinarios para accionar en la tutela del bien. Nuestro análisis se centra en este último supuesto.

### I. DISTINCIÓN ENTRE CONFLICTO Y PROCESO COLECTIVO PLANIFICACIÓN PROCESAL

La amplia legitimación en la tutela de los bienes colectivos plantea arduos problemas de organización procesal, porque la iniciativa es dispersa. En consecuencia, el Poder Judicial, a diferencia del Ejecutivo, no define el tiempo y modo en que se desarrollarán políticas de protección de un bien. La legislación, por su parte, suele ser poco precisa en la delimitación de quiénes pueden presentar demandas y además, tiene límites derivados del acceso a la justicia.

En virtud de que la demanda de tutela del bien no es administrada por el poder judicial, suelen existir numerosos procesos diferentes en uno o varios tribunales, en distintas jurisdicciones nacionales o transnacionales.

No tener en cuenta este aspecto, o permanecer indiferente frente al mismo puede tener efectos dramáticos para el bien en juego, para los legitimados activos y pasivos, así como la eficacia del servicio de justicia.<sup>24</sup> Por esta razón es necesario aplicar criterios de “gerenciamiento de conflictos” para darles un ordenamiento efectivo. El tribunal debe planificar cómo administrará el conflicto, a fin de poder darle un ordenamiento.

Para tales fines, es posible distinguir entre proceso colectivo y conflicto sobre un bien colectivo, lo que da lugar a cinco supuestos diferentes:

---

<sup>24</sup> Sobre los problemas que existen en la aplicación de acciones colectivas conf: MILARÉ, Deis (Coordinador), *A Ação Civil Pública, após 20 anos: efetividade e desafios*, San Pablo, 2005, Editora Revista dos Tribunais; CASTAÑON DEL VALLE, Manuel, Algunas reflexiones sobre la legitimación popular ambiental en la protección penal del medio ambiente, *Revista de Derecho Ambiental* dirigida por Cafferatta, Néstor, Buenos Aires, julio/septiembre 2005, Lexis Nexis, p. 77.

### 1. *Pluralidad de procesos individuales decididos por un tribunal*

En este supuesto se trata de varios casos decididos de modo sucesivo por un solo tribunal. Para terminar con la discriminación racial en las escuelas, la Corte de USA utilizó varios casos con actores y demandados diferentes, pero unificados con una estrategia definida en el primer fallo "Brown". Para resolver el tema del ruido en la ciudad de Delhi, la Corte de la India también se valió de una cantidad de casos sucesivos. En estos supuestos existe una sentencia inicial en la que deciden los grandes lineamientos y luego otros sucesivos en los que se tratan aspectos específicos. Desde el punto de vista procesal hay varios casos diferentes, pero todos están conectados por la existencia de un bien colectivo.

### 2. *Pluralidad de procesos individuales decididos por varios tribunales*

En este supuesto se trata de varios casos promovidos ante tribunales y fueros diferentes. Es posible, y hasta frecuente, que existan demandas de varios sujetos en diferentes tribunales, algunos promueven acciones civiles, otros penales, otros de índole administrativa. Una primera opción es que cada acción y cada decisión sea autónoma, pero, en tanto se refieren a un mismo bien colectivo, las consecuencias pueden ser muy gravosas. Es posible que existan sentencias contradictorias, en el sentido de que una afirme la existencia de polución causada por un agente y otra lo niegue. También es factible sentencias que no sean contradictorias sino diferentes, porque afirmando todos la responsabilidad, unos admitan un tipo de prevención y otros una modalidad diferente,<sup>25</sup> o concedan diferentes tipos de daños.<sup>26</sup> El mismo fenómeno puede ocurrir durante las ejecuciones porque un juez podría ordenar el cierre de una empresa y otro conce-

---

<sup>25</sup> Por ejemplo, unos ordenen la clausura de empresas; otros la reconversión con un método, y otros la reconversión con otro método.

<sup>26</sup> Unos podrían conceder un daño moral colectivo de carácter satisfactivo mediante la construcción de una obra y otros mediante una indemnización.

der un amparo para evitarlo. Por todas estas razones, es conveniente la concentración de los procesos dentro de las posibilidades procesales disponibles para los jueces. También es importante que el tribunal, si tiene facultades para hacerlo, dé instrucciones a los juzgados inferiores, como lo hizo la Corte de la India en relación a la suspensión de medidas de clausura. En realidad es deseable que los tribunales superiores tengan facultades de ordenamiento de procesos vinculados a bienes colectivos o daños masivos, o que tienen una causa similar, a fin de asegurar el servicio de justicia.

### *3. Proceso colectivo que origina procesos individuales*

En estos casos hay un proceso colectivo sobre un bien colectivo, del cual se desprenden otros litigios sobre bienes individuales que tienen una conexidad. Una demanda planteada ante un tribunal puede ser muy amplia y referirse a una pluralidad de procesos que exceden las posibilidades de administración del caso. Es lo que ocurrió con el caso del "Riachuelo" (Argentina), en el que se decidió separar los conflictos individuales de los colectivos, o el caso "Brown" (USA), en el que se determinó que las cortes inferiores eran las que debían establecer los criterios de ejecución. De esta manera, un caso produce varios por derivación.

### *4. Proceso colectivo fraccionado*

En este supuesto, un proceso sobre un bien colectivo se divide en partes diferentes, pero siempre relativas al objeto común. Una demanda puede involucrar aspectos muy amplios que obligan a dividirlo. Es lo que hizo la Corte de la India con la contaminación del río Ganges, cuando separó la cuestión de las curtiembres de Calcuta, de la de un municipio, a los fines de obtener resultados más definidos.

### *5. Proceso colectivo único*

Finalmente, es posible que haya un solo proceso colectivo sobre un bien y no se deriven otros casos ni se fraccione porque no es necesario. Es lo que ocurrió con el caso

de "La Oroya", en Perú, donde había un proceso, el bien era colectivo, y se adoptó una sola decisión.

El primer paso que debe dar el tribunal es constatar la existencia de un conflicto sobre bienes colectivos y diferenciarlo de los que refieren a bienes individuales. Con relación a la primera situación, debe determinar si el conflicto tramita en un solo proceso o varios y diseñar una estrategia de gerenciamiento del o de los procesos a fin de darles unidad en la decisión y en la ejecución.

## II. PROCESOS POLICÉNTRICOS

En el proceso colectivo, referido a bienes de incidencia colectiva, las nociones de actor, demandado y centro de interés presentan dos elementos atípicos:

El actor que presenta una demanda colectiva está actuando como legitimado extraordinario para la tutela de un bien del que no es titular. Por esta razón no son útiles las categorías de dañado o perjudicado, porque no son ellos ni sus bienes los que son objeto de protección en un proceso sobre un bien colectivo. Es frecuente que los actores también hayan contribuido a lesionar el bien, porque cuando consumen, o arrojan desechos a un río, las personas dañan. Si se usaran las categorías del derecho civil clásico, los actores resultarían condenados. Los demandados pueden ser también perjudicados si viven en la zona contaminada, y podrían reconvenir contra los actores.

En este tipo de procesos la utilización de las nociones de actor y demandados no tienen una relación directa e inmediata con el sentido que tienen en el derecho civil o penal clásicos, que se refieren, fundamentalmente, a bienes individuales. La delimitación del objeto colectivo es clave para evitar estos desvíos que podrían frustrar la tramitación del proceso.

La segunda característica es que los centros de interés que se conforman en un proceso de esta naturaleza no son dos, sino que pueden ser varios. Es decir, que desde la bipolaridad de los centros de interés, clásica en el proceso, pasamos a la multipolaridad. Por ejemplo, la decisión de traslado de las curtiembres adoptada por la Corte Suprema de

la India, podía interesar a los empresarios, los trabajadores, los habitantes de la ciudad donde estaban instaladas, los que habitan la ciudad cercana donde se ordenó el traslado, el gobierno nacional y el provincial. El ambientalismo puede estar fraccionado, como ha ocurrido en algunos casos donde unos prefieren defender una solución que prioriza un aspecto frente a otros.

El proceso debe estar siempre enfocado en la tutela del bien colectivo y en la adjudicación de los deberes de información, prevención, recomposición, y reparación a quienes están en mejor posición de adoptarlos y difundirlos, lo cual requiere un cuidadoso examen durante la tramitación.

### III. FASES DE LA RELACIÓN PROCESAL

La relación jurídico procesal puede tener aspectos de ardua resolución, sobre todo si la legislación no es precisa en la materia.<sup>27</sup>

En el polo activo de la relación puede ocurrir que actúen un representante del interés público (defensor general, defensor del pueblo, etc.), varios que invoquen intereses colectivos (organizaciones no gubernamentales), y grupos de personas que actúen como afectados. Cada uno de ellos puede presentar una demanda con demandados diferentes, con objetos que no coincidan y pretensiones disímiles. Por más que la legislación prevea algún régimen de precedencia en la presentación dándole prioridad al primero que se presente, o bien algún sistema de exclusión de los que no comparecen ante un llamado público, las presentaciones siempre terminan siendo plurales. Es frecuente que las partes se pregunten por qué unos actores tienen preferencia sobre otros, o bien la razón que motiva que sólo algunos estén demandados, y por ello se actuarán como terceros o pedirán que se los cite como tales. La utilización de los remedios procesales clásicos, como correr traslado de la demanda en forma individual de unos a otros sería interminable.

---

<sup>27</sup> Lo cual es cada vez más difícil de lograr ante los cambios constantes que existen en los problemas colectivos.

Es por ello que resulta de utilidad la implementación de audiencias públicas que pueden tener diferentes objetos:

*Audiencias informativas:* Es frecuente que las partes no provean toda la información, dificultando las decisiones que debe adoptar el tribunal. Las audiencias con citación de todas las partes para escuchar sus posiciones, las medidas de finalidad informativa son muy útiles para ampliar la base sobre la cual se deben tomar decisiones. En estos casos el tribunal debe adoptar una posición muy activa para obtener información.

*Audiencias de constitución de la relación procesal:* El segundo paso es constituir la relación procesal de manera que se pueda desarrollar la litis. Las audiencias permiten ordenar con mayor claridad a quienes son actores y demandados. Este aspecto es muy importante dado el ya señalado carácter policéntrico de los procesos colectivos.<sup>28</sup>

*Audiencias ordenatorias del caso:* Como lo hemos puesto de manifiesto al inicio, el tribunal debe diseñar una estrategia para administrar estos casos, ya que, de lo contrario, puede frustrarse totalmente el resultado perseguido. Por ello resulta relevante la audiencia “ordenatoria”, que tiene por finalidad fijar ciertos parámetros para la tramitación.

Una primera decisión debe estar dirigida a dividir pretensiones a fin de evitar confusiones, y en este sentido puede separarse lo atinente a la prevención y recomposición, por un lado y lo relativo a la reparación, por el otro, por las razones que expondremos más adelante.

Una segunda fase es ordenar la prueba. En el procedimiento ordinario, las discusiones sobre las fuentes y medios de prueba generan impugnaciones de todo tipo que, trasladadas a un proceso colectivo, lo harían interminable. La convocatoria a las partes para que se acuerden procedimientos probatorios y una activa participación de oficio del tribunal, resultan estrategias necesarias para facilitar la eficacia.

---

<sup>28</sup> Los ciudadanos que demandan pueden ser también contaminados a través del consumo.



El Proyecto de Código Iberoamericano de Procesos Colectivos sugiere la siguiente norma: Art. 11. Audiencia preliminar. Cerrada la fase postulatoria, el juez convocará a la audiencia preliminar, a la cual comparecerán las partes o sus procuradores, habilitados a transigir. Par. 1º. El juez oír a las partes sobre los motivos y fundamentos de la demanda y de la contestación e intentará la conciliación, sin perjuicio de sugerir otras formas adecuadas de solución del conflicto, como la mediación, el arbitraje y la evaluación neutral de tercero. Par. 2º. La evaluación neutral de tercero, obtenida dentro del plazo fijado por el juez, es reservada, inclusive para éste, y no vinculante para las partes, siendo su finalidad exclusiva la de orientarlas en la tentativa de composición amigable del conflicto. Par. 3º. Preservada la indisponibilidad del bien jurídico colectivo, las partes podrán transigir sobre el modo de cumplimiento de la obligación. Par. 4º. Obtenida la conciliación, será homologada por sentencia, que constituirá título ejecutivo judicial. Par. 5º. No obtenida la conciliación, siendo ella parcial, o cuando, por cualquier motivo, no fuera adoptado otro medio de solución del conflicto, el juez, en forma fundada: I. decidirá si el proceso tiene condiciones de proseguir en la forma colectiva; II. podrá separar los pedidos en procesos colectivos distintos, tendientes a la tutela, respectivamente, de los intereses o derechos difusos e individuales homogéneos, desde que la separación represente economía procesal o facilite la conducción del proceso; III. fijará los puntos controvertidos, decidirá las cuestiones procesales pendientes y determinará las pruebas a ser producidas, convocando a la audiencia de instrucción y juzgamiento, si fuere el caso. IV. esclarecerá a las partes en cuanto a la distribución de la carga de la prueba, de acuerdo con lo dispuesto en el parágrafo 1º del art. 12.

#### IV. DISTINCIÓN ENTRE SENTENCIA DECLARATIVA Y SENTENCIA DE EJECUCIÓN

En este tipo de causas se debe distinguir entre la decisión y la ejecución.

En los casos que analizamos no hay una sola sentencia

sino varias, porque hay un proceso adaptativo de aproximación a la solución definitiva. Por ejemplo, se condena a la ejecución de un plan para limpiar un río, pero luego se deben dictar varias decisiones sobre aspectos concretos del plan y su implementación hasta que se logra una definición razonable.

Por esta razón el tribunal debe distinguir entre:

### 1. *Sentencia declarativa*

La primera sentencia es referida al conflicto inicial conforme surge de la relación jurídico-procesal, y suele provocar una "ruptura", un "cambio de concepción". Declarar que no debe haber más discriminación en las escuelas, que se debe terminar con la contaminación del aire en New Delhi o que se debe limpiar un río, es un cambio respecto de una situación preexistente y consolidada.

Es característico de estas sentencias una declaración de principios y una condena general, que producen un alto impacto mediático y social, dada la importancia del bien afectado.

### 2. *Sentencia de ejecución*

Luego viene la ejecución, que normalmente importa numerosas etapas en las que se producen discusiones y precisiones. La primera sentencia da el marco general y las posteriores van ejecutando. Si bien la primera produce cosa juzgada, las segundas son provisorias, porque las medidas que se dictan son, generalmente, temporales y adaptativas y una medida posterior puede dejar sin efecto la anterior.

## V. EL PROBLEMA DEL TIEMPO EN LA EJECUCIÓN

Es inevitable un lapso prolongado en la ejecución, porque se trata de modificar situaciones que involucran instituciones, conductas, reglas, culturas, y su concreción lleva mucho tiempo. Existen procesos de cinco años y otros de veinte, con numerosos pasos intermedios.

El tiempo es un factor de extraordinaria importancia para el tribunal y puede acarrear los siguientes problemas:

- A medida que pasa el tiempo se identifica la decisión judicial con la gestión administrativa, y los límites se vuelven difusos, con perjuicio para la división de poderes y la imagen del servicio de justicia. Puede ocurrir incluso que los problemas de gestión, que son propios del ejecutivo, terminen siendo imputados al tribunal, como ocurrió en los casos de la Corte de la India;
- Los jueces no están en condiciones de gestionar, porque no tienen el tiempo, ni poseen la información, recursos ni medios; y esto puede derivar en decisiones equivocadas;
- Cuando se interviene en un conflicto, suele incrementarse la expectativa social de que se lo haga en todos los demás, lo cual es imposible. Puede ser factible llevar adelante un proceso colectivo, pero luego de unos meses, cuando se suman varios, la infraestructura del tribunal se satura;
- El funcionamiento propio de los tribunales colegiados puede agravar la cuestión, ya que podrían cambiar los jueces que lo integran o sus ideas y, consecuentemente, las mayorías, volviéndose autocontradictorio.

Por estas razones es aconsejable que el tribunal tenga la sabiduría de poner un límite al proceso y dejar que los otros poderes cumplan su rol. Una de las críticas más duras al activismo de la Corte de la India ha sido que impidió la formación de una burocracia profesional en la administración, porque todo pasó por el tribunal y nadie tomaba decisiones autónomas por temor a la sanción.

Es necesario entonces fijar con claridad un límite vinculado a la división de poderes, como lo veremos más adelante.

#### VI. DIVISIÓN DEL OBJETO: PREVENCIÓN Y REPARACIÓN

La división del objeto del proceso entre la “prevención-recomposición” y la “reparación” contribuye a la obtención de resultados concretos y por lo tanto, a la eficacia.

Ello implica que el tribunal pueda adoptar decisiones sobre un objeto y continuar el litigio sobre otro, parcelando el

proceso. Por lo tanto, no es necesario que todas las cuestiones se resuelvan al mismo tiempo o en una sola decisión lo que no significa que una de ellas quede sin resolver.

El proceso enfocado en la prevención termina con una sentencia que define cómo debe hacerse y agota el proceso. Es una decisión definitiva y no meramente cautelar, que termina con un proceso que es urgente. No es habitual que sean decisiones inmodificables, porque se trata de un proceso adaptativo, experimental que exige dictar nuevas sentencias parciales que especifiquen algunos aspectos.

El proceso sobre la reparación, también termina con una sentencia definitiva, que tiene por objeto condenar a pagar los costos derivados del daño causado.

Ambas acciones presentan diferencias relevantes que justifican la división en materia ambiental:

### 1. *La prevención-recomposición*

La tutela preventiva o inhibitoria<sup>29</sup> es una protección típica del derecho fundamental que tiene el propósito de detener o postergar una acción previsiblemente lesiva y que se concreta mediante mandatos de hacer y no hacer.

La adopción de estas decisiones importa una mirada hacia el futuro que consiste en la evitación de actos instantáneos o continuados que pueden dañar el ambiente de un modo relevante.

Por esta razón, las medidas tienen las siguientes características:

*Prospectiva:* en la prevención y recomposición existe una orientación hacia el futuro, fijando procedimientos para recuperar el bien ambiental dañado, lo cual requiere información prospectiva, determinación de quienes están en mejor posición para prevenir y recomponer, obligaciones jurídicas establecidas por la ley.

*Flexible:* este tipo de decisión “prospectiva” plantea el problema de que no hay precisiones exactas sobre el modo

---

<sup>29</sup> Sobre este tema ver GOZAINI, Osvaldo, *Amparo*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2002; *Habeas Data*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2001, y *Protección Procesal del usuario y consumidor*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2005.

en que se puede evitar el daño futuro y por lo tanto se requiere flexibilidad. Una decisión rígida está destinada a quedar sin efecto cuando cambien las circunstancias y ello ocurre muy a menudo en materia ambiental. Por lo tanto hay que tener en cuenta la necesidad de adaptarse a las condiciones que requiere el sistema ecológico implicado, y no pretender que ocurra a la inversa. Es decir que la decisión judicial se basa en datos existentes al momento en que es adoptada y que se pueden modificar en el futuro, debiendo ocurrir lo mismo con la medida adoptada.

*Experimentales:* la flexibilidad implica que se debe adaptar al cambio de circunstancias. La experimentación significa que la decisión produce unos efectos (cambien o no las circunstancias) que muchas veces de desconocen. Por ello es que se indica una medida, se restringe su aplicación a un campo específico, se observan sus consecuencias y luego, si son correctos se amplían a otros supuestos y si no lo son, se modifican. Es frecuente observar un modelo de prueba sobre efectos y resultados que se miden, y si no se producen, se rectifican.

*Desarrollo incremental de sanciones:* es habitual que las sentencias provean mecanismos de cumplimiento que se van incrementando al enfrentar dificultades a medida que se avanza.

## 2. La reparación

La reparación, en cambio, tiene su base en el pasado, en los daños ya producidos y en la determinación de las responsabilidades consiguientes.

En el campo de la reparación, no hay un proceso urgente ni adaptativo y además, se exige determinar con cuidado la carga indemnizatoria con base en las reglas de la responsabilidad civil y el respeto del debido proceso.

El juez no realiza un juicio orientado hacia el futuro, sino un juicio retrospectivo, es decir, retrocede hacia el pasado para ubicarse en el momento en que ocurrieron los hechos que causaron el daño para atribuir las responsabilidades.

### TERCERA PARTE

## MEDIDAS JUDICIALES DE IMPLEMENTACIÓN

¿Cuáles son las medidas que puede tomar el juez para garantizar la eficacia de las decisiones en materia ambiental? El estudio de los casos presentados y otros ejemplos del derecho comparado muestra un amplio espectro de opciones que estudiaremos seguidamente.

#### I. EXHORTACIONES Y MANDATOS

La sentencia exhortativa contiene una declaración sobre la vigencia de un valor o principio constitucional cuya implementación corresponde a otros poderes, y una "exhortación" para que lo haga efectivo. No se consagra una obligación jurídica determinada, sino indeterminada y de valor político. No hay un derecho a exigir el cumplimiento, y su finalidad es llamar la atención y fortalecer el debate parlamentario sobre un tema.

Este procedimiento es excepcional porque la sentencia debe contener una condena relativa a la controversia y no una mera exhortación.

El campo específico de aplicación está relacionado con dos tipos de situaciones:

- La sentencia que se dicta tiene efecto entre las partes pero podría ser una solución general para una serie de supuestos similares, lo que justifica una exhortación al Congreso para que legisle;
- El juez observa un aspecto de la controversia que tiene relevancia institucional pero que no le ha sido planteado debidamente, y por esta razón llama la atención al Congreso sobre su relevancia.

En ambos supuestos la sentencia exhortativa es una solución adecuada.

En el resto de los casos, la sentencia contiene un mandato o una prohibición, tema que, en los procesos sobre bienes colectivos, presenta numerosas particularidades que analizaremos seguidamente.

## II. MANDATOS DE NO INNOVAR Y DE INNOVAR

Cuando el juez recibe un reclamo judicial, puede ordenar que la situación no sea innovada, es decir, que no cambie durante la tramitación del proceso. El juez se encuentra con una situación que inmoviliza, por precaución, hasta que resuelva. Es un acto conservatorio de lo que las partes han hecho, no interviene ni modifica, sólo congela lo actuado en previsión de que se siga haciendo algo disvalioso.

Se inmoviliza la situación porque de seguir el curso normal, es previsible que se producirá o agravará un daño.

Según el artículo 2618 del Código Civil, el juez puede hacer cesar las actividades de vecinos que causen molestias por el humo, calor, olores, luminosidad, ruidos, vibraciones o daños. Conforme al artículo 2499 el juez podrá atender a quien tema que de un edificio o de otra cosa derive un daño a sus bienes, y adoptar medidas cautelares, que la doctrina y jurisprudencia han interpretado que son destinadas a cesar o prevenir el daño.

Estimo que el mismo tipo de acciones inhibitorias se desprende de una interpretación correcta del artículo 41 de la Constitución Nacional, que se refiere al daño ambiental. Aquí se trata de "preservar" y de "recomponer", por lo que no hay duda alguna de que, en concordancia con el artículo 43, proceden estos mandatos.

El problema que tiene el mandato de no innovar es que puede consolidar situaciones de hecho injustas o bien es inútil en algunos supuestos.

Uno de los casos es aquel en que hay una parte fuerte que "gana" posiciones de hecho antes del litigio y se ve altamente beneficiado con el congelamiento dispuesto por el juez, ya que disfrutará durante todo el proceso de lo obtenido fácticamente. La sentencia será desvirtuada por el contexto situacional creado por una de las partes.

Otro de los supuestos es el de bienes que no consienten la espera. En conflictos ambientales, la espera "consume" el bien jurídico protegido, de modo tal que mantener la situación es fallar cuando ya no existe interés por extinción natural e injusta del conflicto.<sup>30</sup>

---

<sup>30</sup> Ya Vélez Sársfield, se preocupó de estos problemas en la norma

Estas razones son las que hicieron pensar en dos mecanismos de solución complementarios:

- Una medida expedita y rápida, como la acción de amparo o la medida cautelar;
- Una facultad judicial de innovar.

La innovación es una modificación sobre el objeto del litigio tomada por el juez antes de la decisión final. Se trata de decir, “esperemos a la decisión final pero cambiando la situación de hecho injusta”.

El desarrollo de esta facultad puede tener incluso autonomía funcional y no estar atada al amparo o la medida cautelar. Puede ser concebida como una orden judicial dada dentro del proceso, o incluso al final en protección de terceros, como veremos luego.

En el Derecho anglosajón ha adquirido autonomía bajo el nombre de “*injunction*” que es una suerte de mandato de hacer.<sup>31</sup>

En Argentina y Brasil, tanto en el amparo como el en “mandado de segurança” se reconoce la posibilidad de el juez ordene alterar una situación de hecho. Se ha dicho que es una garantía directa en especie, valiéndose aún de la fuerza pública para su cumplimiento, ordenando, mandando a los particulares a su cumplimiento.<sup>32</sup>

---

del art. 375, parte segunda al establecer: “desde el principio de la causa o en el curso de ella, el juez, según el mérito que arrojen los hechos, podrá decretar la prestación de alimentos provisorios para el actor, y también las expensas del pleito, si se justificare absoluta falta de medios para seguirlo”. Es decir que ya desde la sanción del Código se previeron, en situaciones excepcionales, estas medidas que importan una decisión anticipada del proceso ordinario, sin perjuicio de la decisión final, pero que tienden a preservar un derecho sustancial que se vería afectado o desaparecería si se esperara la instancia ordinaria.

<sup>31</sup> Conf. DOBBYN, John, *Injunctions*, St. Paul, Min, 1974.

<sup>32</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa, “A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdiccional dos chamados interesses difusos”, en *Temas de direito processual*, Sao Paulo, Saraiva, 1ra serie, y “Tutela jurisdiccional dos interesses colectivos ou ifusos” en *Temas de direito processual*, Sao Paulo, Saraiva, 1984, 3ra serie; WATANABE, Kazuo, *Controle jurisdiccional e mandado de segurança contra actos judiciais*, Sao Paulo, R.t., 1980; PELLEGRINI GRINOVER, Ada, “A tutela jurisdiccional dos



Se trata de una acción que confiere al titular del derecho una prestación in natura. Esta acción consigue no sólo una suspensión liminar del acto impugnado, sino también la expedición de un mandato con ejecución específica, destinado a dejar sin efecto el procedimiento ilegal de la administración.<sup>33</sup>

Sus elementos son los siguientes:

- Es una orden judicial que impone una obligación de hacer, a la que les son aplicables las reglas sustantivas sobre el tema existente en la legislación civil. Esta obligación puede existir con anterioridad causada por alguna fuente obligacional o ser creada por el juez en el supuesto concreto. En el derecho del consumo es habitual que se requiera la existencia de un contrato que tenga por objeto una obligación de hacer;<sup>34</sup>
- Es preventiva o precautoria: tiene una finalidad que es impedir que el contexto desnaturalice la realización del derecho, es decir, pretende evitar la consolidación de una situación irreparable;
- En el aspecto procesal, puede ser dictada como medida cautelar sustancial, antes del proceso; en una acción de amparo autónoma, o bien al final del proceso en la sentencia definitiva, para prevenir situaciones de hecho perjudiciales para terceros;
- El incumplimiento da lugar a la ejecución por otro. El juez puede adoptar todas las providencias adecuadas para la tutela específica de las obligaciones de hacer o de no hacer. Puede imponer astreintes, puede determinar medidas para la obtención del resultado práctico equivalente al cumplimiento de la obligación.

---

interesses difusos", in *Novas tendencias do direito Processual Forense*, 1990, pp. 137 y ss.

<sup>33</sup> GELSI BIDART, Adolfo, *De derechos, deberes y garantías del hombre común*, Fundación de cultura universitaria, Montevideo 1987, p. 243.

<sup>34</sup> Conf. CHRISTIANOS, Vassili, "Injunction de hacer y protección judicial del consumidor", publ. en *Defensa de los consumidores*, dir. por Gabriel Stiglitz, Ed. La Rocca, Bs. As. 1994, p. 347.

### III. MANDATOS DIRIGIDOS A LA ADMINISTRACIÓN

El mandato de no innovar o de innovar puede estar dirigido a la administración pública nacional o estadual. En estos supuestos el tribunal declara el derecho, dicta una condena y ordena a otro poder del Estado la implementación, pero puede hacerlo según un modelo orientado a los resultados o bien a los procedimientos. En el primero se respeta la discrecionalidad propia de la administración en la definición de cuáles son los medios más apropiados para aplicar en el caso, mientras que en el segundo el poder judicial avanza y los define por sí mismo.

Como lo hemos señalado *ut supra*, una atenta observación de la jurisprudencia en el derecho comparado y la experiencia que se ha obtenido hasta el momento, muestra que la postura mayoritaria es la orientación hacia los resultados.

Seguidamente mostraremos ejemplos de ambas opciones.

#### 1. Orden orientada hacia un resultado

En este caso el tribunal reconoce la discrecionalidad de la administración y le ordena que cumpla un objetivo, sin decirle cómo, ya que los medios son ajenos a la decisión judicial. Por ejemplo, se ordena que haga un plan de limpieza de un río (caso Riachuelo), que implemente una solución de emergencia para atender la salud de las personas que sufren contaminación (caso La Oroya), que dicte una regulación sobre las emisiones de gas (caso "Massachussets), que se investigue el estado de situación que se denuncia (realizar estudios epidemiológicos, o sobre las fuentes de contaminación).

La decisión judicial respeta una frontera constitucional y no avanza en la definición de los procedimientos. Ello no significa que la declaración sea genérica, sino que pueden fijar objetivos intermedios a cumplir por etapas o prioridades. Por ejemplo, en el plan de atención médica, atender en forma prioritaria a niños y mujeres gestantes (caso La Oroya).

La orden puede tener un plazo de ejecución, y establecer un régimen de presentación de informes ante el tribunal. Ello permite impulsar la ejecución cuando se demora, acortar o prolongar plazos, aplicar sanciones, etcétera.

El tribunal puede asumir el rol de control del cumplimiento, por sí mismo o delegándolo en otro tribunal.

## *2. Orden orientada hacia los procedimientos*

En este supuesto el tribunal avanza mucho más que en el caso anterior, ya que no sólo define el objetivo sino también los medios, reduciendo la discrecionalidad estatal a algunos aspectos técnicos de menor entidad. Por ejemplo, la Corte de la India no ordenó simplemente que se elaborara un plan para limpiar el río Ganges, sino que definió cómo debía hacerse, dispuso el traslado de las curtiembres, se involucró en la discusión sobre la creación de un centro común de tratamiento de efluentes, el lugar, su costo. El mismo tribunal no se limitó a ordenar que se haga un plan de educación ambiental, sino que dispuso cómo debían ser elaborados los planes definiendo contenidos y frecuencias. En el caso de las emisiones en Delhi fue más allá de la orden general y dispuso la implementación del GNC.

## *3. Garantías de implementación.*

### *Creación de una microinstitucionalidad*

El juez debe respetar los límites constitucionales de la división de funciones entre los distintos poderes y no puede avanzar más allá de afirmar la garantía de los derechos a través de mandatos orientados a un resultado. Ello significa que la sentencia puede contener una formulación que diga: hay que limpiar el río y ordena presentar un plan; hay que terminar con la emisión de gases contaminantes de los automotores y ordena que se dispongan medidas. No dice cuál es el contenido del plan ni cuáles son las medidas, lo que está en el campo de la reserva de la administración.

Los jueces que han pasado esta frontera lo han hecho porque estaban convencidos de que la administración no iba a cumplir lo ordenado. Pero si el problema consiste en controlar, el tribunal puede hacerlo sin necesidad de entrometerse en los detalles, ordenando la presentación de informes periódicos.

La otra razón invocada es que no hay seguridad alguna de que la administración esté en condiciones de aplicar las

medidas correctas. Tampoco existen garantías de que los jueces estén en mejores condiciones que la administración para desempeñar estas tareas, no sólo porque carecen de medios, sino porque también puede haber opiniones muy distintas dentro del ámbito de autonomía judicial.

Para solucionar el problema de las garantías de implementación, puede diseñarse una "microinstitucionalidad".

La sentencia puede ordenar que la administración presente un proyecto para cumplir el objetivo fijado en el mandato ordenado en la sentencia. La fase de ejecución puede consistir en designar a un encargado responsable de llevarla adelante, que es habitualmente una sección de la administración. También puede designar organismos independientes que revisen periódicamente lo actuado desde el punto de vista científico, económico, y social. El tribunal puede ordenar procedimientos mediante los cuales los diferentes actores presentan sus objeciones y sugerencias al responsable de la ejecución y cómo se dirimen los conflictos. Ello es complementado con información pública, concentrada y accesible para mejorar el control ciudadano.

De este modo se crea una institución dedicada al cumplimiento del objetivo que actúa de modo autónomo, aunque bajo la supervisión lejana del tribunal. Este mecanismo permite que los diversos centros de interés interactúen de modo rápido, flexible, dinámico. Se incrementa la cantidad de información disponible al ser aportada por diversos grupos, se mejoran los procesos de toma de decisiones al existir un proceso de debate previo y se aumenta el control social sobre el ritmo de la ejecución y su sentido.

#### IV. MANDATOS DIRIGIDOS AL CONGRESO: PRETENSIONES DE OPERATIVIDAD

Como ya dijéramos al definir las sentencias exhortativas, el tribunal puede dictar sentencias que tengan mandatos dirigidos al congreso para legislar sobre un tema específico, con la fijación de un plazo razonable. Este procedimiento es genérico,<sup>35</sup> pero tiene una gran importancia en la materia

---

<sup>35</sup> Ver CS argentina, Badaro, Fallos (Badaro 1).

ambiental porque en numerosas situaciones existe la necesidad de regular de un modo general y con un debate sobre el tema que excede totalmente las posibilidades del proceso judicial.

Una vez que el Congreso recibe el mandato, puede legislar o no, y en este último supuesto, el tribunal decidirá si adopta una decisión sustitutiva.<sup>36</sup>

En este último caso, el tribunal enfrenta el problema de suplir una decisión que debe adoptar el Congreso, lo cual normalmente no está dentro de sus facultades. Para que ello sea posible, debe darse el supuesto de una pretensión relativa a la operatividad de un derecho fundamental.

Esta pretensión requiere:

- La existencia del derecho en alguna fuente normativa, como por ejemplo, en un tratado internacional;
- Una falta de regulación legal dentro de un plazo razonable.

El titular del derecho fundamental tiene un derecho a que, pasado un tiempo prudencial, el juez tome las medidas necesarias que el legislador no ha tomado a fin de lograr ese objetivo de la implementación.

La Corte Suprema argentina tiene varios casos adoptados en esta línea. El caso más comentado ha sido en relación al derecho de réplica, descrito en un tratado internacional, pero sin que exista una ley que instrumente su aplicación. Frente a una pretensión concreta, la Corte hizo lugar al derecho de réplica definiendo sus modalidades en ausencia de legislación y restringiéndolo al caso de derechos humanos.<sup>37</sup>

## V. ÓRDENES DE ORGANIZACIÓN DE LA IMPLEMENTACIÓN

Un aspecto muy importante es la organización de la implementación de una sentencia referida a un bien colectivo. Es necesario que el juez tenga en mente este aspecto, aunque no siempre se lo hace de un modo explícito. En el su-

<sup>36</sup> Ver CS argentina, Badaro, Fallos (Badaro 2).

<sup>37</sup> "Ekmekdjian, Miguel c. Sofovich, Gerardo", LL.1992.C.543.

puesto en que se decida hacerlo, es importante el uso de las facultades de superintendencia que se dispongan y otras medidas como las que se mencionan a continuación.

### 1. *Delegación de la ejecución*

El tribunal puede dictar medidas para ordenar la ejecución de la sentencia, porque considera que esta etapa excede sus posibilidades. En el caso "Brown" la Corte delegó en otros tribunales la ejecución de la sentencia en virtud de su cercanía con el problema; en el caso "Massachussets", se ordenó a una agencia de protección ambiental la regulación de la emisión de gas.

### 2. *División de la ejecución por etapas*

Cuando el objeto del litigio es demasiado amplio, y la sentencia es comprensiva de situaciones diversas, puede separarse la ejecución en etapas o secciones. En el primer caso se puede dividir en diferentes periodos temporales que facilitan el control progresivo. En el segundo, la separación es por temas, como lo hizo la Corte de la India, al tratar la situación de un municipio, de un grupo de curtiembres, y así sucesivamente.

### 3. *Aplicación de sanciones al funcionario público*

Cuando se delega en la administración la ejecución de un determinado mandato, el tribunal puede establecer varios tipos de medidas para asegurar el cumplimiento. Si se aplican sobre el patrimonio público, suelen ser ineficaces porque no hay un responsable claro y termina pagando un fondo público, es decir, todos los ciudadanos. Puede ser muy diferente el incentivo cuando se obliga de modo solidario al funcionario y se le aplican astreintes sobre su patrimonio o bien se lo hace penalmente responsable por el incumplimiento de una orden judicial.

El dictado de una sentencia judicial comporta la potestad de hacerla cumplir<sup>38</sup> y para ello el tribunal puede reali-

---

<sup>38</sup> Corte Suprema, Fallos: 264:443.

zar intimaciones con un plazo, vencido el cual aplicará sanciones económicas (astreintes). También puede imputar al funcionario público por “desobediencia a la autoridad”, descrita en el artículo 239 del Código Penal argentino del siguiente modo: “será reprimido con prisión de quince días á un año, el que resistiere o desobedeciere a un funcionario público en el ejercicio legítimo de sus funciones o a la persona que le prestare asistencia a requerimiento de aquél o en virtud de una obligación legal”.<sup>39</sup>

## VI. SOLUCIONES CONCILIATORIAS

En los procesos que tienen por objeto bienes colectivos se discute si es posible la conciliación y si ello puede hacerse en la fase de ejecución de sentencias.

El primer aspecto es problemático porque los bienes colectivos son, como dijimos, indivisibles e indisponibles, y la legitimación extraordinaria que tienen quienes ejercen la pretensión no significa que sean “dueños” del bien. En consecuencia, no pueden conciliar ni celebrar transacciones porque no están habilitados para hacer concesiones recíprocas, que consisten en renunciaciones y reconocimientos.

No se puede transar sobre el bien, ni sobre las obligaciones que existen respecto de su preservación.

Esta regla no impide la celebración de acuerdos sobre las modalidades de las obligaciones, es decir, sobre el plazo, cargo o condición en la cual se celebran. El proyecto de código iberoamericano de procesos colectivos, en su artículo 11, contempla la posibilidad de transacción en los siguientes términos: “Par. 3o. Preservada la indisponibilidad

---

<sup>39</sup> La Corte Suprema de USA, ha utilizado estos procedimientos con relación a funcionarios públicos y contra el presidente de la Nación: ver “Estados Unidos c/ Nixon, presidente de los Estados Unidos y otros” (418 U.S. 683). Suprema Corte de los Estados Unidos c/ Nixon, presidente de los Estados Unidos y otros Petición de Certiorari respecto de la sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Distrito del Circuito de Columbia N° 73-1766 Discutida el 8 de julio de 1974. Resuelta el 24 de julio de 1974. Sobre este tema: FAYT, Carlos, *El efectivo cumplimiento de las decisiones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. La fuerza imperativa de sus pronunciamientos*, La Ley, Bs.As., 2007.

del bien jurídico colectivo, las partes podrán transigir sobre el modo de cumplimiento de la obligación.

En Brasil existe el "Compromisso de ajustamento de conduta", conforme parágrafo 6, art. 5 de la ley 7347/85, que dice: "Los órganos públicos legitimados podrán tomar de los interesados un compromiso de ajuste de sus conducta a las exigencias legales, mediante conminaciones, que tendrá la eficacia de un título ejecutivo extrajudicial". Es un instrumento de acceso a la justicia, que evita el ingreso al juicio, porque es un acuerdo extrajudicial que celebra el acusado de contaminar con el ministerio público. Pasa a tener el valor de una fijación de responsabilidad mínima que no impide otras, pero que constituye un incentivo importante para la prevención y que ha dado muy buenos resultados.

## CUARTA PARTE

### LÍMITES DEL ACTIVISMO JUDICIAL

En este Capítulo hemos estudiado casos y formulado lineamientos teóricos que definen una posición claramente inclinada hacia el activismo judicial, porque estamos convencidos del rol que debe desempeñar en la sociedad un poder judicial fuerte e independiente. En lo que sigue examinaremos los límites que tiene esta postura, que deben ser respetados, a fin de no desvirtuar sus propósitos, mantener su nivel de eficacia y evitar su desprestigio.

Nuestra proposición es que el juez debe respetar la división de funciones entre los distintos poderes y no puede avanzar más allá de afirmar la garantía de los derechos a través de mandatos orientados a un resultado, evitando involucrarse en los procedimientos.

#### I. LÍMITES DERIVADOS DE LA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL

El problema del activismo judicial y sus límites puede ser razonablemente solucionado en base a una concepción de la "democracia constitucional"<sup>40</sup> que puede ser resumida de la siguiente manera:

---

<sup>40</sup> Ampliamos en *Teoría de la decisión judicial*, cit.



*La Democracia funciona en base al respeto de las decisiones de la mayoría.* Esta identificación entre la mayoría, la voluntad general, la felicidad del mayor número y la ley que expresa ese sentir, es el pilar de la concepción del poder existente en la mayoría de las constituciones de occidente y debe ser respetada.<sup>41</sup>

*La regla enunciada excluye un gobierno de los jueces que sustituya a las mayorías,* porque estos representan a un grupo minoritario en la sociedad. Si los jueces pudieran obrar sin límites, habría que presuntarse: ¿por qué razón debatimos arduamente, votamos, elegimos, etc., si luego hay un grupo de jueces, no elegidos, que deciden por nosotros?

*La regla no excluye el control por parte de los jueces.* Las mayorías pueden adoptar decisiones contrarias a la Constitución, y por lo tanto es necesario que exista un poder independiente que le imponga límites. La función del poder judicial es hacer respetar la Constitución en los casos en que las decisiones mayoritarias afecten los derechos individuales. El carácter contramayoritario del poder judicial lo coloca en una posición adecuada para hacer cumplir derechos y proteger bienes que los otros poderes podrían no atender por razones electorales. Esta función implica que los jueces pueden tomar decisiones que tengan como consecuencia alguna modificación en la agenda pública o en el orden de prioridades de la administración. Sin embargo, no pueden avanzar más allá sustituyendo la voluntad del pueblo expresada a través de los representantes que ha elegido.

*El control judicial procedimental:* en definitiva, las decisiones de los jueces constituyen un gran aporte en la democracia deliberativa, pero no la sustituyen. La actuación no debe estar encaminada a sustituir la voluntad de las mayorías o minorías, sino a asegurar el procedimiento para que ambas se expresen. La intervención del poder judicial no debe ser, en este sentido, sustantiva, sino procedimental,

---

<sup>41</sup> Ampliamos en *Teoría de la decisión judicial*, cit. Conf. WALDRON, Jeremy, *The Dignity of Legislation*, Cambridge, University Press, 1999, p. 158.

garantizando los instrumentos de una expresión diversificada y plural, antes que sustituirlas mediante opiniones propias. Los jueces no pueden corregir decisiones de las mayorías que consideren incorrectas, o diferentes a lo que ellos opinan. En cambio, deben sostener las reglas de juego institucionales para que la mayoría se desenvuelva dentro de la Constitución.

*La defensa de los bienes ambientales:* lo antedicho puede aplicarse a la defensa de los bienes colectivos, lo que justifica que los jueces declaren inconstitucional una ley aprobada por una mayoría, o la decisión administrativa adoptada por un gobierno popularmente electo, que sean gravemente contrarias a la protección ambiental.

## II. LÍMITES DERIVADOS DE LA EFICACIA DEL PODER JUDICIAL

La actividad de los jueces puede avanzar sobre las decisiones de la administración, como lo muestran algunos de los casos resumidos en la primera parte, lo cual presenta, además de la objeción tratada en el punto anterior, la cuestión de la eficacia.

¿El poder judicial es mejor que el ejecutivo para llevar a cabo procedimientos de tutela ambiental?

Los jueces no tienen la capacitación adecuada en temas científicos, ni la información ni los recursos para adoptar decisiones sobre procedimientos. Es muy difícil para un magistrado definir cuál es el sistema que mejor permite la disminución de los gases emitidos por los vehículos, o cuál es el lugar donde deben instalarse las curtiembres (casos de la CS de La India). Pero si se decide de este modo, aumentará la expectativa social respecto de muchos otros casos y deberá intervenir en todo tipo de situaciones, lo cual excede ampliamente la capacidad de un poder judicial. Si las reglas cambian constantemente según el criterio del juez, surge la incertidumbre y ello aumentará los conflictos porque las partes no tienen criterios claros a los cuales ajustarse, y ensayarán conductas para probar suerte en los estrados judiciales. Finalmente, las críticas que se hacen a la administra-

ción, se harán al poder judicial que la sustituye, y este verá disminuido su prestigio al desarrollar tareas para las que no está preparado.

No hay evidencia alguna de que el resultado de las políticas judiciales intervencionistas sea tan bueno como para presentarlo como una panacea.

La respuesta a este interrogante, en nuestra opinión, consiste en distinguir entre la intervención orientada hacia el resultado y la encaminada hacia el procedimiento, que vimos en la tercera parte, punto III, al tratar los mandatos dirigidos a la administración.

Concluyendo, el activismo judicial es necesario en temas ambientales, pero debe ser ejercido prudentemente, como un modo de control de resultados que hagan efectivas las garantías constitucionales.

# ÍNDICE

	Pág.
PREFACIO . . . . .	IX
CAPÍTULO I	
EL PARADIGMA AMBIENTAL	
Introducción . . . . .	1
I. La naturaleza como recurso escaso . . . . .	3
II. Libertad, igualdad y fraternidad . . . . .	4
III. Conflictos en la esfera íntima, privada y social . . . . .	5
IV. Noción de paradigma . . . . .	7
<i>Primera Parte. Elementos del paradigma ambiental.</i> . . . . .	8
I. Bien colectivo situado en la esfera social . . . . .	8
1. Indivisibilidad de los beneficios: el bien no es divisible entre quienes lo utilizan . . . . .	8
2. Uso común sustentable: el bien puede ser usado por todos los ciudadanos . . . . .	8
3. No exclusión de beneficiarios: todos los individuos tienen derecho al uso y por lo tanto no pueden ser excluidos . . . . .	9
4. Estatus normativo: el bien colectivo tiene reconocimiento legal . . . . .	9
5. Calificación objetiva: la calificación de un bien como colectivo surge de una designación normativa objetiva y no subjetiva . . . . .	10
6. Legitimación para obrar difusa o colectiva: estos bienes son protegidos mediante una amplia legitimación para obrar . . . . .	10
7. Precedencia de la tutela preventiva: para proteger estos bienes la prevención-precaución deben aplicarse de modo prioritario a la reparación . . . . .	11
8. Resarcimiento a través de patrimonios de afectación: cuando hay resarcimiento, no hay una indemnización que se traslade al patrimonio de una persona, aunque ella sea titular de la legitimación procesal . . . . .	11
9. Ubicación en la esfera social: estos bienes pertenecen a la esfera social de tutela . . . . .	11
II. Deberes, límites y derechos fundamentales típicos . . . . .	12
III. Noción de ambiente . . . . .	14
IV. El sistema causal . . . . .	17
1. La noción de sistema . . . . .	17
2. La noción de acción colectiva . . . . .	20
3. El modelo antropocéntrico y geocéntrico . . . . .	21

Segunda Parte. El impacto del paradigma ambiental . . . . .	22
I. La ética ambiental y los valores . . . . .	22
1. El conflicto moral . . . . .	22
2. Valores ambientales . . . . .	23
II. La economía . . . . .	24
1. Externalidades negativas: la relación de la empresa con la sociedad . . . . .	25
2. Instituciones: la tragedia de los bienes comunes. . . . .	27
3. Externalidades positivas. Nuevos campos económicos . . . . .	29

## CAPÍTULO II

### EL DERECHO AMBIENTAL

Introducción . . . . .	31
<i>Primera Parte. El ambiente y los derechos</i> . . . . .	32
I. Las acciones . . . . .	32
II. La legitimación para obrar . . . . .	35
1. Derechos individuales, colectivos e individuales homo- géneos. . . . .	35
2. Las acciones del afectado. . . . .	41
3. La noción de bien colectivo en relación a la legitimación y competencia . . . . .	42
III. Los derechos subjetivos. . . . .	46
1. El orden público de coordinación . . . . .	47
2. El principio de sociabilidad. . . . .	48
3. La función ambiental . . . . .	50
4. Uso sustentable y gestión sustentable . . . . .	51
a) Uso sustentable y uso racional . . . . .	51
b) Gestión sustentable. . . . .	54
<i>Segunda Parte. El sistema de derecho ambiental</i> . . . . .	58
I. Concepción sistémica . . . . .	58
1. Regulación continua. . . . .	58
2. Separación de norma y conflicto . . . . .	59
3. La coherencia <i>a posteriori</i> . . . . .	59
4. Sanción, cumplimiento forzado y reglas institucionales. . . . .	60
5. Modelo de cumplimiento de objetivos jurídicos . . . . .	62
6. Guías de actuación ética y legislación por objetivos . . . . .	63
7. La interpretación a favor de la efectividad de los derechos fundamentales . . . . .	65
II. Principios y valores estructurantes . . . . .	66
1. Valores . . . . .	67
2. Principios . . . . .	68
3. Reglas . . . . .	68
4. Objetivos. . . . .	68
5. El valor "calidad de vida". . . . .	69
a) Antecedentes . . . . .	69
b) Concepto . . . . .	70
c) Obligaciones estatales. . . . .	71

III. Pluralismo de fuentes y regla de precedencia . . . . .	74
IV. El impacto en la disciplina académica . . . . .	75

## CAPÍTULO III

INCERTIDUMBRE Y RIESGOS AMBIENTALES:  
PREVENCIÓN Y PRECAUCIÓN

Introducción . . . . .	77
I. Consenso emocional y disenso cognoscitivo . . . . .	77
II. Intervencionistas, preventivos y precautorios . . . . .	80
III. Antecedentes . . . . .	81
IV. Concepto . . . . .	82
V. Interrogantes . . . . .	84
<i>Primera Parte. Calificación jurídica.</i> . . . . .	85
I. ¿Es una obligación o una opción voluntaria? . . . . .	85
II. ¿Son sus destinatarios los funcionarios o alcanza también a los habitantes? . . . . .	85
III. ¿Cuál es su efecto sobre las políticas públicas? . . . . .	86
IV. ¿Cuál es el contenido del principio? . . . . .	87
1. Fundamento constitucional. . . . .	87
2. Concepto jurídico indeterminado . . . . .	88
3. Peso diferente según los bienes comprometidos. . . . .	88
V. ¿Cuáles son los presupuestos de aplicación? . . . . .	88
1. Amenaza de daño grave o irreversible . . . . .	88
2. La incertidumbre científica . . . . .	91
<i>Segunda Parte. Aplicación del principio</i> . . . . .	94
I. Es casuístico . . . . .	94
II. Reducción de la incertidumbre . . . . .	95
III. Traslado del riesgo de la duda . . . . .	96
IV. Traslado del riesgo del error científico. Falsos positivos y falsos negativos . . . . .	96
V. Traslado del riesgo en la demora . . . . .	97
VI. Traslado del riesgo probatorio . . . . .	97
VII. Aplicación dinámica y adaptativa . . . . .	97
VIII. Traslado del riesgo del desarrollo . . . . .	98
IX. Equidad y no discriminación . . . . .	100
<i>Tercera Parte. El balance entre riesgos y beneficios</i> . . . . .	100
I. Admisibilidad del balance riesgo-beneficio . . . . .	100
II. El carácter de técnica procedimental no valorativa . . . . .	101
III. El método analítico no emocional . . . . .	101
IV. El procedimiento . . . . .	102
1. Identificar márgenes de probabilidades . . . . .	103
2. Deben valorarse los beneficios relativos para las partes relevantes . . . . .	103
3. Deben examinarse los costos comparativos de las diversas alternativas . . . . .	104
4. Hay que valorar las experiencias anteriores para obrar de modo consistente. . . . .	104

5. Experimentar paso a paso . . . . .	105
6. Comparaciones intra e intergeneracionales . . . . .	105
V. Control ciudadano . . . . .	106
1. El proceso de deliberación moral . . . . .	106
2. La crisis en los procesos de decisión . . . . .	107
3. Democracia intensiva . . . . .	108
VI. Control y administración del riesgo. . . . .	109
<i>Cuarta Parte. Cambios paradigmáticos</i> . . . . .	112
I. La seguridad jurídica . . . . .	112
II. De la reparación a la anticipación . . . . .	113
III. El paradigma del anclaje . . . . .	113

## CAPÍTULO IV

## TEORÍA DE LA IMPLEMENTACIÓN

Introducción . . . . .	115
I. La teoría de la implementación . . . . .	116
1. El cumplimiento voluntario (" <i>compliance</i> "). . . . .	116
2. Cumplimiento forzado (" <i>enforcement</i> "). . . . .	117
3. Disuasión (" <i>deterrence</i> ") . . . . .	118
II. El problema de la ineficacia . . . . .	118
1. La legislación declarativa. . . . .	119
2. Bienes colectivos . . . . .	121
III. El cumplimiento voluntario . . . . .	122
1. Contexto institucional: confianza y costos de transacción. . . . .	122
2. Construcción de capital social . . . . .	124
3. Principios de buen gobierno . . . . .	125
4. Regulación del mercado . . . . .	126
IV. Programas de cumplimiento. . . . .	127
1. Establecimiento de objetivos intermedios y finales a cumplir . . . . .	128
2. Técnicas de "comando-control" . . . . .	128
3. Incentivos culturales. . . . .	129
4. Medición del éxito. . . . .	129
5. Identificación de los sujetos obligados por la regulación . . . . .	129
6. Identificación de roles complementarios . . . . .	130
7. Control de cumplimiento a cargo de una autoridad claramente identificada . . . . .	130
8. Definición precisa de las competencias para la aplicación de las sanciones . . . . .	131

## CAPÍTULO V

CUMPLIMIENTO OBLIGATORIO DE LAS NORMAS  
AMBIENTALES ("*ENFORCEMENT*")

Introducción . . . . .	133
<i>Primera Parte. Decisiones sobre bienes colectivos</i> . . . . .	134
I. El mandato para terminar con la discriminación en las escuelas. La causa " <i>Brown vs. Board of Education of Topeka</i> ". Corte Suprema de USA . . . . .	134

II. La exigencia de actuación "eficaz" de la administración. "Caso La Oroya". Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú	139
III. La orden de adaptar el transporte público a tecnologías no contaminantes. Suprema Corte de la India. <i>M.C. Mehta vs. Union of India</i> .	147
IV. El traslado de toda la industria de curtiembres. <i>Metha vs. Union of India</i> . Sentencias de la Corte Suprema de la India	150
V. La agencia ambiental debe regular las emisiones que producen el calentamiento global. <i>Massachusetts vs. Environmental Protection Agency</i> . Sentencia de la Corte Suprema de Usa	155
VI. La orden de limpiar un río. "Mendoza, Beatriz y otros c. Estado Nacional y otros", Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina.	161
<i>Segunda Parte. Los procesos referidos a bienes colectivos</i>	165
I. Distinción entre conflicto y proceso colectivo planificación procesal	166
1. Pluralidad de procesos individuales decididos por un tribunal	167
2. Pluralidad de procesos individuales decididos por varios tribunales	167
3. Proceso colectivo que origina procesos individuales	168
4. Proceso colectivo fraccionado.	168
5. Proceso colectivo único	168
II. Procesos policéntricos	169
III. Fases de la relación procesal	170
IV. Distinción entre sentencia declarativa y sentencia de ejecución	172
1. Sentencia declarativa	173
2. Sentencia de ejecución.	173
V. El problema del tiempo en la ejecución	173
VI. División del objeto: prevención y reparación	174
1. La prevención-recomposición.	175
2. La reparación.	176
<i>Tercera Parte. Medidas judiciales de implementación</i>	177
I. Exhortaciones y mandatos	177
II. Mandatos de no innovar y de innovar.	178
III. Mandatos dirigidos a la administración	181
1. Orden orientada hacia un resultado	181
2. Orden orientada hacia los procedimientos	182
3. Garantías de implementación. Creación de una micro-institucionalidad	182
IV. Mandatos dirigidos al Congreso: pretensiones de operatividad.	183
V. Órdenes de organización de la implementación	184
1. Delegación de la ejecución	185
2. División de la ejecución por etapas	185
3. Aplicación de sanciones al funcionario público	185
VI. Soluciones conciliatorias	186
<i>Cuarta Parte. Límites del activismo judicial</i>	187
I. Límites derivados de la democracia constitucional	187
II. Límites derivados de la eficacia del poder judicial	189