

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 inadmisibile, 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 inadmisibile 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 originaria¹⁴ y no es federal por razón de la materia.¹⁵

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

¹⁴ 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".

¹⁵ 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)”.¹⁵

¹⁵ 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.¹⁷

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).

¹⁷ 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;¹⁸
- 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.

¹⁸ Art. 953 CC; igual en materia de condiciones prohibidas (art. 531 CC) se protege la libertad ambulatoria, de religión, de matrimonio. Ver BUENES, 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".¹⁹

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.²⁰ 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;

¹⁹ BENJAMIN, Antonio, "Função ambiental", en *Dano Ambiental. Prevenção, reparação, e repressão*, Ed. Rev. Dos Tribunais, Sao Paulo, 1993, p. 49.

²⁰ 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 Congreso 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—²¹ 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

²¹ 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.²² 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.²³ El sujeto se concibe contextualizado y limitado por el deber “natural” de ser solidario con los demás, aún respecto de quienes no han nacido.²⁴

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);²⁵ mientras que la Ley General del Ambiente —en su art. 2 inc d— los menciona acumulativamente.

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

²³ 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).

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

²⁵ “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;²⁶ 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.²⁷

Acudiendo, entonces, al sentido evidente y llano de la voz "apropiado", esta significa adecuado, acomodado para el fin a que se destina.²⁸ 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

²⁶ Cfr. doctrina CSJN en Fallos 250:450, entre otros.

²⁷ Cfr. doctrina de CSJN en Fallos 300:700; 321:1614.

²⁸ 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;²⁹ y cuando se administra se lo hace con un objetivo, para algo.³⁰ 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 I³¹ 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 ambiental³² y certificar nor-

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

³⁰ Esta idea se profundiza en el caso de gestión de negocios.

³¹ *Segunda Parte*, Pto. II-1.

³² 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.³³

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

³³ **Principio 11.** Los Estados deberán promulgar *leyes eficaces sobre el medio ambiente*. Las normas, los objetivos de ordenación y las prioridades ambientales deberían 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,³⁴ 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.³⁵

▪ *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.

³⁴ 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).

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

des" no son una herramienta nueva,³⁶ 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,³⁷ 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 recientes³⁸ 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.

³⁶ 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.

³⁷ Capítulo II, Segunda Parte, Pto. I-4.

³⁸ 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.³⁹ 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

³⁹ 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.⁴⁰

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.

⁴⁰ 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 distinción entre derechos fundamentales, deberes y reglas institucionales⁴¹ 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

⁴¹ Ampliamos en *Teoría de la decisión judicial*.

no pueden ser obtenidos de cualquier manera. Constituyen guías de circulación de los derechos en la congeccionada 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"): ⁴² 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*"); ⁴³ 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.⁴⁴ 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.⁴⁵ Un buen ejemplo lo constituyen las guías éticas aprobadas por la Unión Internacional de Conservación de la Naturaleza,⁴⁶ a las que nos referiremos más adelante.

⁴² Temas que desarrollamos en el Capítulo Cuarto.

⁴³ Tratamos este tema en el Capítulo Quinto.

⁴⁴ FULLER, Lon, "The morality of law", New Haven, Yale University Press, 1969.

⁴⁵ Ampliamos en *Teoría de la decisión judicial*, cit.

⁴⁶ "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.⁴⁷

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

⁴⁷ 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.⁴⁸

II. PRINCIPIOS Y VALORES ESTRUCTURANTES

El "paradigma ambiental"⁴⁹ 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;⁵⁰
- **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.⁵¹ La técnica legislativa ambientalista no se basa

⁴⁸ En "Mendoza", cit.

⁴⁹ Ver Capítulo Primero.

⁵⁰ Ver Capítulo Primero al examinar el geocentrismo.

⁵¹ 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.⁵²

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.⁵³ 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:⁵⁴

- 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;

⁵² 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, FABER, Daniel, "Environmental law", St. Paul, Minn, 1988, West Publ; GOMEZ, Sebastiao Valdir, *Direito Ambiental Brasileiro*, p. 45, Síntese 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.

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

⁵⁴ 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.⁵⁵

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-

⁵⁵ ALPA, Guido, "I principi Generali", en *Trattato di diritto Privato a cura di Giovanni Iudica e Paolo Zatti*, Giuffrè, 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 contemporáneos⁵⁶ 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.⁵⁷ 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-

⁵⁶ 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.

⁵⁷ 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,⁵⁸ 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.⁵⁹

Como se ve, la noción se integra de elementos objetivos

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

⁵⁹ VITTIERSO 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 Alsina⁶⁰ 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.⁶¹

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-

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

⁶¹ 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.⁶²

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.

⁶² 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,⁶³ 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".⁶⁴

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:

⁶³ 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 international 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.

⁶⁴ 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.¹

¹ 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.²

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".³ Las

tiembre 2003, JA- 2003-III, fascículo nº 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.

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

³ 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.⁴ 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-

⁴ 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 Europea⁵ 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;

⁵ 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.

- **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?;⁶

¿Cuál es su efecto sobre las políticas públicas?;

¿Significa que sólo se puede aplicar cuando hay medidas eficaces de protección⁷ 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"?;

⁶ Colombia, ley cit.

⁷ 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.⁸ 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

⁸ 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 es 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;⁹

- 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.

⁹ 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.¹⁰

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;¹¹
- 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.¹²

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".

¹⁰ Ampliamos en *Teoría de la decisión judicial*, cit.

¹¹ Guidelines, cit.

¹² 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.¹³

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;

¹³ 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.¹⁴

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.¹⁵

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,¹⁶ 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-

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

¹⁵ 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.

¹⁶ 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;¹⁷
- *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

¹⁷ "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.¹⁸

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.

¹⁸ 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.¹⁹

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

¹⁹ 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.