

# JUSTICIA Y DERECHO AMBIENTAL



## EN LAS AMÉRICAS

*Ricardo Luis Lorenzetti*

*Pablo Lorenzetti*

*Prólogo de Luis Almagro*



**OEA | OAS**

# JUSTICIA Y DERECHO AMBIENTAL EN LAS AMÉRICAS

RICARDO LUIS LORENZETTI

PABLO LORENZETTI



**OEA | OAS**

---

## ACERCA DE LA OEA

La Organización de los Estados Americanos (OEA) es el principal foro político de la región, que reúne a todas las naciones independientes del hemisferio occidental para promover conjuntamente la democracia, fortalecer los derechos humanos, fomentar la paz, la seguridad y la cooperación y avanzar en el logro de intereses comunes. Desde su origen, la OEA ha tenido el objetivo principal de prevenir conflictos y proporcionar estabilidad política, inclusión social y prosperidad en la región a través del diálogo y acciones colectivas como la cooperación y la mediación.

DERECHOS DE AUTOR© (2021) Organización de los Estados Americanos. Todos los derechos reservados bajo las Convenciones Internacionales y Panamericanas. Ninguna porción del contenido de este material se puede reproducir o transmitir en ninguna forma, ni por cualquier medio electrónico o mecánico, total o parcialmente, sin el consentimiento expreso de la Organización.

Preparado y publicado por la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos .

Los contenidos expresados en este documento se presentan exclusivamente para fines informativos y no representan la opinión o posición oficial alguna de la Organización de los Estados Americanos, de su Secretaría General o de sus Estados Miembros.

### **OAS Cataloging-in-Publication Data**

Organization of American States. General Secretariat.

Justicia y derecho ambiental en las Américas / [Preparado y publicado por la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos]. v. ; cm. (OAS. Documentos oficiales ; OEA/Ser.D/XV.25)

ISBN 978-0-8270-7315-9

1. Environmental law. 2. Environmental law, International. 3. Environmental justice. I. Lorenzetti, Ricardo Luis. II. Lorenzetti, Pablo. III. Title. IV. Series.

OEA/Ser.D/XV.25

# ÍNDICE

PRÓLOGO .....	I
INTRODUCCIÓN.....	2
I). Una visión realista del tema ambiental:.....	2
II). Acuerdos de posguerra y de pospandemia: la regeneración institucional.....	3
CAPÍTULO I. EL PARADIGMA AMBIENTAL .....	8
I) La Naturaleza como recurso escaso. ....	8
1). La naturaleza como débil necesitado de protección.....	9
2). La naturaleza como recurso escaso.....	9
3). Los datos de la crisis ambiental. ....	10
A). La homogeneidad avanza sobre la diversidad.....	10
B). La contaminación se propaga.....	12
C). El desequilibrio desplaza al equilibrio.....	15
D). La aceleración desplaza la previsión.....	16
II). Conflicto y Falsos dilemas .....	17
1). Consenso declarativo y disenso práctico.....	18
2). El conflicto intergeneracional. ....	20
3). El conflicto intrageneracional. ....	22
4). Igualdad vs ambiente.....	23
5). Desarrollo vs ambiente .....	24
6). Conflictos irresolubles y polarización.....	25
III). El paradigma ambiental.....	27
1). Necesidad de un paradigma ambiental.....	27
2) La noción de sistema.....	28
3) La noción de acción colectiva.....	31

4) El modelo antropocéntrico y geocéntrico.....	31
5). Comunicabilidad con los principios de la naturaleza .....	32
A). Resiliencia.....	33
B). Biofilia:.....	35
C). Cooperación.....	35
6) La gobernabilidad: rigidez vs flexibilidad.....	36
7). Conflictos en la esfera íntima, privada y social .....	38
8). La economía.....	39
A) Externalidades negativas: La relación de la empresa con la sociedad .....	40
B) Instituciones: la tragedia de los bienes comunes .....	42
C) Externalidades positivas. Nuevos campos económicos .....	44
9) La ética y los valores.....	45
A). Los Valores: Libertad, igualdad y fraternidad .....	45
B). Fraternidad vs intereses individuales.....	46
10). Conclusión:.....	48
CAPÍTULO II. EL ESTADO DE DERECHO AMBIENTAL.....	51
1). Introducción: dos facetas .....	51
2). La paradoja del Estado de Derecho.....	52
3). Derechos fundamentales ambientales.....	53
4). El acceso a justicia .....	54
5). El acceso a la información y la participación.....	56
Acceso a la Información.....	59
Principio de participación.....	61
6). La progresividad de los derechos fundamentales y el retroceso del derecho ambiental .....	61

7). El principio protectorio.....	62
8). Conclusión: .....	63
 CAPÍTULO III. BIENES JURÍDICOS AMBIENTALES.....	 65
Introducción.....	65
Primera Parte. El bien jurídico ambiental .....	65
I) Bien colectivo situado en la esfera social .....	65
1) Indivisibilidad de los beneficios: el bien no es divisible entre quienes lo utilizan.....	66
2) Uso común sustentable: el bien puede ser usado por todos los ciudadanos .....	66
3) No exclusión de beneficiarios: todos los individuos tienen derecho al uso y por lo tanto no pueden ser excluidos.....	66
4) Estatus normativo: el bien colectivo tiene reconocimiento legal .....	67
5) Calificación objetiva: la calificación de un bien como colectivo surge de una designación normativa objetiva y no subjetiva .....	67
6) Legitimación para obrar difusa o colectiva: estos bienes son protegidos mediante una amplia legitimación para obrar .....	67
7) Precedencia de la tutela preventiva: para proteger estos bienes la prevención-precaución deben aplicarse de modo prioritario a la reparación.....	68
8) Resarcimiento a través de patrimonios de afectación: cuando hay resarcimiento, no hay una indemnización que se traslade al patrimonio de una persona, aunque ella sea titular de la legitimación procesal.....	68
9) Ubicación en la esfera social: estos bienes pertenecen a la esfera social de tutela ..	68
II) Deberes, límites y derechos fundamentales típicos.....	69
III) Noción de Ambiente .....	70
 Segunda parte: El ambiente y las acciones.....	 72
I) Las acciones según los conflictos.....	72
II) La tipicidad de los derechos .....	75
1) Esquema .....	75

2) Derechos sobre bienes jurídicos individuales .....	77
3) Derechos sobre bienes jurídicos colectivos.....	77
4) Derechos sobre intereses individuales homogéneos .....	78
III). El Código Civil y Comercial de la Nación Argentina .....	78
 Tercera Parte: La Naturaleza como sujeto .....	 80
 CAPÍTULO IV. PRINCIPIOS Y DIRECTRICES .....	 85
I). Introducción.....	85
II) Definición normativa de los principios y valores.....	85
1). Principios.....	85
2). Valores .....	87
III). Recepción en el Derecho Ambiental .....	88
1). Fuentes internacionales.....	88
2). La ley argentina.....	90
3). Efectos jurídicos.....	91
IV). Descripción de los principios ambientales.....	92
1). Principio de congruencia:.....	92
A). Enunciación y efectos.....	92
B). Congruencia en materia procesal .....	94
2). Principio de prevención.....	95
3). Principio de precaución: .....	95
4). Principio de progresividad: .....	96
5). Principio de responsabilidad: .....	97
6). Principio de subsidiariedad:.....	98
7). Principio de sustentabilidad:.....	99
8). Principio de equidad intergeneracional: .....	100
9). Principio de solidaridad: .....	101

10). Principio de cooperación:.....	101
11). In dubio pro natura .....	102
V). Principio de no regresión.....	103
1). El retroceso del derecho ambiental .....	103
2). Principales caracteres .....	104
3) Principio de progresividad .....	104
4) El desarrollo sustentable y perdurable .....	105
5) Efectos jurídicos:.....	106
A). La ley injustificadamente regresiva .....	107
B). La interpretación más favorable.....	107
C) En relación a las políticas públicas.....	108
 CAPÍTULO V: LA FUNCIÓN AMBIENTAL.....	 110
I) Introducción.....	110
II) Armonización entre derechos individuales y colectivos.....	112
1) Planteo del conflicto. ....	112
2.) Reglas de compatibilización en el Código Civil y Comercial Argentino.....	114
III) La Propiedad privada.....	116
1) Noción inicial. ....	116
2) Algunas derivaciones.....	117
IV) El contrato. ....	119
1) Tutela de la autonomía de la voluntad y de las libertades individuales.....	119
2) Influencia del orden público y de la teoría de los derechos fundamentales en el derecho contractual. ....	121
3) Función ambiental del contrato. ....	122
V) El Consumo sostenible.....	124
1) Planteo del conflicto. ....	125

2) Algunas manifestaciones.....	127
CAPÍTULO VI. LA SENTENCIA.....	133
Primera Parte. Características de la sentencia colectiva .....	133
I). La sentencia sobre intereses individuales homogéneos.....	134
1) Efectos expansivos de la sentencia.....	134
A). Sentencia favorable a la acción .....	135
B). Sentencia que rechaza la demanda .....	135
C). Sentencia que rechaza la demanda por falta de pruebas .....	135
D). Cosa juzgada en materia ambiental .....	135
2). Procesos múltiples y litispendencia.....	137
II). La sentencia sobre bienes colectivos.....	139
Segunda Parte: sentencias atípicas .....	139
I). Distinción entre sentencia declarativa y sentencia de ejecución .....	139
1). Sentencia declarativa:.....	140
2) Sentencia de ejecución: .....	141
II). Exhortaciones. ....	142
III). Mandatos de innovar y de no innovar. ....	143
IV). Mandatos dirigidos a la administración.....	144
1). Orden orientada hacia un resultado sustantivo.....	145
2). Orden orientada referida al modo en que se ejecuta .....	145
V). Mandatos dirigidos al Congreso.....	145
VI. Problemas de implementación de sentencias atípicas.....	146
1). El problema del tiempo en la ejecución. ....	146
2). Garantías de implementación. Creación de una microinstitucionalidad.....	148
3). Órdenes de organización de la implementación.....	150
Tercera Parte: el problema constitucional.....	150

CAPÍTULO VII. LA PROTECCIÓN DEL AMBIENTE EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS.....	154
1) Instrumentos Regionales de Derechos Humanos.....	154
1.a) Convención Americana sobre Derechos Humanos (“Pacto de San José de Costa Rica”)......	154
1.b) Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (“Protocolo de San Salvador”)......	155
1.c) Acuerdo Marco sobre Medio Ambiente del MERCOSUR.....	156
1.d) Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe (“Acuerdo de Escazú”)......	156
1.e) Declaración sobre Principios Jurídicos Medioambientales para un Desarrollo Ecológicamente Sostenible. Elaborada en el marco de la XIX Asamblea Plenaria de la Cumbre Judicial Iberoamericana (Quito, 2018)......	158
2) La Organización de Estados Americanos.....	159
2.a) Instrumentos y resoluciones.....	159
2.b) Cumbres de las Américas.....	160
2.c) El Departamento de Desarrollo Sostenible (DDS).....	162
3) Rol de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.....	163
3.a) Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.....	164
3.b) Casos contenciosos tramitados por ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos.....	165
3.c) Opinión Consultiva 23/2017.....	167
4) El constitucionalismo ambiental latinoamericano.....	169
4.a) La constitución de Ecuador.....	170
4.b) La constitución de Bolivia.....	171
ANEXO I.....	173

LEGISLACIÓN AMBIENTAL DE AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE .....	173
ANEXO II .....	200
JURISPRUDENCIA AMERICANA .....	200

## PRÓLOGO

Las convenciones, los acuerdos y los memorándums sobre medioambiente son derecho vigente y todos debemos trabajar para lograr la exigibilidad nacional e internacional de esas normas. La historia inmediata nos ha dejado claro que no hay salud humana sin salud de la naturaleza. Desde 1992 en la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, la comunidad internacional reconoció que los seres humanos constituyen el centro de las preocupaciones relacionadas con el desarrollo sostenible. Es posible entonces decir que existe una relación innegable entre la protección del medio ambiente y la realización de los derechos humanos, como lo ha determinado la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La degradación ambiental y los efectos del cambio climático afectan el goce efectivo de los derechos humanos y, por tanto, un medio ambiente sano es una precondition necesaria para el ejercicio efectivo de los derechos de las personas.

En la Agenda 2030 de las Naciones Unidas, adoptada en 2015, se reconoció que el agotamiento de los recursos naturales y los efectos negativos de la degradación del medio ambiente exacerbaban las dificultades a las que se enfrenta la humanidad. Estas dificultades son aún más evidentes con los efectos del cambio climático que afectan y ciertamente continuarán afectando muchas de las áreas de nuestras vidas. El cambio climático es uno de los mayores retos a los que se enfrenta la humanidad: sus efectos adversos menoscaban la capacidad de los Estados para alcanzar el desarrollo sostenible. Estos efectos incluyen una disminución considerable de la diversidad biológica y los ecosistemas, con consecuencias profundas para la supervivencia y el bienestar de la humanidad.

La conflictividad social asociada al uso de los recursos del ambiente y al desarrollo se ha visto incrementada, particularmente en el hemisferio americano. Las inequidades derivadas del impacto ambiental cada día resultan en mayores demandas de la sociedad hacia mayor equidad, seguridad y justicia en cuanto a los recursos del ambiente.

La contribución de la región americana en los desarrollos normativos sobre derecho ambiental es innegable. Basta recordar

la entrada en vigor del Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe, también conocido como Acuerdo de Escazú. Este instrumento regional es el primero de su tipo, al incorporar una disposición vinculante sobre la protección de las personas defensoras del medio ambiente en América Latina y el Caribe.

Este acuerdo, si bien fundamental, no es la única aportación de la región americana a la consolidación del cuerpo jurídico en materia ambiental. Las cortes nacionales han jugado un papel protagónico en el desarrollo de estándares de protección al medio ambiente. Los poderes judiciales han asumido su responsabilidad como entes de cambio capaces de prevenir conflictos, incidir en la transparencia y la rendición de cuentas en los asuntos ambientales y así mejorar la gobernanza ambiental de la región. Los poderes judiciales de países americanos han sido pioneros en el desarrollo de estándares judiciales de protección al medio ambiente. A manera de ejemplo, basta recordar los desarrollos jurisprudenciales de la Corte Suprema de la Nación Argentina sobre la tutela del medio ambiente como bien colectivo cuya prioridad absoluta debe ser la prevención del daño futuro; las aportaciones de la Corte Suprema de Colombia, que ha reconocido a los animales como titulares de derechos al ser seres sintientes integrados a un orden público ecológico; o las aportaciones de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica sobre el principio de máxima divulgación de la información en materia ambiental.

A la luz de lo anterior, en febrero de 2016, precisamente reconociendo la necesidad de colaboración entre los Poderes Judiciales de las Américas para garantizar los derechos de las personas con relación al medio ambiente, la Secretaría General de la OEA nombró al Dr. Ricardo Lorenzetti como Embajador de Buena Voluntad por la Justicia Ambiental de las Américas. Este nombramiento —que estuvo acompañado de los nombramientos del Dr. Sergio Muñoz, Ministro de la Suprema Corte de Justicia de Chile, del Dr. Antonio Benjamín, Ministro del Tribunal Superior de Justicia de Brasil, y del Dr. Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, Ministro de la Suprema Corte de Justicia de México— buscó reforzar el compromiso de los jueces, abogados y servidores de la justicia con la promoción del derecho ambiental en las Américas.

La obra de Ricardo y Pablo Lorenzetti nos presenta una visión del estado de la justicia ambiental en las Américas, respaldada por su vasta experiencia combinada. Ricardo Lorenzetti, desde su rol

como Ministro en la Corte Suprema de Justicia de la Nación conoce de primera mano la posición privilegiada del Poder Judicial para fijar los límites necesarios para proteger los bienes colectivos ambientales. La obra cuenta también con las contribuciones de la amplia experiencia académica de Pablo Lorenzetti, quien en su carrera como profesor en la maestría en derecho ambiental ha —desde las aulas de la Universidad de Buenos Aires— influido en la formación de una conciencia ambiental en las nuevas generaciones de abogadas y abogados.

Estoy cierto que este libro se convertirá en una obra de consulta obligada para las personas encargadas de tomar decisiones, las y los estudiantes de derecho y cualquier persona que quiera informarse sobre los estándares normativos en materia ambiental. El objetivo de la OEA seguirá siendo apoyar a sus Estados Miembros en los esfuerzos para prevenir y combatir los efectos sociales de las amenazas ambientales que enfrentamos, fortaleciendo así la justicia y promoviendo la paz y la estabilidad regional para las generaciones futuras.

*Luis Almagro*

*Secretario General*

*Organización de los Estados Americanos*

# INTRODUCCIÓN

I). Una visión realista del tema ambiental:

II). Acuerdos de posguerra y de pospandemia: la regeneración institucional

# INTRODUCCIÓN

## **D). Una visión realista del tema ambiental:**

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

Vivimos una era de verdades implacables<sup>2</sup>, en la que la naturaleza está mostrando sus límites, y en la que nos acercamos a las fronteras de los modelos que han sido la base de nuestro desarrollo. En este campo es posible presentar un esquema explicativo sobre tres etapas:

La primera fue “retórica”, puesto que, en los años setenta, el movimiento ambientalista sembró las primeras palabras nuevas, símbolos y utopías, poco conocidas hasta entonces. El impacto que el ambientalismo ha tenido el campo del discurso retórico ha sido impresionante. Vocablos como “ecología”, “desarrollo sustentable”, “verde”, y tantos otros que ahora forman parte del actual lenguaje común, eran casi desconocidos hace treinta años.

La segunda fue “analítica”, en el sentido de que se identificaron problemas, se los estudió, y se fueron elaborando modelos para tratarlos. En el área jurídica se produjo un movimiento de calificación de nuevos supuestos de

---

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

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

regulación, leyes de todo tipo en los Estados, Constituciones “verdes”, y tratados internacionales de amplio contenido.

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

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

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

El cambio de paradigma se advierte en todos los campos y es inevitable.

Es claro que ello obliga a pensar en soluciones realistas y no meramente declarativas o utópicas.

Es relevante construir alternativas capaces de conciliar la protección de la Naturaleza, con el desarrollo y la igualdad, lo cual es posible si comprendemos el cambio de dirección que debe hacer la humanidad.

Una buena prueba de ello es el cambio que se advierte en la gobernabilidad global en materia de cambio climático y energía.

## **II). Acuerdos de posguerra y de pospandemia: la regeneración institucional**

La segunda guerra mundial produjo una catástrofe humanitaria, pero surgieron personas que pudieron controlar el temor y comenzaron a construir un futuro. La posguerra permitió que grandes líderes crearan nuevas instituciones, y que muchas víctimas encontraran un sentido para sus vidas luchando contra la discriminación, denunciando el holocausto y construyendo un sistema de ideales lo suficientemente firme para nada de eso volviera a repetirse.

La pandemia global pareciera semejarse a una guerra mundial y, seguramente, habrá una pospandemia como hubo una posguerra.

Nadie sabe que se está haciendo historia cuando se la vive, pero es importante prestar atención a algunos fenómenos.

Es altamente probable que podamos afirmar que se comenzaron a diseñar las nuevas instituciones globales de la pospandemia, al igual que las de la posguerra.

En este sentido, ha sido importantísima la “Cumbre de líderes por el ambiente” convocada por el Presidente Biden se realizó los días 23 y 24 de abril. Participaron numerosos líderes mundiales responsables del 80% de las emisiones contaminantes. Estuvieron representados por el máximo nivel de presidentes o primer ministro países de todos los continentes. América del Norte (Estados Unidos, Canadá), América Latina (Argentina, Brasil, México, Chile, Colombia, varios países del Caribe), Asia (China, Rusia, India, Indonesia, Corea, Bangladesh, Japón, Vietnam); Europa (Alemania, Francia, Italia, Polonia), Medio Oriente (Israel, Arabia Saudita, Turquía) África (Sudáfrica y varios países), Oceanía (Australia, Nueva Zelanda).

Hay aspectos que son muy relevantes.

La protección del ambiente se ha transformado en un argumento de corrección política. Teniendo en cuenta que en los últimos años hubo una negación del tema, es muy importante el hecho de que todos los líderes se expresaron en favor de la lucha contra el cambio climático.

El escenario fue diferente al de otras oportunidades. Por primera vez las declaraciones de secretarios de comisiones fueron reemplazadas por afirmaciones de líderes con poder y con obligaciones hacia sus ciudadanos que los escuchaban.

Todo coincidieron que hay un problema superior a las rivalidades, las ambiciones, las vanidades y las polarizaciones. El virus COVID 19, estrechamente vinculado a la crisis ambiental, llegó hasta el domicilio de cada ciudadano, y se tomó conciencia de que una guerra biológica o una inundación o un tornado o el calentamiento o las migraciones masivas son imposibles de detener con la policía de fronteras.

Todos postularon la necesidad de adoptar medidas concretas y en esta década, porque el problema es urgente.

En materia de energía el cambio está en marcha y va a provocar una modificación de las reglas de juego de la economía global. Todos los países están con proyectos de descarbonización, de subir el precio de las energías tradicionales, de apostar a las energías renovables. Muchas ciudades están con transporte eléctrico, y con una industria automotriz apostando fuertemente a los vehículos impulsados por energía eléctrica. Nueva Zelanda propuso incrementar los impuestos sobre las energías tradicionales y generar los

recursos para promover energías no contaminantes; México explicó su proyecto de energía hídrica; Chile sugirió un futuro basado en el sol del desierto del norte y en el viento del sur patagónico. Rusia postuló no sólo bajar los niveles de contaminación, sino aumentar la potencia de las fuentes generadoras de limpieza en la atmósfera. El objetivo de todos: la neutralidad en el carbono.

Una buena prueba de que el proceso es más que una declaración fue la reunión coordinada personalmente por John Kerry, con los grandes bancos internacionales y fondos de inversión para tratar el financiamiento de estos procesos.

Estos costos plantean problemas muy difíciles de distribución entre los países desarrollados y los que no lo están. Por eso se habló de responsabilidades diferenciadas, de créditos para la adaptación ambiental, de reformulación de deudas.

Fue muy importante que varios países aclararon que la protección del ambiente es una oportunidad para el desarrollo y no una oposición o un límite. Estados Unidos declaró que se crearán puestos de trabajo más saludables y riqueza en el sector privado de la economía sustentable. Japón afirmó que la protección del ambiente no es un límite, sino un motor y que hay que generar una ola global en esta línea.

Las iniciativas concretas son numerosas. Frenar la deforestación y plantar millones de árboles para mejorar la resiliencia de la Naturaleza; modificaciones en alimentos, agricultura, nuevas industrias, tecnología e innovación.

En la intervención de China se dijo que el crecimiento debe ser en armonía con la naturaleza, que un concepto antiguo en la tradición de ese país, que nace en Confucio y que siempre tiene actualidad.

Es un enorme paso en favor de la cooperación internacional.

Como en la posguerra, además de nuevas instituciones, es necesario que existan nuevos ideales, y por eso es también necesaria la participación ciudadana en todos los frentes, para que no se apague esta luz.

La primera cuestión es entonces analizar por qué está cambiando el paradigma.

# CAPÍTULO I. EL PARADIGMA AMBIENTAL

## I) La Naturaleza como recurso escaso.

- 1). La naturaleza como débil necesitado de protección
- 2). La naturaleza como recurso escaso
- 3). Los datos de la crisis ambiental.
  - A). La homogeneidad avanza sobre la diversidad
  - B). La contaminación se propaga
  - C). El desequilibrio desplaza al equilibrio

## II). Conflicto y Falsos dilemas

- 1). Consenso declarativo y disenso práctico.
- 2). El conflicto intergeneracional.
- 3). El conflicto intrageneracional.
- 4). Igualdad vs ambiente.
- 5). Desarrollo vs ambiente
- 6). Conflictos irresolubles y polarización.

## III). El paradigma ambiental.

- 1). Necesidad de un paradigma ambiental
- 2) La noción de sistema
- 3) La noción de acción colectiva
- 4) El modelo antropocéntrico y geocéntrico.
- 5). Comunicabilidad con los principios de la naturaleza
  - A). Resiliencia.
  - B). Biofilia:
  - C). Cooperación
- 6) La gobernabilidad: rigidez vs flexibilidad.
- 7). Conflictos en la esfera íntima, privada y social
- 8). La economía
  - A) Externalidades negativas: La relación de la empresa con la sociedad

B) Instituciones: la tragedia de los bienes comunes

C) Externalidades positivas. Nuevos campos económicos

9) La ética y los valores.

A). Los Valores: Libertad, igualdad y fraternidad

B). Fraternidad vs intereses individuales

10). Conclusión

# CAPÍTULO I. EL PARADIGMA AMBIENTAL

## **I) La Naturaleza como recurso escaso.**

La “naturaleza” es el vocablo más utilizado cuando se comienza a estudiar la crisis que debemos describir. Por ello lo mantendremos en este capítulo inicial, pero el objeto de análisis es el ambiente como sistema. No se refiere a un aspecto específico, sino a una multiplicidad de factores que explican la crisis del mundo en que vivimos. Por eso se incluyen temas tradicionales como la protección de las especies o el cambio climático, y otros menos conocidos, como la pérdida de control de la mente, la cultura o las instituciones.

Existe una interrelación muy estrecha entre el sistema natural, económico, social, político, lo que también alcanza al individuo en sus aspectos físicos y síquicos.

Este enfoque no es novedoso, porque ya estaba presente en Leonardo Da Vinci, que hablaba del macrocosmos y el microcosmos, es decir, de la armonía entre el ser humano y su entorno. De igual modo se pensaba en la cultura de los pueblos originarios de América o en la filosofía de la India alrededor del Ganges en el año 500 antes de Cristo o en la China de Confucio.

Esta perspectiva se acotó durante el siglo XX ya que se pensó que el tema ambiental se reducía a la naturaleza, y a algunas partes muy específicas, como el cuidado de las ballenas o de los pingüinos. Ello condujo a un aislamiento del tema<sup>3</sup>.

En la actualidad, la perspectiva es sistémica y se enfoca en poner de acuerdo la economía, la sociedad y el ambiente.

El cambio de paradigma ocurre porque mudan dos presupuestos básicos sobre los cuales se ha construido gran parte de la cultura occidental:

1. La naturaleza ya no es “fuerte” sino “débil” frente al potencial humano
2. La naturaleza ya no es “ilimitada”, sino “escasa”

---

<sup>3</sup> Este enfoque permite superar algunas objeciones que se hicieron a la noción de “naturaleza”, aislada del contexto político y social. Ver Swyngedouw, Erik. "La naturaleza no existe. La sostenibilidad como síntoma de una planificación despolitizada". Revista Urban (Madrid), N° 1, 2011, pp. 41-66.

## 1). La naturaleza como débil necesitado de protección

En la historia de la humanidad hubo temor a la naturaleza, identificada con los dioses durante el animismo, y posteriormente con una fuerza incontrolable para las personas.

En el siglo XX hubo un cambio notable, ya que se tuvo conciencia de que puede ser dominada y dañada por el ser humano.

La naturaleza aparece como un sujeto vulnerable, necesitado de protección. En la comunidad científica, se afirma que hemos llegado a las fronteras del desarrollo poniendo en riesgo el funcionamiento del ecosistema<sup>4</sup>. En el ámbito religioso, el Papa Francisco, por ejemplo, dice que hay que escuchar el “gemido de la hermana tierra que se une al gemido de los abandonados del mundo”<sup>5</sup>.

Este hecho, que gradualmente va siendo admitido a nivel global, da lugar a un sistema jurídico basado en la tutela de la naturaleza, sea mediante normas constitucionales, legales, principios de interpretación o limitaciones en el ejercicio de los derechos de propiedad y del consumo.

## 2). La naturaleza como recurso escaso

El segundo presupuesto que ha cambiado se refiere al carácter ilimitado de los recursos naturales.

En numerosas culturas antiguas hubo un respeto de la “madre tierra” y del entorno dentro del cual se desenvolvían las actividades humanas. Sin embargo, a partir de la revolución industrial la acción humana adquirió un potencial enorme, que nadie consideró prudente limitar porque se pensaba que el contexto lo soportaba.

En los tiempos actuales hay evidencias suficientes como para afirmar que los recursos son limitados y que no toleran cualquier tipo de acción. Examinando la evolución histórica, Harari<sup>6</sup> afirma que, para proporcionar a cada uno de los habitantes del planeta el mismo nivel de vida que actualmente

---

<sup>4</sup> Los numerosos informes sobre calentamiento global y cambio climático son una buena muestra de ello.

<sup>5</sup> Encíclica “Laudato si”, sobre el cuidado de nuestra casa común”, num 53, Papa Francisco, Roma, 24/05/2015. La Universidad del Salvador, organizó las “Jornadas Humanismo y Medio Ambiente. Reflexiones desde la Encíclica Laudato Si de S.S. Francisco”, que tuvieron lugar en la Ciudad de Buenos Aires, los días 8 y 9 de septiembre de 2015, bajo el rectorado del doctor Juan Alejandro Tobías, fruto de la cual es una obra colectiva, publicada por Ediciones Universidad del Salvador, en octubre 2015, que contiene las exposiciones realizadas en dicho Encuentro. La Carta Encíclica Laudato Si, fue publicada íntegramente, en la Revista de Derecho Ambiental N° 43, Julio/ Septiembre de 2015, p. 278- 351, Abeledo- Perrot.

<sup>6</sup>HARARI, Yuval Noah, “Homo Deus. Breve historia del mañana”, DEBATE, 2017 (6° edición), p. 239.

tienen los norteamericanos prósperos, necesitaríamos unos cuantos planetas más.

Este hecho tiene implicancias culturales extraordinarias: la naturaleza, como un todo, es un recurso escaso.

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

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

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

### **3). Los datos de la crisis ambiental.**

Los dos presupuestos anteriores tienen su base en la “crisis ambiental” que describiremos omitiendo datos que son conocidos, con la finalidad de mantener la brevedad del texto.

#### **A). La homogeneidad avanza sobre la diversidad**

La biodiversidad se está perdiendo a pasos agigantados.

En todas las ramas de las ciencias se va consolidando este diagnóstico: se han perdido especies de animales, de plantas, de prácticas culturales, de idiomas.

En los últimos tiempos ha llamado la atención el análisis macro-histórico tomando en cuenta el rol del “homo sapiens”, que fue creciendo de tal modo que ha sido el principal depredador.

Harari<sup>7</sup> describe lo que sucedió en América: “Homo sapiens fue la primera y única especie humana en alcanzar la masa continental del hemisferio occidental, a la que llegó hace unos 16.000 años, es decir, alrededor de 14000 a.C. Los primeros americanos llegaron a pie, gracias a que en aquella época el nivel del mar era lo bastante bajo para que un puente continental conectara el nordeste de Siberia con el noroeste de Alaska. No es que la travesía fuera fácil; el viaje era arduo, incluso más si cabe que la travesía hasta Australia. Para emprenderlo, los sapiens tuvieron primero que aprender a soportar las extremas condiciones árticas del norte de Siberia, una región en la que el sol no luce nunca en invierno, y en la que la temperatura puede

---

<sup>7</sup> HARARI, Yuval Noah; “De animales a dioses. Breve historia de la humanidad”, Debate – 2018 (13ª edición), p. 87- 89

descender hasta —50 grados Celsius....Sin embargo, toda esa diversidad desapareció. Dos mil años después de la llegada de los sapiens, la mayoría de estas especies únicas se habían extinguido. Según estimaciones actuales, en este corto intervalo Norteamérica perdió 34 de sus 47 géneros de mamíferos grandes y Sudamérica perdió 50 de un total de 60. Los felinos de dientes de sable, después de haber prosperado a lo largo de más de 30 millones de años, desaparecieron, y la misma suerte corrieron los perezosos terrestres gigantes, los enormes leones, los caballos americanos nativos, los camellos americanos nativos, los roedores gigantes y los mamuts. Tras ellos, miles de especies de mamíferos, reptiles y aves de menor tamaño e incluso insectos y parásitos se extinguieron también (cuando los mamuts desaparecieron, todas las especies de garrapatas de mamuts cayeron en el olvido)”.

También es importante considerar el aspecto económico. En algunos sectores se advierte la pérdida de diversidad productiva, como, por ejemplo, en el agro. La utilización de cereales transgénicos y las técnicas productivas en evolución, aumentan los incentivos para los cultivos tradicionales como la soja o el trigo, desapareciendo la diversidad originaria. Algo similar ocurre con la minería, ya que “A medida que avanzan las tecnologías de extracción de petróleo, gas, minerales y otros recursos naturales no biológicos y de localización de los yacimientos de esos recursos, incluso en regiones apartadas del planeta, en todas partes del mundo aumenta el número de actividades de la industria extractiva y se espera que en el futuro siga aumentando”<sup>8</sup>.

La diversidad cultural y lingüística están en el mismo proceso de homogeneidad, que diluye las particularidades locales. En ello está involucrada la identidad de los pueblos, y la de las personas, lo que se ha llamado “el sentimiento de estar en casa dentro de la ciudad que nos contiene y nos une”<sup>9</sup>.

Las ciudades se vuelven similares debido a numerosos factores. El transporte en general y el uso del automóvil en particular, la difusión de marcas comerciales globales asimila a los centros comerciales, y la estandarización del consumo que acelera el mismo proceso.

El fenómeno también se extiende a aspectos más intangibles, como la pérdida del silencio. La contaminación acústica y visual son cada vez más relevantes para el oído y el ojo humano generando un aturdimiento generalizado.

La expansión del mundo digital y la telefonía inteligente orientan a las personas hacia una monotonía que deteriora el pensamiento complejo, abriendo un lugar donde todos se miran hasta agotarse de sí mismos en el

---

<sup>8</sup> Asamblea de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente. Segundo período de sesiones. Nairobi, 23 a 27 mayo de 2016.

<sup>9</sup> “Laudato Si”, num. 151.

diluvio de información<sup>10</sup>. Es una máscara vacía como la descrita por Calvino<sup>11</sup>.

Existe un proceso muy potente encaminado hacia la homogeneidad que se traslada incluso a las conductas más específicas. Es un buen ejemplo examinar cómo los niños de todo el mundo desean los mismos celulares y juegan los mismos juegos, o el caso de los adultos en el que hay una internacionalización de las pautas de consumo similares.

### **B). La contaminación se propaga**

La contaminación se ha extendido a todos los niveles, y hay numerosas fuentes de información que corroboran este hecho.

El agua presenta niveles de contaminación preocupantes en todo el planeta. Las aguas submarinas, los mares, los lagos, los glaciares están sometidos a procesos que degradan su calidad y cantidad como recurso natural, a la vez que aumenta la demanda y disminuye la oferta.

Naciones Unidas lo ha expresado con toda claridad al enumerar sus esfuerzos<sup>12</sup>: "En lo relativo a los recursos y ecosistemas de agua dulce, costeros y marinos, se han establecido varias alianzas internacionales y otros marcos internacionales de colaboración bajo los auspicios de los convenios y planes de acción sobre mares regionales vigentes, y programas de mares regionales conexos, el Programa de Acción Mundial para la Protección del Medio Marino frente a las Actividades Realizadas en Tierra y otras iniciativas internacionales. Se concentran en problemas que son motivo de preocupación internacional, como la basura y los desechos marinos y el vertimiento de contaminantes y nutrientes en el medio marino producto de actividades realizadas en tierra. Al mismo tiempo, no obstante, no existe un marco jurídico internacional general para hacer frente a esos nuevos problemas, a no ser los marcos muy generales de cooperación internacional para el control de la contaminación marina previstos en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar.

Los océanos, los mares y las zonas costeras constituyen un componente integrado y esencial del ecosistema terrestre y son fundamentales para su sostenibilidad. Sin embargo, existe una creciente preocupación a escala internacional sobre cuestiones como la contaminación marina (incluidos los detritos marinos, y especialmente los plásticos), los contaminantes orgánicos persistentes, los metales pesados y los compuestos

---

<sup>10</sup> Byung-Chul Han "En el enjambre". Traducción de Raúl Gabás, Herder, Barcelona, 2014

<sup>11</sup> Calvino, Italo, "El caballero inexistente", Traducción Esther Benítez, Ed Siruela,

<sup>12</sup> Asamblea de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente. Segundo período de sesiones. Nairobi, 23 a 27 mayo de 2016

nitrogenados procedentes de diversas fuentes marinas y terrestres, entre ellas las actividades navieras y las escorrentías. Además, es necesario adoptar medidas colectivas para evitar la acidificación de los océanos y aumentar la resiliencia de los ecosistemas marinos.

Para hacer frente a los efectos del cambio climático y las demás presiones ambientales, se plantea la necesidad cada vez más apremiante de fortalecer los marcos jurídicos ambientales que sustentan la gobernanza, a fin de garantizar la salud de los ecosistemas, gestionar los usos conflictivos y brindar acceso adecuado y equitativo al agua potable y al suministro de agua.

En cuanto a la gestión ambientalmente racional de los recursos de agua dulce internacionales, se debería brindar más respaldo al Foro Internacional del Medio Ambiente para las Organizaciones de Cuencas, organizado por el PNUMA, la Red Internacional de Organizaciones de Cuencas y las organizaciones asociadas pertinentes, en particular con vistas a hallar solución a problemas comunes de las cuencas transfronterizas y los ecosistemas conexos. Asimismo, con posterioridad a la entrada en vigor en el año 2014 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación, deberían concertarse actividades para aplicar los principios y procedimientos establecidos en la Convención para aprovechar los vínculos y las sinergias con otros acuerdos multilaterales sobre el medio ambiente.

Los recursos biológicos acuáticos, en particular los recursos biológicos marinos, la pesca ilícita, no regulada y no declarada, la introducción de especies exóticas y la diversidad biológica en zonas situadas fuera de la jurisdicción nacional son algunas de las cuestiones clave que exigen proseguir la cooperación internacional que debe fomentarse bajo los auspicios de los acuerdos ambientales multilaterales pertinentes, así como de los tratados internacionales y otros instrumentos que rigen esos aspectos”.

En lo que hace a la conservación, restauración y utilización sostenible de los suelos, gracias a la colaboración con la secretaría de la Convención de las Naciones Unidas de Lucha contra la Desertificación en cuestiones de tierras áridas, el PNUMA prestó apoyo a la aplicación de la Convención y el logro de sus objetivos. Dada la importancia de la gestión sostenible y ambientalmente racional de los suelos para la seguridad alimentaria y el mantenimiento de los medios de subsistencia, se deberían seguir realizando y realizando esfuerzos a nivel internacional para abordar esa cuestión.

En relación con los bosques, se han tomado medidas para alcanzar la sostenibilidad ambiental, en el contexto tanto de adaptación al cambio climático como de la conservación y la gestión sostenible de la diversidad biológica, incluso por medio de las asociaciones internacionales de colaboración como el Programa de Colaboración de las Naciones Unidas para

Reducir las Emisiones debidas a la Deforestación y la Degradación Forestal en los Países en Desarrollo, conocido como el Programa ONU-REDD.”

También cabe considerar la contaminación atmosférica transfronteriza de carácter intercontinental, como la contaminación del ozono troposférico que es un problema hemisférico y no puede resolverse en el nivel regional porque el ozono y sus precursores se trasladan entre continentes<sup>13</sup>.

El impacto de la contaminación sobre la salud humana es cada vez más evidente, porque surgen nuevas enfermedades derivadas de nuestro modo de vida. Hay muchos investigadores<sup>14</sup> que sugieren que los agrotóxicos y los contaminantes atmosféricos, así como los alimentos y el estilo de vida, crean un entorno propicio para que ello ocurra<sup>15</sup>.

Junto con el patrimonio natural, existe un patrimonio histórico, artístico y cultural y bellezas escénicas igualmente amenazadas a las que se debe cuidar y proteger. Por eso, la ecología también supone el cuidado de las riquezas culturales de la humanidad en su sentido más amplio<sup>16</sup>.

El paisaje también está contaminado por la superposición de agregados de todo tipo que distorsionan una visión que permita una mínima identidad y goce. La actividad humana interfiere constantemente con el paisaje: la extensión incontrolada de la urbanización, la expansión de la publicidad en los ambientes urbanos y rurales, las infraestructuras de transporte (rutas, autopistas, puentes, etc), la simplificación de los paisajes agrarios, la explotación salvaje del suelo, el abandono en las explotaciones minerales, el turismo y toda la infraestructura hotelera.

El paisaje es extremadamente vulnerable, ya que está en un delicado equilibrio ecológico. Su degradación se produce cuando aceleramos los flujos de los elementos minerales que lo atraviesan o cuando reducimos el número de especies de su biocenosis.

Cuando un bosque pierde el canto de los pájaros, parte del paisaje muere un poco. Cuando un arroyo pierde la calidad de sus aguas, el paisaje muere un poco. Cuando un valle es cruzado por una carretera, el paisaje muere un poco. Cuando una sierra es cruzada por un tendido eléctrico, el paisaje muere un poco.

---

<sup>13</sup> Asamblea de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente. Segundo período de sesiones. Nairobi, 23 a 27 mayo de 2016.

<sup>14</sup> Devra Davis, “The Secret History of the war of cáncer”, sec ed. 2007, basic books. Esta autora tiene varios textos sobre la cuestión ambiental y las enfermedades.

<sup>15</sup> Encíclica Laudato si, núm 20.

<sup>16</sup> (Preámbulo de la Declaración de Edimburgo; y Preámbulo y Artículo 3 del Protocolo Antártico del Tratado Antártico sobre Protección del Medio Ambiente)

El impacto negativo de las obras de infraestructura edilicias, puede concretarse en dos puntos: deterioro del paisaje y agresiones a la avifauna. En definitiva, la intrusión producida sobre el paisaje por el conjunto de líneas formadas por el volumen de los edificios torres y de obras de infraestructura comunitaria, que constituye la forma normal de desarrollo urbano de estos últimos tiempos, origina una rotura brusca del equilibrio natural y de su armonía estética.

El paisaje se transforma en agresivo e inarmónico, llevando al espíritu del espectador la inquietud de la violación consumada en la madre naturaleza.

En las ciudades hay un crecimiento acelerado y, por lo tanto, difícil de organizar, haciendo que el entorno ambiental y social sea contaminado. El ruido, las emisiones tóxicas, la proliferación de mensajes de todo tipo, la reducción de espacios verdes, son factores evidentes.

### **C). El desequilibrio desplaza al equilibrio**

Es perceptible que hay un desequilibrio en el orden natural que desplaza al equilibrio, entendido como lo que conocíamos; en realidad se está construyendo un nuevo equilibrio homeostático en el que se requieren nuevas adaptaciones.

La naturaleza, ha perdido capacidad de resiliencia, es decir, de mantener su propia identidad y el equilibrio del sistema se está quebrando. Por eso vemos tormentas y huracanes que sorprenden, inviernos helados, veranos agobiantes; todo va hacia los extremos. Hay sitios donde hay demasiada agua y se provocan inundaciones y hay otros en los que ya no alcanza para vivir. Por exceso o por defecto, vemos una alteración de la armonía natural.

Los bienes ambientales también están sometidos a tensiones que alteran su equilibrio. Un buen ejemplo es el agua potable: la demanda de agua aumenta porque la población mundial ha crecido exponencialmente y los usos industriales son cada vez más intensos y el uso no es eficiente porque hay mucho desperdicio; por otro lado, la oferta disminuye, porque las áreas desérticas han aumentado por efecto de la deforestación, los ríos y napas están contaminados, los glaciares retroceden, el cambio climático está calentando el planeta.

El Papa Francisco ha señalado, con referencia al calentamiento global<sup>17</sup>: “En las últimas décadas, este calentamiento ha estado acompañado del constante crecimiento del nivel del mar, y además es difícil no relacionarlo con el aumento de eventos meteorológicos extremos, más allá de que no pueda atribuirse una causa científicamente determinable a cada fenómeno particular.

---

<sup>17</sup> Encíclica Laudato si, num 23.

#### D). La aceleración desplaza la previsión

La aceleración del tiempo es innegable en todos los campos<sup>18</sup> y han cambiado los presupuestos sobre cuya base se hacían predicciones económicas, técnicas, jurídicas, y políticas. Nadie sabe muy bien en qué dirección va el desarrollo ni cuáles serán sus consecuencias.

Para apreciar este fenómeno en la tecnología es interesante comparar la experiencia cotidiana.

Una persona de que hoy tiene noventa años tuvo una infancia donde no existían las cocinas, heladeras, aire acondicionado, trasplantes de corazón, automóviles, teléfonos, aviones, viajes a la luna, televisión. El cambio ha sido impresionante y tuvo que adaptarse.

Una persona que hoy tiene treinta años asistió al nacimiento de los teléfonos inteligentes, Internet, Google, You Tube, Amazon, Facebook, tecnologías médicas increíbles, automóviles no guiados; las series en Netflix, la moneda electrónica. La música, por ejemplo, pasó en pocos años desde el disco en vinilo, al cassette, al cd, al streaming actual en el que los soportes materiales son irrelevantes. El surgimiento de las redes sociales alteró totalmente los vínculos interpersonales. La inteligencia artificial ha derrotado al cerebro humano en el ajedrez, el desplazamiento de trabajos tradicionales puede llegar a ser masivo.

Cuando todo este cambio se aprecia con cierta distancia, nos damos cuenta que no se trata sólo de un avance evolutivo de variables conocidas.

Es una nueva plataforma tecnológica totalmente diferente que organiza la vida cotidiana, la sociedad, el mercado y la gobernabilidad política.

Las instituciones están cambiando sustancialmente por efecto de la globalización y la tecnología, lo cual tiene impacto sobre las decisiones ambientales. Existe una transmisión muy rápida de los fenómenos de un lugar del mundo al otro generando cambios permanentes. Frente a esa velocidad, las decisiones institucionales son lentas, trabajosamente logradas. Por eso vemos Estados enteros que se vuelven inviables, crisis de gobiernos, un verdadero “desorden global”. Este fenómeno explica en gran medida las decisiones que se adoptan para autopreservarse, con impactos muy negativos sobre el progreso en la tutela del ambiente.

El cambio climático es también acelerado.

El “Holoceno” es un concepto utilizado para describir el período que se inicia después del último período glacial, hace unos diez mil años y es un tiempo razonablemente cálido y estable. Sobre estas bases se ha construido lo que llamamos “civilización”.

---

<sup>18</sup> Hay numerosa literatura sobre este tema. Por todos ver Friedman, Thomas, “Thank you for being late”, First Picador Ed. Oct 2017

El “Antropoceno” es un término que llama la atención sobre el hecho de que, a partir de la revolución industrial, el impacto de la acción humana sobre la naturaleza ha sido significativo.

El paso del “Holoceno” al “Antropoceno”, es extremadamente rápido y sus consecuencias son desconocidas.

Estamos viviendo las consecuencias ambientales de las primeras acciones humanas basadas en la primera etapa de la revolución industrial, pero no sabemos cuál va a ser el panorama dentro de cincuenta años, cuando se hagan concretos los efectos de lo que hacemos ahora.

Todo este proceso es preocupante porque, la mayor parte de las decisiones, por una multiplicidad de factores complejos son adoptadas por gente joven que se desenvuelve, muchas veces en ámbitos institucionales ajenos o extraños a sus intereses o formación.

Es la primera vez en la historia de la humanidad en que una generación transmite el conocimiento a la anterior. Es lo que sucede con la tecnología, que evoluciona tan rápido que los niños les enseñan a sus padres cómo manejar el celular, la computadora o los juegos.

Esta afirmación se refiere a la técnica, pero no a la sabiduría, ya que los problemas de envidias, celos, disputas de poder, o la desorientación espiritual son similares, ya sea en la época de Sócrates, la de Shakespeare o en la actual.

La sabiduría no es acumulación de datos, porque más vacío está el corazón, más necesita objetos para comprar, poseer y consumir<sup>19</sup>.

Por esta razón advertimos que se avanza en la tecnología y se retrocede en los valores.

Este es uno de los grandes debates de nuestro tiempo, porque no se trata de una necesidad de adaptarse, sino de una gran dislocación, un movimiento tectónico que altera los presupuestos sobre los cuales se ha desarrollado la experiencia humana.

Existe una interacción entre la evolución tecnológica, económica y ambiental que tiene una escala cuantitativa y cualitativa que resulta inabarcable para la experiencia humana tradicional.

La perspectiva filosófica, ética, valorativa es cada vez más urgente para dar un sentido razonable a la evolución humana y natural.

## **II). Conflicto y Falsos dilemas**

---

<sup>19</sup> Encíclica Laudato Si, núm 47 y 204.

Debemos tener en cuenta que esta es la primera generación que tiene el conocimiento del riesgo de colapso ambiental y, muy probablemente, la última que puede hacer algo para evitarlo.

El panorama descrito brevemente debería ser lo suficientemente preocupante para que nos ocupemos seriamente de su estudio para elaborar una nueva herramienta teórica, al menos en el campo jurídico.

Lo que está ocurriendo es casi lo contrario: el replanteo de falsos dilemas que oscurecen la solución.

Repasaremos algunos de estos aspectos.

### **1). Consenso declarativo y disenso práctico.**

La cuestión ambiental presenta una paradoja: todos están en favor del ambiente, pero los datos muestran que el deterioro derivado de la acción humana es cada vez mayor.

Existe un consenso declarativo y un disenso práctico.

Las declaraciones existentes en los convenios internacionales y en la denominada “corrección” política e institucional, nos ofrecen una “comunis opinio”: la naturaleza debe ser protegida.

Las acciones prácticas, en cambio, presentan un panorama completamente distinto.

En muchos casos se presenta un objetivo de desarrollo que oculta los efectos ambientales. Por ejemplo: cuando se dice que hay una gran oportunidad de explorar el Artico, viajar por el Polo Norte, vivir experiencias increíbles, pero en la realidad, existe un peligro enorme derivado del deshielo de ambos polos, Artico y Antártico.

En otros se siembra la duda científica, se afirma que no hay pruebas de que exista un riesgo ambiental, y que la técnica irá a solucionar todos los problemas; nada que temer.

Esta breve descripción es suficiente para señalar que un aspecto importante consiste en desmontar estas estrategias de ocultamiento y presentar las opciones de modo más claro, para que se puedan adoptar decisiones basadas en un análisis claro de los riesgos y beneficios.

En el Derecho se observa una dualidad similar.

El campo declarativo es el de las emociones. Sentir que la Tierra está en peligro, plantear límites al desarrollo, identificar ideales, y luchar por ellos es la tarea de la mayoría de quienes abordan este tema. Este enfoque se propone un objetivo de concientización, para lo cual comienza señalando los riesgos que afronta el ambiente. Luego de ello se sigue con un señalamiento de los valores en juego: el desarrollo o la preservación de la naturaleza.

Se trata de un diagnóstico y de una contraposición de valores.

Esta metodología ha tenido influencia en la legislación, en la que abundan frases de tipo retórico, adopción de valores y legislación por objetivos. Ha sido muy positivo a los efectos de identificar los problemas y crear conciencia.

Los críticos de este enfoque han señalado su ineffectividad. Se ha dicho que el derecho de los tratados ambientales es un "derecho blando", porque utiliza programas, objetivos, verbos potenciales, generalidades políticas<sup>20</sup>, y por ello los países los suscriben, pero no se sienten realmente obligados.

Se ha observado<sup>21</sup> que este tipo de leyes fallan a la hora de lograr soluciones concretas. En algunos casos fallan por exceso, al establecer salvatajes ambientales que deterioran otros bienes a un alto costo; en otros, por defecto, al no atacar los verdaderos problemas, y en la mayoría, por improvisación, usando todo tipo de medidas para atacar el problema, esperando que suceda lo mejor, pero sin tener un análisis sistémico.

Muchas críticas son exageradas o bien inadecuadas en la medida en que el enfoque declarativo se aplica a un campo distinto del analítico, y si bien es útil para el tratamiento de materiales axiológicos, no lo es en el diseño de herramientas técnicas.

Asimismo, en el plano analítico tampoco hay demasiada claridad al respecto. Las nociones son rudimentarias para contemplar adecuadamente las constelaciones de problemas vinculados que se presentan y es por ello que muchas soluciones se hallan controvertidas.

Por ejemplo, se ha señalado que es urgente estabilizar la población, ya que en un futuro no muy lejano no habrá suficientes recursos y se llegará a un punto crítico<sup>22</sup>. Como derivación de esa premisa se proponen medidas drásticas en materia de control de natalidad. La hipótesis de que la población tenga un impacto global tan decisivo en términos ambientales ha sido controvertida ampliamente en la conferencia sobre población que realizaron las Naciones Unidas en 1994 en la ciudad de El Cairo. Aun si se admitiera, también se controvierten los mecanismos de control, puesto que se puede regular la población directamente (control de nacimientos, subsidios e incentivos) o bien las externalidades asociadas a su crecimiento.

La idea de que el progreso trae deterioro ambiental y que en consecuencia hay que volver a la infancia de la humanidad, ha sido

---

<sup>20</sup> Conf. ESTRADA OYUELA, Raul, "Notas sobre la evolución reciente del derecho ambiental internacional", en AZ. edit. Bs.As.1993, pag. 6)

<sup>21</sup> Hahn, Robert, "Toward a new environmental paradigm", "The Yale law journal, may.1993, pag. 1719).-

<sup>22</sup> GORE, Albert, "Earth in balance: Ecology and the human Spirit", Boston, H.Mifflin, 1992, pag. 30 y ss

ampliamente cuestionada. Se afirma, por ejemplo, que las sociedades más desarrolladas han disminuido su crecimiento poblacional y mejorado el ambiente; consecuentemente hay que introducir instituciones económicas que favorezcan el funcionamiento del mercado y que produzcan riqueza<sup>23</sup>. También se ha señalado que no hay una relación directa entre el progreso técnico y el deterioro ambiental, puesto que los países subdesarrollados deterioran el medio ambiente más que los que están desarrollados<sup>24</sup>.

Otras soluciones presentan problemas técnicos para ser implementadas. Por ejemplo, se propone imputar la externalidad negativa a la empresa o al país que deteriora el ambiente; sin embargo, es difícil la medición de la degradación ambiental, del daño o del costo. Es complejo establecer cuál es el índice de consumo de recursos naturales de una Nación<sup>25</sup>.

La solución a estos debates pasa por lograr una protección eficaz y eficiente.

Señala Benjamin<sup>26</sup> que la cuestión ambiental tiene innumerables facetas, entre las cuales identifica el trabajo "analítico", que sirve para estudiar el medio ambiente y su deterioro, y el "protectorio", que busca mecanismos eficientes para evitar la degradación y mejorar la calidad del medio ambiente. Seguidamente manifiesta que lo que interesa en esencia al Derecho, es la protección ambiental.

Por nuestra parte, hemos distinguido entre el enfoque "retorico" y "analítico", entre el debate "axiológico" y el "técnico-instrumental". Ambos pueden estar encaminados a la protección y sin duda es así. Pero es necesario coordinar la protección con la eficiencia y la eficacia. Por ello Benjamin habla bien de "protección eficiente".

Es decir que lo que se debe hacer es identificar el bien jurídico protegido y luego fijar los instrumentos para que ese objetivo sea cumplido con eficacia.

## **2). El conflicto intergeneracional.**

El conflicto entre generaciones es cada vez más evidente.

Las personas que son adultas en la primera mitad del siglo XXI están adoptando decisiones que impactarán seriamente en el modo de vida de quienes vivan en la segunda mitad del siglo o en el siguiente. Es altamente

---

<sup>23</sup> Hahn, op cit, pag 1728

<sup>24</sup> LOVELOCK, James, "La tierra es un ser viviente: la hipótesis Gaia", Rocher, 1986.-

<sup>25</sup> Hahn, op cit

<sup>26</sup> BENJAMIN, Antonio, "Funcao ambiental", en "Dano Ambiental. Prevencao, reparacao, e repressao", Ed Rev. Dos Tribunais, Sao Paulo, 1993, pag 49

probable que no puedan disfrutar de numerosos recursos que se agotarán, o no podrán ver paisajes de los que hoy disfrutamos.

Este problema ya se ha dado con anterioridad en numerosas áreas del planeta.

Cuando los españoles llegaron a Perú y Bolivia en el siglo XVI, buscaban oro y plata que encontraron en abundancia y ello provocó un período de riqueza considerable para esa generación, aunque fue desigualmente repartida. Pero lo agotaron y la generación siguiente ya no pudo disfrutar de ese recurso y generó la pobreza extrema en la región que quedó devastada.

Cuando muchos países europeos llegaron en los siglos XVIII y XIX a distintas regiones de Africa encontraron riquezas que explotaron y agotaron. El continente africano se empobreció para la generación que vivió en el siglo XX y hoy vemos como esas personas van emigrando hacia Europa en una ola indetenible. En definitiva, están cobrando la deuda de la generación anterior, ya que no tienen ningún futuro posible en sus tierras empobrecidas.

Estos ejemplos abundan en todo el planeta.

El problema central es que las políticas públicas no tienen en cuenta una perspectiva de mediano y largo plazo y no están las generaciones futuras para defenderse de las conductas actuales que los van a perjudicar en el futuro.

Por ello es tan importante dar una legitimación a las generaciones futuras en los procesos judiciales e incorporar la visión de largo plazo en las decisiones.

En este sentido, dice el Papa Francisco<sup>27</sup> “La noción de bien común incorpora también a las generaciones futuras. Las crisis económicas internacionales han mostrado con crudeza los efectos dañinos que trae aparejado el desconocimiento de un destino común, del cual no pueden ser excluidos quienes vienen detrás de nosotros. Ya no puede hablarse de desarrollo sostenible sin una solidaridad intergeneracional”.

Este problema es de muy difícil solución, porque las futuras generaciones no están presentes y porque no sabemos cuál va a ser el impacto de lo que estamos haciendo ahora.

Las mejores estrategias actuales se enfocan en hacer visible el conflicto.

En el aspecto institucional es posible crear la figura del representante de las generaciones futuras, o dar legitimación a organizaciones no gubernamentales, es decir, “voces del futuro”.

---

<sup>27</sup> Laudato Si, num 159

En el campo científico es importante la perspectiva temporal, es decir, cuáles serán los efectos de una medida en diferentes escenarios futuros.

### 3). El conflicto intrageneracional.

El conflicto global intrageneracional hace referencia al problema de las relaciones “Norte/Sur”. Expresado de modo ciertamente simplista, el razonamiento es el siguiente: a) el hemisferio Norte se ha desarrollado y enriquecido en virtud de haber explotado los recursos naturales del hemisferio Sur. b). el hemisferio sur necesita desarrollarse y no puede hacerlo en base a los recursos naturales agotados o bien hay exigencias de cumplimiento de normas ambientales que exige el Norte y que el Sur no puede cumplir; c) existe una deuda ambiental de gran volumen económico a cargo del Norte cuyo acreedor es el Sur.

En este sentido la Encíclica Laudato Si afirma: “La inequidad no afecta sólo a individuos, sino a países enteros, y obliga a pensar en una ética de las relaciones internacionales. Porque hay una verdadera “deuda ecológica”, particularmente entre el Norte y el Sur, relacionada con desequilibrios comerciales con consecuencias en el ámbito ecológico, así como con el uso desproporcionado de los recursos naturales llevado a cabo históricamente por algunos países”<sup>28</sup>.

Por esta razón se ha elaborado un principio de responsabilidades comunes de todos los países en el cuidado del ambiente, pero diferenciadas en cuanto a su aporte: “En vista de que han contribuido en distinta medida a la degradación del medio ambiente mundial, los Estados tienen responsabilidades comunes pero diferenciadas. Los países desarrollados reconocen la responsabilidad que les cabe en la búsqueda internacional del desarrollo sostenible, en atención a las presiones que sus sociedades ejercen en el medio ambiente mundial y de las tecnologías y los recursos financieros de que disponen”<sup>29</sup>.

La idea de una “deuda ecológica” no es pacífica; por el contrario, es rechazada ampliamente por numerosos sectores, sobre todo por quienes resultarían deudores.

La tendencia en las relaciones económicas internacionales incorpora exigencias de cumplimiento de estándares ambientales en productos y servicios, lo cual es costoso para los países que tienen que desarrollarse. Es

---

<sup>28</sup> Encíclica Laudato Si. núm. 51.

<sup>29</sup>“Principios Jurídicos Medioambientales para un Desarrollo Ecológicamente Sostenible”. Aprobados por la Asamblea Plenaria en la XIX versión de la Cumbre celebrada en Quito, Ecuador los días 18, 19 y 20 de abril de 2018. Principio 7 de la Declaración de Río; Convención sobre Cambio Climático y su Protocolo; Convenio para la Protección de la Capa de Ozono; y Puntos 15 y 199 de la Declaración de Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible, Río + 20.

decir, si bien son medidas saludables, actúan como una barrera “para arancelaria” y son rechazadas por muchos países y empresas.

El problema exige repensar el desarrollo económico y replantear la idea de una “economía verde”, que no se trata de la misma economía con más exigencias, sino de una nueva economía.

#### 4). Igualdad vs ambiente.

Es frecuente escuchar que primero hay que lograr la igualdad y por eso hay que dejar el cuidado del ambiente para más adelante, lo cual no tiene un fundamento serio.

En todos los documentos elaborados durante los últimos años se afirma que la defensa del ambiente está conectada con la de la igualdad.

Es preciso tener en claro que la degradación del ambiente genera una nueva clase de pobreza, sea por el agotamiento de los recursos o por las catástrofes ambientales.

“Muchos pobres viven en lugares particularmente afectados por fenómenos relacionados con el calentamiento, y sus medios de subsistencia dependen fuertemente de las reservas naturales y de los servicios ecosistémicos, como la agricultura, la pesca y los recursos forestales. ...Es trágico el aumento de los migrantes huyendo de la miseria empeorada por la degradación ambiental, que no son reconocidos como refugiados en las convenciones internacionales y llevan el peso de sus vidas abandonadas sin protección normativa alguna”<sup>30</sup>.

Esta cuestión ha sido gradualmente incorporada en numerosas declaraciones<sup>31</sup>. “Se consideran en condición de vulnerabilidad a aquellas personas, grupos y comunidades con capacidad disminuida de resiliencia a los efectos ambientales o de eventos extremos ya sea por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, ambientales, económicas, étnicas y/o culturales, que a la vez contribuyen a especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico. El juez debe tener en cuenta que las normas reglamentarias expedidas por el Estado no siempre logran la salvaguarda de los grupos vulnerables<sup>32</sup>. En el marco de la OEA los Estados

---

<sup>30</sup> Laudato Si, num 93

<sup>31</sup> Declaración de Río; Principio 15 de la Declaración de Estocolmo; Artículos 7 N°2 y N°4 y 32 de la Comisión de Expertos, Observación general sobre el Convenio N°169; Principio 12 de la Convención sobre Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestre; Sección III, Artículo 26 de la Agenda 21 Naciones Unidas; y Punto 58 letra k) y 268 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible, Río + 20)

<sup>32</sup> Caso “ACUMULADORES AJAX”, Tribunal Superior de Justicia del Brasil, contaminación por plomo RECURSO ESPECIAL N° 1.310.471 - SP (2011/0293295-2)

miembros han asumido el compromiso de promover la igualdad de oportunidades para todos los grupos vulnerables<sup>33</sup>. Entre estos grupos se podrían incluir las poblaciones indígenas, los jóvenes, minorías en desventaja racial o étnica (incluyendo las poblaciones en desventaja de ascendencia africana) y otros grupos tradicionalmente marginados<sup>34</sup>.

En definitiva, “todo planteo ecológico debe incorporar una perspectiva social que tenga en cuenta los derechos fundamentales de los más postergados”<sup>35</sup>.

## 5). Desarrollo vs ambiente

La contraposición entre el desarrollo y la protección ambiental genera un debate polarizado y fuerte.

Por un lado se dice que el desarrollo es necesario y no puede ser detenido por la protección ambiental; por el otro, se afirma que el ambiente tiene prioridad y habría que volver a una suerte de sociedad “natural”.

Estas premisas son falsas.

El desarrollo no puede ser ilimitado, ya que es necesario tener una guía acerca de los bienes en juego y los valores comprometidos. Lo que se ha ido perdiendo en los últimos años es justamente esa orientación, ya que la aceleración de múltiples factores impide tener una predicción fundada. Por ejemplo, dice Harari<sup>36</sup> “nadie sabe dónde está el freno. Aunque algunos expertos están familiarizados con los avances en un ámbito determinado, sea este la inteligencia artificial, la nanotecnología, los datos masivos (*big data*) o la genética, nadie es un experto en todos ellos. Por lo tanto, nadie es realmente capaz de conectar todos los puntos y ver la imagen entera”.

Por otra parte, el desarrollo suele ser pensado en función de una variable, pero sin pensar en el sistema. Por ejemplo, se desarrolla la soja y para eso se hacen monocultivos, se suprimen los bosques, se trabaja intensivamente la tierra, pero el efecto colateral y sistémico se hace presente en pocos años, mediante la desertificación o bien su opuesto, las inundaciones. La naturaleza es un sistema: “Por ejemplo, todos los años crece aproximadamente la misma cantidad de hierba en un valle determinado. La hierba sustenta a una población de unos 10.000 conejos en la que hay suficientes conejos lentos, tontos o infortunados para proporcionar presas a un centenar de zorros. Si un zorro es muy diligente y captura más conejos de lo habitual, probablemente

---

<sup>33</sup> AG/RES. 2312 (XXXVII-O/07) Declaración de Santa Cruz +10 (Primera Reunión Interamericana de Ministros y Altas Autoridades de Desarrollo Sostenible)

<sup>34</sup> Estrategia interamericana para la promoción de la participación pública en las decisiones sobre desarrollo sostenible CIDI/RES. 98 (V-O/00),

<sup>35</sup> Laudato Si, núme 93

<sup>36</sup> HARARI, Yuval Noah, “Homo Deus. Breve historia del mañana”, Ed Debate, 2016, p. 64.

otro zorro se morirá de hambre. Si todos los zorros consiguen capturar más conejos simultáneamente, la población conejil se derrumbará, y al año siguiente muchos zorros morirán de hambre. Aunque existen fluctuaciones ocasionales en el mercado de conejos, a la larga los zorros no pueden confiar en cazar, pongamos por caso, un 3 por ciento más de conejos por año que el año anterior”<sup>37</sup>.

La idea de “desarrollo sustentable” y de “consumo sustentable” está basada justamente en la necesaria ponderación entre la necesidad de riqueza y los límites que deben respetarse.

El ambientalismo extremo, que propone volver a una sociedad que sólo viva de lo que produce la naturaleza, sin alternación humana, no puede dar una solución a la pobreza ni a las demandas de miles de personas que, en todo el planeta, reclaman por mejores productos y servicios.

Nuevamente, no hay solución mediante la polarización.

## 6). Conflictos irresolubles y polarización.

El repaso de los debates nos permite apreciar un problema más profundo, que es el de la polarización entre posiciones diferentes.

El análisis de este aspecto puede concentrarse en lo que cada sector dice, o bien en adoptar una de las dos o tres posiciones o bien en el procedimiento para que esa distancia se reduzca. Este último aspecto es el que nos interesa, porque se trata de un diseño institucional que favorezca el entrecruzamiento de posiciones.

La falta de interacción entre opiniones contrapuestas nos ubica ante el riesgo de caer en los extremos, de ser militantes de verdades parciales, de perder la visión de conjunto.<sup>38</sup> En las sociedades actuales se favorece el aislamiento que conduce a posiciones extremas porque sólo escuchamos aquello que reproduce las ideas que ya tenemos<sup>39</sup>.

El consenso no significa que todos, inicialmente, pensemos igual, sino que es el resultado final del encuentro de opiniones divergentes que interactúan: “consenso entrecruzado”<sup>40</sup>. Para que ello sea posible es necesario un espacio imaginario donde cada uno expone los conflictos, y todos aprendemos a escuchar al otro.

---

<sup>37</sup> Harari, Yuval Noah, “Homo Deus. Breve Historia del mañana”, Ed Debate, 2016, p. 230.

<sup>38</sup> Esta es una de mis preocupaciones más afianzadas, que he mantenido en la Corte y en numerosos discursos.

<sup>39</sup> SUNSTEIN, Cass, “Going to the extremes”, Oxford Univ Press, New York, 2009; del mismo autor “republic.com”, Princeton Univ Press, N. Jersey, 2001.

<sup>40</sup> Rawls, John, “Justice as Fairness. A Restatement”, Erin Kelly, Harvard Univ Press, 2001.

También es preciso un cuerpo de criterios de procedimientos básicos que cumplan la función de un lenguaje común. Un buen ejemplo es si uno se imagina que los animales de la selva tuvieran que elegir a la reina de la belleza: el león diría que debería elegirse a la que tuviera mayor melena y mejor rugido; la jirafa a la que tuviera el cuello más alto; la cebra a la que tuviera más rayas; el pájaro a la que supiera volar más alto. Si no se puede acordar un criterio único, no hay concurso.

Esta práctica genera el roce entre visiones diferentes, un aumento de la flexibilidad de las partes y un incremento de las opciones de solución.

Para que ello sea posible es necesario entender la importancia que tiene el debate en una sociedad y admitir ciertos mecanismos que permitan la ponderación, es decir, saber que muy posiblemente nadie tenga toda la razón absoluta y haya que buscar un punto de equilibrio.

Es suficiente con dirigir nuestra mirada hacia cualquier discusión para detectar cuáles son los problemas.

El primero es que tratamos de evitar que el otro opine, y por eso es importante garantizar la libertad de expresión, como derecho de todo ciudadano, cualquiera sea su condición, como veremos más adelante.

El segundo es que presentamos los argumentos de modo unilateral lo que implica ignorar la idea de un contraargumento. Si no existe una contraposición, cualquiera puede argumentar de cualquier manera, cualquier cosa tiene relaciones de analogía, continuidad y semejanza con cualquier otra<sup>41</sup>. Esta navegación sin rutas produce una saturación en la cual todo se anula; toda afirmación es posible, todo es discutible; se argumenta sin llegar a una verdad o sin convencer. La argumentación es siempre un juego reglado en el que los tópicos o lugares comunes representan un papel similar al de los axiomas dentro del sistema formal<sup>42</sup>. Esta descripción que parece muy teórica, es muy común y puede verse en cualquier debate, sobre todo en televisión, donde parece que todos tienen razón, según el canal que se mire, y no hay un modo de saber cuál es la verdad. Este modo de ver todo según la mirada propia, lleva a que, quienes tienen funciones relevantes, declinan su responsabilidad de regular la sociedad, ubicándose dentro de un paradigma que le da una coherencia tranquilizadora, y lucha contra otras concepciones para tratar de desplazarlas.

---

<sup>41</sup> Por ejemplo: Si las palabras "mientras" y "cocodrilo" aparecen en la misma frase, una interpretación correcta sería señalar que la relación es mínima; una interpretación paranoica sería señalar que debe haber alguna razón por la cual ambas están juntas (ECO, Umberto, "Los límites de la interpretación", Lumen, Barcelona, 1992. En los debates puede verse esto con mucha frecuencia.

<sup>42</sup> PERELMAN, Chaim, "La lógica jurídica y la nueva retórica", Civitas, Madrid, 1988, pag.10.-

El tercero es que afirmamos una posición sin pensar en cómo se va a aplicar en un mundo de recursos escasos y con ciudadanos que piensan distinto, como si ello fuera un problema que debe resolver otra persona. Se dice algo de modo definitivo, como un paquete cerrado que no se abre. Esas opiniones no surgen del conflicto, sino antes, es decir que hay una formación previa y se opina de modo similar en todos los temas. Luego de escuchar los debates uno aprende a preguntar primero quién es el que opina, y luego sabe qué va a responder frente a diferentes casos, cualquiera sea su característica. La existencia de esta “ideología” previa, no es necesariamente mala ya que todos la tenemos, pero el problema es su ocultamiento y la falta de debate sobre ella.

Es necesario que hagamos esfuerzos para sentar las bases de una práctica democrática en este campo. Hay que mirar los problemas considerando los diferentes puntos de vista, hacerse cargo de la complejidad que ello representa, fomentar el diálogo basado en la búsqueda de consensos y respetar el derecho que tienen los ciudadanos a que las decisiones tengan un fundamento razonable.

### **III). El paradigma ambiental.**

#### **1). Necesidad de un paradigma ambiental**

En las cuestiones ambientales es frecuente utilizar instrumentos nuevos en un contexto antiguo.

Por ejemplo, se desarrolla un derecho subjetivo al ambiente o a la vida, o una apropiación de los recursos naturales, o una nueva especialidad, pero lo que en realidad debemos cambiar, es el modo de pensar estos conflictos porque es un escenario distinto.

Por eso es necesario examinar el paradigma ambiental.

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

Los mismos textos van cambiando de sentido a lo largo de la historia conforme a diferentes concepciones que son predominantes en los intérpretes, como bien lo puso de manifiesto la hermenéutica<sup>43</sup>. También la pintura impresionista ha revelado cómo la misma catedral puede ser vista de distintos

---

<sup>43</sup> GADAMER, Georg, “Verdad y Método”, Ed. Sigueme, Salamanca.

modos según influya la luz del día sobre el espectador <sup>44</sup>. En definitiva, se trata de un argumento común, que puede permitir múltiples desarrollos diferentes, pero siempre limitados por ese programa básico <sup>45</sup>.

En el derecho el tema tiene una gran importancia <sup>46</sup>.

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

En el caso del paradigma ambiental el pensamiento se basa en:

- una concepción sistémica,
- búsqueda de una coordinación en el funcionamiento entre los sistemas económico, social y natural
- comunicabilidad de los principios entre el derecho público y el privado,
- existencia de bienes de colectivos,

En el mismo sentido se expresa la Encíclica “Laudato Si”: “la cultura ecológica no se puede reducir a una serie de respuestas urgentes y parciales a los problemas que van apareciendo en torno a la degradación del ambiente, al agotamiento de las reservas naturales y a la contaminación. Debería ser una mirada distinta, un pensamiento, una política, un programa educativo, un estilo de vida y una espiritualidad que conformen una resistencia ante el avance del paradigma tecnocrático”<sup>47</sup>.

## 2) La noción de sistema

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

Esta idea basada en una limitada capacidad de observación, prescinde de las consecuencias mediatas que operan en el mediano y largo plazo, así

---

<sup>44</sup> Las pinturas de Monet sobre la catedral de Rouan es ejemplar en ese sentido. Ver el ejemplo utilizado en el derecho por G. Calabresi y A. D. Melamed, “Property Rules, Liability Rules and Inalienability Rules: One view of the Cathedral”, Harvard Law Review, vol. 85, 1972, pp. 1080 y ss.

<sup>45</sup> Para mayor claridad podría utilizarse el más difundido ejemplo de los programas de computación: permiten hacer muchas cosas, pero siempre dentro de las limitaciones propias de su diseño; no hay desarrollos creativos que puedan salir lateralmente fuera del programa.

<sup>46</sup> Ampliamos en “Teoría de la decisión judicial”, Rubinzal-Culzoni, 2005. RODOTA, Stefano, “Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile, Riv dir commerciale, 1967, I, pág. 86. ALPA, Guido, “I principi Generali”, en “Trattato di diritto Privato” a cura di Giovanni Iudica e Paolo Zatti, Giuffrè, Milan, 1993, pág. 69.

<sup>47</sup> Laudato Si, núm 111

como de las que se producen por interacción con otras conductas y con factores naturales.

Esta concepción afecta el cálculo de las acciones humanas, tanto en el campo económico como en el jurídico.

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

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

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

En la literatura, lo ha señalado Borges <sup>48</sup> al contar que “en 1517 el P. Bartolomé de las Casas tuvo mucha lástima de los indios que se extenuaban en los laboriosos infiernos de las minas de oro antillanas, y propuso al emperador Carlos V la importación de negros, que se extenuaran en los laboriosos infiernos de las minas de oro antillanas. A esa curiosa variación de un filántropo debemos infinitos hechos: los blues de Handy, el éxito logrado en París por el pintor doctor oriental Pedro Figari, la buena prosa cimarrona del también oriental D. Vicente Rossi, el tamaño mitológico de Abraham Lincoln, los quinientos mil muertos de la Guerra de Secesión, los tres mil trescientos millones gastados en pensiones militares, la estatua del imaginario Falucho, la admisión del verbo linchar...”.

La ciencia ha evolucionado en esta materia a medida que ha podido superar las limitaciones subjetivas en el campo de la observación, por disponer de mejores y más sofisticados instrumentos. Pero también la evolución tiene relación con los diversos estadios evolutivos en el pensamiento, sobre todo en la sicogénesis <sup>49</sup>. Un panorama actual puede permitirnos afirmar que la concepción en esta materia es más sistémica, holística, geocéntrica, que la que existía pocos años atrás.

En la física ha sido un buen aporte la noción de sistema <sup>50</sup>. Por su parte, la teoría del caos señala que todo está interconectado y los vínculos de causa

---

<sup>48</sup> En “El atroz redentor Lazarus Morell”, publicado dentro del libro “Historia Universal de la infamia”; Obras Completas, Editorial Emece.

<sup>49</sup> PIAGET, Jean - GARCIA, Rolando, “Psicogénesis e historia de la ciencia”, Siglo XXI, 2da ed. México, 1984; PIAGET, Jean “El estructuralismo”, Oikos, Barcelona, 1981.

<sup>50</sup> BERTALANFFY, Ludwig, “Teoría general de los sistemas”, Fondo de cultura ec. 1976, pág. 82.

a efecto se establecen en múltiples niveles difíciles de discernir, de manera que una perturbación, muy débil al principio, es suficiente para imponer progresivamente un nuevo ritmo macroscópico <sup>51</sup>.

En el campo de la biología al incorporar la noción de sistemas autopiéticos <sup>52</sup> se introduce la idea de autorregulación, que permite describir el comportamiento de los organismos que siempre buscan su punto de equilibrio mediante intercambios con el ambiente.

En la antropología <sup>53</sup>, la apertura que significó el estructuralismo llevó a describir los comportamientos en base a modelos de interacción. Es interesante el concepto de “ecología de la mente” <sup>54</sup> que lleva a busca cierta unidad en la naturaleza del orden y la organización de los sistemas vivientes, un cuerpo unificado de teoría tan global que arroja luz sobre todas las esferas particulares de la biología y el estudio de la conducta. Ese modo es interdisciplinario, no en el sentido habitual y simple de intercambiar información entre diversas disciplinas, sino en el sentido de descubrir pautas comunes a muchas disciplinas.

También en el Derecho se ha tratado de utilizar la noción de sistema autorregulado <sup>55</sup>.

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

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

---

<sup>51</sup> BALANDIER, Georges, "El desorden. La teoría del caos y las ciencias sociales. Elogio de la fecundidad del movimiento", trad Beatriz Lopez, Barcelona, Gedisa, 1993, pag. 210. En el campo de la probabilidad y el caos: Thom, Rene, "A dynamic theory of morphogenesis", en *Towards a theoretical biology*, Waddington ed. Edimburgh Univ Press. 1968.

<sup>52</sup> MATURANA, Humberto y VARELA, Francisco, "Autopietic Systems, Illinois.

<sup>53</sup> LEVY STRAUSS, Claude, "Antropología estructural", Eudeba, 1977.

<sup>54</sup> BATESON, Gregory, "Una Unidad Sagrada —Pasos ulteriores hacia una ecología de la mente—", Ed. Gedisa S.A., España, 1993.

<sup>55</sup> TEUBNER, Gunther; "O direito como sistema autopietico", Fund Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1989; CANARIS, Claus, "Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciencia do direito", Fund Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1996.

### 3) La noción de acción colectiva

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

Es bien conocida en derecho la noción de causalidad, uno de cuyos supuestos se refiere al caso en que varios individuos realizan acciones que, aisladamente son inocuas, pero sumadas, producen un resultado dañoso <sup>56</sup>.

Otro ejemplo es la noción de “contrafinalidad”, que puede ser concebida como las consecuencias no intencionadas que surgen cuando cada individuo en un grupo actúa sobre una presunción acerca de las relaciones con otros que, cuando se generaliza, produce la contradicción <sup>57</sup>.

Se trata de efectos no esperados de una acción colectiva:

- Si en una sala de conferencias uno se pone de pie para ver mejor, logrará un buen resultado, pero si todos se ponen de pie, nadie logra ver mejor al orador;
- Cuando un individuo tiene temor y retira su dinero del Banco, obtiene un resultado eficiente para él; pero si todos tienen el mismo sentimiento y obran de igual modo, se producirá una “corrida” y nadie podrá retirar su dinero porque probablemente pongan al banco en problemas;
- Si un campesino aumenta su riqueza talando árboles para obtener más tierra para sembrar, y todos hacen lo mismo, se producirá una deforestación que hará que el campesino tenga, finalmente, menos tierra.

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

### 4) El modelo antropocéntrico y geocéntrico.

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

---

<sup>56</sup> Arrojar un poco de líquido contaminante a un río, es inocuo, pero cuando muchas personas hacen lo mismo, lo contaminan.

<sup>57</sup> ELSTER, Jon, “Lógica y Sociedad - Contradicciones y mundos posibles”, Gedisa, Barcelona, 1994, pág. 144.

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

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

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

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

La conclusión es que el modelo dominial ha llevado a los bienes ambientales a un punto de tensión extrema:

Aumenta la demanda sobre los bienes ambientales y disminuyen los servicios que esos bienes pueden ofrecer

Por esta razón ya no es posible admitir que existe un derecho para todos de usar los bienes en cualquier cantidad y para cualquier propósito.

En la modernidad hubo una gran desmesura antropocéntrica<sup>58</sup>

## 5). Comunicabilidad con los principios de la naturaleza

En los estudios académicos y en la decisión de casos judiciales donde está involucrado el ambiente se suele decir que es muy importante al aporte científico. Con ello se hace referencia a la necesidad de informes de las ciencias que se ocupan específicamente del funcionamiento de la naturaleza, como, por ejemplo, la biología o la meteorología.

Es importante distinguir entre el mero aporte de datos y la adopción de principios.

Hemos señalado que la sociedad, la economía y el ambiente van por caminos distintos, y que ello es la base fundamental de la crisis que se avecina.

---

<sup>58</sup> Laudato Si, Num 116.

De poco sirve tener un dato si no se lo inserta en un sistema orientado hacia la búsqueda de armonía sistémica.

El paradigma ambiental se caracteriza porque busca acercar el funcionamiento de los sistemas social, económico y ambiental.

Por esta razón interesan los datos insertos dentro de los principios de funcionamiento de la naturaleza. Se trata de adoptar principios que promuevan la protección ambiental, ya que la amenaza de un colapso puede hacer prevalecer los instintos ecológicos por sobre los económicos<sup>59</sup>. Es un enorme espacio que se abre para el estudio cooperativo e integrado de diferentes dominios de la ciencia<sup>60</sup>

Estamos frente a un amplísimo panorama de creatividad<sup>61</sup>, del cual haremos una brevísima descripción.

### **A). Resiliencia.**

Una persona puede ser muy afectada psicológicamente si tiene una pérdida de un familiar muy cercano; puede deprimirse definitivamente o recuperarse. Esta capacidad de “rebote” es la resiliencia.

Los sistemas naturales también están sometidos a disturbios constantes<sup>62</sup>, cada vez más agudos y la capacidad de recuperarse es la resiliencia. En algunos casos se pierde como ocurre cuando los inviernos dejan de ser tan fríos por la agresión permanente.

Tanto las personas, como los sistemas, son resilientes si pueden soportar y rebotar frente a una agresión; no son resilientes si son afectados y se deprimen o cambian su identidad.

Por ello, puede ser definida como la capacidad de absorber perturbaciones, sin alterar significativamente sus características de estructura y funcionalidad; pudiendo regresar a su estado original una vez que la perturbación ha terminado.

---

<sup>59</sup> Ver Robinson, Nicholas, “Evolved Norms: a canon for the Anthropocene”, in Voigt, Christina, “Rule of law for Natura: new dimensions and ideas in environmental law”, Cambridge Univ Press, 2013.

<sup>60</sup> Edward O. Wilson, *Sociobiology: The New Synthesis* (Belknap Press of Harvard University Press, 1975); Robert C. Clark, “The interdisciplinary Study of Legal Evolution,” 90 *Yale Law Journal* 1238 (1981).

<sup>61</sup> Louis J. Kotze, *Global Environmental Governance: Law and Regulation for the 21st Century* (Edward Elgar 2012); Burns H. Weston and David Bollier, *Green Governance – Ecological Survival, Human Rights and the Law of the Commons* (Cambridge University Press, 2013).

<sup>62</sup> James Lovelock, *The Revenge of Gaia - Earth 's Climate Crisis and the Fate of Humanity* (Basic Books, 2006); Mark Lynas, *6 Degrees: Our Future On A Hotter Planet* (2007).

La frecuencia e intensidad de las agresiones está creciendo y por ello se plantea una cuestión: ¿cómo se hace para incrementar la capacidad de resiliencia?

La respuesta es: siguiendo los principios de la naturaleza.

El ambiente es más resiliente cuanto más diversidad, autorregulación e interacción entre sus partes posee.

Por esta razón, una pérdida de biodiversidad lo afecta, porque los organismos no pueden interactuar entre sí.

Este principio se aplica en numerosos campos. Las ciudades y los países son más resilientes si son diversos, si hay unidades autónomas que se autorregulan<sup>63</sup>. La economía es más resiliente si hay múltiples unidades, de manera que, si una sufre un ataque, la otra puede resistir, aprender y superar el evento adaptándose.

Las estructuras rígidas, por ejemplo, en la gobernabilidad, son poco resistentes a los cambios abruptos y no resisten.

La descentralización en múltiples unidades decisorias, por el contrario, promueve la resiliencia.

La sobreprotección no es buena, ya que es necesario que existan pequeños sobresaltos controlables que sirven para identificar los defectos y promover la adaptación. Se trata de fuentes de aleatoriedad distribuidas que van detectando y absorbiendo los eventos críticos antes de que sean sistémicos.

La flexibilidad y la innovación constante permiten una mayor capacidad de supervivencia frente a eventos catastróficos.

La naturaleza presenta un balance de plantas, animales, microorganismos que se alimentan y neutralizan entre sí.

Hay que entender que lo que se preserva es la unidad mayor, aún sacrificando alguna de sus partes, lo cual es necesario que suceda para moderar el stress, aprender y superarlo. Una crisis económica puede afectar un sector de la economía, pero si hay diversidad, se pierden algunas unidades y las otras se adaptan y la superan.

Los principios son:

- Diversidad vs homogeneidad;
- Flexibilidad vs rigidez;
- Diversificación vs concentración;

---

<sup>63</sup> La capacidad de resiliencia de las sociedades es un tema ampliamente tratado en la actualidad<sup>63</sup> Taleb, Nassim Nicholas; “Antifrágil. Las cosas que se benefician del desorden”; Paidós Transiciones; Editorial Paidós 2013.

- Crisis controladas en un sector antes que se produzcan crisis masivas sistémicas.
- Homeostasis y búsqueda de nuevos equilibrios,

### **B). Biofilia:**

Biofilia significa amor a la vida y fue acuñada por el biólogo Edward Wilson<sup>64</sup>; el contacto con la naturaleza es esencial para el desarrollo psicológico humano. Es el sentido de conexión con la naturaleza. Es un principio que ha sido utilizado para fundar el derecho al ambiente<sup>65</sup>

En el plano de las emociones, es mejor desarrollar el amor a la naturaleza que su desprecio, porque se crea un contexto favorable a la tutela.

Este aspecto es relevante en el plano de las políticas públicas que pueden comunicar, educar, difundir valores favorables al ambiente, y desarrollar prácticas de contacto natural.

### **C). Cooperación**

La cooperación es fundamental en el funcionamiento de la naturaleza y de todos los sistemas.

Ello es reconocido por todas las ciencias, principalmente en la economía, en la conducta humana <sup>66</sup>. Numerosas comunidades presentan diferentes grados de cooperación que asombran a los humanos, por ejemplo, lo que ocurre con las hormigas, las abejas, las aves migratorias o cardúmenes de peces.

En las comunidades humanas ha existido cooperación en pequeña y gran escala durante toda la historia del “homo sapiens” y ha sido una de las razones que se invocan para explicar la supremacía que ha ejercido sobre las demás especies<sup>67</sup>.

Este fenómeno es sencillo entre grupos de cierta homogeneidad, pero cuando falla este presupuesto, es mucho más difícil. En el siglo XXI la globalización pone en contacto culturas muy diferentes y se ha generado un cierto temor ante lo desconocido que provoca el regreso a la

---

<sup>64</sup> Edward O. Wilson, *Biophilia - The Human Bond with Other Species* (Harvard University Press, 1984).

<sup>65</sup> Robinson, op cit. Douglas Kysar, *Regulating from Nowhere: Environmental Law and the Search for Objectivity* (Yale University Press, 2010);

<sup>66</sup> Coen, Enrico, “Cells to Civilizations - The principles of Change that Shape Life”, Princeton University Press, 2012.

<sup>67</sup> HARARI, Yuval Noah, “Homo Deus, Breve historia del mañana”, DEBATE, 2017 (6° Edición), p. 151-152.

identidad local. Por otra parte, el desarrollo tecnológico, al mismo tiempo que facilita la comunicación, lleva al aislamiento individual.

Por ello se habla de “cooperación compleja”, es decir estudiar los mecanismos que permitan volver a incentivar conductas cooperativas.

La cooperación es necesaria para lograr aquello que no podemos hacer solos, de manera autónoma. Es sencillo lograr que nos ayuden las personas que coinciden con lo que pensamos o queremos hacer. En cambio, es compleja cuando el otro es absolutamente diferente y no comparte el lenguaje, o las costumbres, o las creencias, es necesario construir un sistema más neutro para acercarlo.

La necesidad de cooperar con personas diferentes es el contexto más habitual en la etapa de la globalización.

Por eso se piensa en evitar la oposición dialéctica y sustituirla por la dialógica, es decir, menos afirmaciones excluyentes, más interacción y prolongada en el tiempo<sup>68</sup>.

Estos principios tienen relación con la gobernabilidad, que veremos en el punto siguiente.

## **6) La gobernabilidad: rigidez vs flexibilidad.**

Los principios mencionados se aplican a la gobernabilidad.

Es frecuente que se hable de la “nueva política” haciendo referencia al uso de las nuevas tecnologías, redes sociales, pero en realidad se trata de nuevas técnicas.

Una nueva concepción política, en el sentido de “gobierno de la polis”, está surgiendo, y podemos distinguir lo siguiente:

El modelo “rígido-concentrado-descendente” parte del hecho de que las decisiones fundamentales deben ser adoptadas por una autoridad y, de ella, deben descender hacia los súbditos.

Es rígido y en gran medida, alejado de los principios que hemos descrito y por eso enfrenta crisis sistémicas; suele durar diez, quince o cincuenta años, pero irremediamente explota porque las tensiones se van acumulando de modo subyacente.

Considera que el mundo está poblado por sectores que luchan de modo irreductible, y que las únicas opciones son dominar o ser dominados. Por lo tanto, el acuerdo es entendido como una traición a las banderas que guían la batalla. El perpetuo antagonismo produce una sociedad de opositores.

---

<sup>68</sup> SENNET, Richard, “Together. The rituals, pleasures & politics of cooperation”, Penguin Books, London, 2013.

En este modelo, la solución surge sólo cuando una de las posiciones se impone por sobre la otra. De allí que el interés general no brota de un acuerdo consensual, sino de su asimilación a razones de Estado, las que a su vez son definidas por grupos sectoriales, que van cambiando sucesivamente en el control de las decisiones.

La oposición no es simultánea, sino sucesiva, con lo cual se generan ciclos de cambios que hacen girar pendularmente las decisiones, obstaculizando de ese modo las políticas de Estado. El grupo que llega se legitima tomando distancia del que lo precedió y anunciando un nuevo período fundacional de la república. La refundación constante forja un esquema de conducta procíclico, que lleva a la reiteración de la crisis en tanto aquello que se hace de una manera es destruido para volver a comenzar.

Esta posición evoca el mito de Sísifo, según el cual el rey de Corinto fue condenado a empujar una piedra cuesta arriba a lo más alto de la montaña y cuando lograba llegar a la cima la piedra rodaba hacia abajo y todo recomenzaba. En la versión de Albert Camus<sup>69</sup>, este mito era metáfora del trabajo inútil, el esfuerzo sin sentido.

Es evidente que la inestabilidad de las instituciones derivada de la falta de acuerdos básicos es uno de los aspectos que deben encontrar una adecuada resolución.

El modelo “flexible-descentralizado-ascendente” parte del supuesto contrario. Las decisiones surgen un acuerdo básico entre los ciudadanos que deciden vivir en sociedad y asciende hacia los órganos que ejercen la autoridad y son sus delegados. Las diferencias entre ambos modelos son nítidas:

-en el primero, las nociones básicas de la sociedad emanan de la decisión de una autoridad central que domina e impone sus ideas, mientras que en el segundo brotan del acuerdo entre los ciudadanos;

-en el primero hay concentración, mientras que en el segundo hay descentralización;

-en el primero hay homogeneidad y en el segundo, diversidad;

-en el primero hay exclusión de grupos, mientras que el segundo busca la integración;

-en el primero hay resultados pacificadores en el plazo inmediato y tensiones en el largo plazo; en el segundo, por el contrario, hay dificultades iniciales en el consenso, pero una vez que este se logra es más duradero.

Los datos históricos son conocidos, pero nos interesa ahora su potencial regulativo de soluciones para la democracia y la justicia concreta.

---

<sup>69</sup> Camus, Albert, “El mito de Sísifo”, Losada, 1953

El modelo ascendente permite examinar las decisiones conforme a un estándar de razonabilidad, ya que imagina una situación ideal de diálogo de naturaleza contrafáctica, es decir que sirve para comparar y contrastar el modelo con los hechos. Ello presupone una concepción dialoguista y consensual del funcionamiento democrático, en el que las leyes no surgen de una autoridad central, sino justamente de la descentralización decisional.

Sobre la base de este modelo, se puede pensar que toda decisión sobre los fundamentos de la democracia, aun de la justicia concreta, puede ser analizada conforme a si sería o no aceptada por los ciudadanos. Se recurre a un acuerdo hipotético, que toma en cuenta el grado de maduración de la sociedad sobre la concepción de la justicia (entendida como el conjunto de principios morales consentidos por personas libres, iguales, racionales y razonables, que permitan una convivencia basada en la cooperación).

La razonabilidad como criterio de corrección de la justicia política para sociedades multiculturales implica que el objetivo es la paz social y no la imposición de un determinado criterio sobre la vida. En cambio, en la medida en que se busque la homogeneidad por sobre la diversidad, habrá más tensiones, algo que sin duda se opone a la finalidad de la pacificación social.

La guía es identificar los consensos básicos de la sociedad y el diseño de un sistema de decisiones descentralizado.

## **7). Conflictos en la esfera íntima, privada y social**

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

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

Bajo el paradigma de la libertad, surgió la “esfera íntima” que es el ámbito absolutamente intangible de protección de la vida privada<sup>70</sup>. El individuo no influye con su comportamiento sobre los demás, no afecta la esfera de intereses de sus pares o de la comunidad, y por lo tanto debe ser protegido. La disponibilidad que se le reconoce sobre estos bienes ha sido cada vez mayor, basándose en el “principio de la autodeterminación”.

---

<sup>70</sup> Quizás la mejor versión de ese principio de derecho inglés se encuentra en las palabras de William Pitt que en 1763 y en un discurso en el Parlamento, proclamara que “el hombre más pobre puede, en su casa, enfrentar a todas las fuerzas del Rey. Su casa puede ser frágil; su piso puede temblar; el viento puede soplar a su través; la tormenta puede entrar; la lluvia puede entrar, pero el Rey de Inglaterra no puede entrar y todas sus fuerzas no pueden cruzar el umbral de esa casa en ruinas” LASSON, Nelson B., “The History and Development of the Fourth Amendment to the United States Constitution”, Baltimore, John Hopkins University Press, 1937, ps. 49-50. El autor aclara que existen numerosas versiones de la expresión y que su fecha no es segura.

Con el paradigma de la igualdad, se trabaja en conflictos intersubjetivos en el campo de la “esfera privada”. Ella está integrada por aquel ámbito que, siendo individual, repercute sobre los demás y por ello surge la necesidad de establecer un límite con las otras esferas individuales y lo público. La regla de solución se basa en el respeto recíproco: los derechos deben ejercerse de modo tal que no causen a los demás lo que uno no quiere que le causen <sup>71</sup>.

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

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

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

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

Por ello el paradigma ambiental también opera como un metavalor, en el sentido de que, al igual que la libertad, es un principio organizativo de todos los demás.

## **8). La economía**

En este aspecto el paradigma ambiental introduce un cambio importantísimo.

El análisis de la acción racional individual ha sido el eje del pensamiento económico durante varios siglos. La regla fundamental es que el sujeto racionalmente orientado maximiza sus beneficios, y en base a ello se

---

<sup>71</sup> HAMBURGER, Philip, “Natural rights natural law, and American Constitutions”, vol. 102, p. 923, Yale Law Journal, 1993.

puede hacer una prognosis acerca de cuáles serán sus preferencias <sup>72</sup>. Naturalmente, la elaboración de modelos sobre esta base es compleja, porque hay que contemplar los problemas de falta de información, situaciones en la que existen óptimos múltiples, todo lo cual ha motivado críticas fundadas <sup>73</sup>. También es necesario considerar las situaciones en que la acción se repite en el tiempo interactuando con otros sujetos, porque se aprende y se modifican las estrategias <sup>74</sup>.

Estas reglas han sido coherentes con las que el derecho ha diseñado para la propiedad, los contratos y la responsabilidad; y son las usualmente aplicables en el contexto de un mundo caracterizado por la escasez y conductas orientadas hacia el máximo beneficio individual <sup>75</sup>.

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

### **A) Externalidades negativas: La relación de la empresa con la sociedad**

La noción de externalidad negativa o costo social de la conducta individual ha sido un aporte fundamental para el ambientalismo <sup>76</sup>.

Este aspecto, habitualmente ignorado, fue incorporado en los análisis económicos y en el derecho, y sirvió para señalar muchas situaciones en que hay unas consecuencias del obrar individual que otros soportan. Históricamente, el derecho se basó en el presupuesto de la neutralidad respecto de este tipo de asignaciones, como un modo de subsidiar a los individuos y a las empresas que actúan en el mercado <sup>77</sup>. En los orígenes del capitalismo, la empresa estaba naciendo y merecía un subsidio para fortalecer

---

<sup>72</sup> FISCHER, Stanley, DORNSBUCH, Rudiger, SCHMALENSEE, Richard, "Economía", trad. Luis Toharia y Esther Rabasco, ed Mac Graw-Hill, SA, seg. ed. 1990, pág. 17; ARROW, J.K, "Elección social y valores individuales", Inst. de Est. Fiscales, Madrid, 1974.

<sup>73</sup> ELSTER, Jon, "Juicios Salomónicos - Las limitaciones de la racionalidad como principio de decisión", Gedisa, Barcelona, 1989.

<sup>74</sup> AXELROD, Robert, "The Evolution of cooperation", N.York, Basic Books, 1984. Por ejemplo, cuando el "dilema del prisionero" (que es un "clásico de la teoría de los juegos, muy utilizado en los contratos), se juega en forma repetida, los jugadores cambian su estrategia con resultados cooperativos, para el autor.

<sup>75</sup> EPSTEIN, Richard, "Simple rules for a complex world", Harvard Univ. Press, 1995.

<sup>76</sup> SCHAFER, Hans Bernd y OTT, Claus, "Manual de Análisis Económico del Derecho Civil", Tecnos, Madrid, 1991, DEMSETZ, Harold, "Toward a Theory of Property Rights", American Economic Review, mayo 1967, ps. 347/359; COASE, R. H., "El Problema del Coste Social", en J. A. Gallego (ed.) "Economía del Medio Ambiente", Madrid, 1974. En el tema específico ver: ACCIARRI, Hugo A.; CASTELLANO, Andrea; "Recursos naturales, ambiente y externalidades (Análisis jurídico de un concepto económico)"; JA 1996-IV-866; COASE, Ronald, "La empresa, el mercado y la ley", Alianza economía 1994.

<sup>77</sup> Ampliamos en LORENZETTI, Ricardo, "Problemas actuales de la empresa", LL. 6.94.

su crecimiento <sup>78</sup>, por lo que la regulación se concentró sólo en los problemas individuales o internos <sup>79</sup>.

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

El gran cambio se produce cuando se “internalizan” esos costos porque la sociedad ya no quiere soportarlos. Ello se ve claramente en las indemnizaciones por daños ambientales que deben pagar las empresas, pero también en las exigencias de transformación de los mecanismos de producción de bienes, obligándolas a incorporar nuevas tecnologías “limpias” cuyo costo deben soportar.

Existen propuestas basadas en las reglas de mercado, buscando instrumentos para que, en cada externalidad que presente una fisonomía propia, se desarrollen incentivos para internalizarla, a través de impuestos, subsidios, permisos de contaminación, etc.

En materia de impuestos se sostiene que hay una asignación ineficiente, porque los precios que paga la empresa no representan adecuadamente los costos y en consecuencia se puede gravar las unidades para lograr un equilibrio. Siempre existen problemas de sobrecarga impositiva y de una clara determinación del costo adicional que se quiere internalizar.

El subsidio intenta pagar al que contamina para que deje de hacerlo, y también presenta dificultades a la hora de determinarlos, los costos de aplicarlos y los comportamientos distorsivos que puede generar.

---

<sup>78</sup> Por ejemplo, la personalidad jurídica y la responsabilidad limitada son modos de limitar el riesgo empresarial; se le permite arriesgar, cargándosele solo algunos de los daños que causa; los demás, aunque existan, son soportados por otros sectores.

<sup>79</sup> En este contexto de subsidio generalizado, los problemas principales eran los intraempresarios. El derecho prestó atención a las relaciones entre el empresario y la comunidad empresarial: sus dueños, sus obreros, proveedores, intermediarios. La tipología societaria, el derecho laboral, la falencia, el crédito, son sus institutos característicos.

Los permisos son instrumentos financieros que se venden en un mercado competitivo, existiendo muchísimos diseños y experiencias en funcionamiento.

La otra alternativa consiste en una intervención mediante reglamentaciones, lo cual implica una solución más intervencionista y menos librada a la voluntad de las partes, aunque también genera incentivos para el comportamiento. Una reglamentación puede fijar límites de producción, de contaminación, etc, pero para ello necesita un nivel de información adecuado, que, habitualmente, presenta complejidades difíciles de superar.

Estos temas están muy estudiados y desarrollados en diversos enfoques basados en la teoría del comportamiento y en el análisis económico del derecho

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

### **B) Instituciones: la tragedia de los bienes comunes**

Las instituciones tienen una gran importancia para el desempeño económico<sup>80</sup> y un alto impacto sobre el tipo de acciones que se adoptan en una comunidad.

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

Ha llegado el tiempo en que debemos pensar el problema del agua en términos de escasez y de intereses competitivos que deben ser justamente reconciliados<sup>81</sup>. De ello deriva el diseño de instituciones que tratan a los

---

<sup>80</sup> NORTH, Douglas, “Institutions, Institutional Change and Economic Performance”, 1990, Cambridge Univ Press.

<sup>81</sup> GOULD, Kenneth S., “An introduction to water rights in the twenty-first century: the challenges move east”, University of Arkansas at Little Rock Law Review, Fall 2002; MORRISS, Andrew P. - YANDLE, Bruce - ANDERSON, Terry L, “Principles of water”, Water Use symposium articles, Tulane Environmental Law Journal, Summer,2002; MCGEE, Robert & BLOCK, Walter, “Pollution Trading Permits as a Form of Market Socialism, and the Search for a Real Market Solution to Environmental Pollution”, 6 FORDHAM L. & ENVTL. J. 51 (1994); WHITEHEAD, Roy Jr. and BLOCK, Walter, “Environmental takings of private water rights. The case for water privatization”, Environmental Law Reporter, Volume Year XXXII, News & Analysis,October, 2002.; THOMPSON, Barton H., Jr., Takings and Water Rights, in Water Law: Trends, Policies, and Practice 43-55 (Kathleen Marion Carr & James D. Crammond eds., 1995).

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

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

Las principales críticas a esta posición se basan en la dificultad de aplicar derechos de propiedad y en los efectos adversos que ello puede tener <sup>82</sup>.

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

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

La discusión sobre este punto debe tener en cuenta el distinguo<sup>83</sup> entre:

1. Una regla de propiedad, que impide a un tercero apropiarse de un bien sin el consentimiento del dueño. Una persona puede ofrecer al dueño de una propiedad el pago del precio de mercado, más las indemnizaciones que desee, y aún depositar ese dinero para poder entrar en el lugar deseado, pero no puede hacerlo si el dueño no quiere. Este último dispone siempre de una tutela inhibitoria que le permite detener cualquier intromisión.
2. Una de responsabilidad, que tolera la invasión contra el pago de una indemnización. En este supuesto, una persona puede pagar una indemnización, aun contra la voluntad del dueño. Por

---

<sup>82</sup> BARRON, Gerald, Sharunda Buchanan, Denise Hase, Hugh Mainzer, Montrece McNeill Ransom, John Sarisky, "New approaches to safe drinking water", *Journal of Law, Medicine and Ethics*, Fall, 2002 (Special Supplement- Concurrent Sessions- Law & the Basics; Safe Water, Food & Air)..

<sup>83</sup> Sobre este tema ver. CALABRESSI - MELAMED, "Property Rules, Liability Rules and Inalienability Rules: One view of the Cathedral", *Harvard Law Review*, vol. 85, 1972, pp. 1080 y ss.

ejemplo, se puede lesionar el honor de una persona pagando una indemnización. Es una protección más débil que la anterior.

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

Es último modelo es el que resulta más apropiado para una gran cantidad de bienes ambientales.

### C) Externalidades positivas. Nuevos campos económicos

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

En el campo comercial, puede mencionarse la “etiqueta verde” que promueve el diseño, la producción, comercialización y utilización de productos que tengan repercusiones reducidas en el medio ambiente durante todo su ciclo de vida y proporcionar a los consumidores mejor información sobre las repercusiones ecológicas de los productos. Ello provoca como incentivo que los productores compitan entre sí para que el producto sea más valorado. También las auditorías ambientales permiten dar credibilidad a una empresa sobre el cumplimiento de normas de calidad ambiental y dar certidumbre respecto de los pasivos contingentes que existan en este ámbito <sup>84</sup>.

En el aspecto financiero hay un desarrollo muy importante y sofisticado sobre bonos vinculados a la contaminación y los mercados que se pueden crear con ellos.

La economía ha evolucionado desde la producción, al consumo y ahora al postconsumo, ámbito en cual hay una enorme cantidad de proyectos. El procesamiento de la basura en las ciudades, la reutilización de envases, la recuperación del agua consumida, son muestras de la amplitud del tema.

El turismo sustentable también es un campo en pleno desarrollo, no sólo porque hay muchos sitios turísticos saturados, sino porque hay nuevas oportunidades en sectores que hasta ahora no habían sido explorados con una

---

<sup>84</sup> Quien presta dinero a una empresa o pretende comprarla, necesita saber cuál es su pasivo, y la posibilidad de demandas por daños al ambiente puede generar un altísimo riesgo. LEDGERWODD, E. STREET y R. THERIVEL, “The Environmental Audit and Business Strategy. A Total Quality Approach”, Pitman Publishing, Londres, 1992; L. HARRISON, “Environmental Auditing Handbook. A Guide to Corporate and Environmental Risk Management”, McGraw-Hill, Nueva York, 1988; SALES, Rodrigo, “Auditoria ambiental, aspectos jurídicos”, Sao Paulo, LTr. 2001.

visión enfocada en su capacidad de recepción turística o en su atractivo natural.

Los alimentos van evolucionando rápidamente incorporando la idea de “vida sana”, “natural”. Ello implica que el vendedor ya no sólo ofrece un producto sino que explica su composición: qué cantidad de grasas tiene, si sube o baja el colesterol, si su elaboración ha sido con procesos naturales o ha incorporado productos químicos.

La frontera entre alimento y fármaco se vuelve elusiva en muchos casos.

La arquitectura está siendo completamente redimensionada en base a parámetros ambientales, y se construyen edificios sustentables que muestran un uso eficiente del agua, de la luz, un ahorro de energía.

El campo de la energía muestra un cambio extraordinario y muy conocido, pasando hacia energías renovables en las industrias y en el uso doméstico.

Las soluciones económicas no sólo deben enfocarse en la oferta de bienes y servicios, sino también en la demanda.

Ello implica modificar las pautas de consumo para hacerlas más compatibles con el funcionamiento del sistema natural.

Hay instrumentos tributarios para encarecer productos cuya producción o consumo son contaminantes o nocivos, de modo que, gradualmente se van desplazando del mercado. Lo que ha ocurrido con el consumo de cigarrillos es una buena muestra sobre la efectividad de un diseño de este tipo, que puede ser aplicado en numerosos supuestos.

La educación es un componente fundamental para el consumo sustentable, no sólo para enseñar sobre los efectos de determinados productos, sino para consumir menos. “Es importante incorporar una vieja enseñanza, presente en diversas tradiciones religiosas, y también en la Biblia. Se trata de la convicción de que « menos es más ». La constante acumulación de posibilidades para consumir distrae el corazón e impide valorar cada cosa y cada momento. En cambio, el hacerse presente serenamente ante cada realidad, por pequeña que sea, nos abre muchas más posibilidades de comprensión y de realización personal”<sup>85</sup>

## **9) La ética y los valores.**

### **A). Los Valores: Libertad, igualdad y fraternidad**

En la historia del derecho encontramos muchos casos en los que, existiendo un recurso escaso, se han producido conflictos entre individuos,

---

<sup>85</sup> Laudato Si, núm 222.

entre naciones, y el surgimiento de un pensamiento creativo que dio lugar a nuevas categorías analíticas.

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

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

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

En nuestro siglo, aparece como apremiante retomar el valor que la revolución francesa llamó “fraternidad”, y que ahora ha sido reemplazado por la “solidaridad”<sup>86</sup>. La diferencia sustancial reside en el cambio de escenario, puesto que no se habla solamente de conflictos interindividuales, sino entre individuos y lo colectivo; ya no hay solamente derechos, sino también deberes.

### **B). Fraternidad vs intereses individuales**

Ibsen<sup>87</sup>, dramaturgo noruego, escribió en 1882, la obra “Un enemigo del pueblo”, que plantea el problema de modo contundente: un médico de un

---

<sup>86</sup> La solidaridad ha adquirido incluso valor normativo, como sucede con la Ley General del Ambiente, 25.675 que introduce dos principios de este carácter (art. 4): Principio de solidaridad: la Nación y los Estados Provinciales serán responsables de la prevención y mitigación de los efectos ambientales transfronterizos adversos de su propio accionar, así como de la minimización de los riesgos ambientales sobre los sistemas ecológicos compartidos. Principio de cooperación: los recursos naturales y los sistemas ecológicos compartidos serán utilizados en forma equitativa y racional. El tratamiento y mitigación de las emergencias ambientales de efectos transfronterizos serán desarrolladas en forma conjunta”.

<sup>87</sup> Ver “Teoría de la decisión judicial”, cit, pág. 428.

balneario comprueba que las aguas están contaminadas por la derivación de líquidos cloacales; en el primer acto se le rinden honores por el aporte realizado a la comunidad; posteriormente al saber que había que cerrar el balneario, única fuente de ingresos del pueblo, reaccionan los propietarios, los trabajadores, la prensa, el intendente, y todo concluye en el último acto con una asamblea en la que lo declaran “enemigo del pueblo”. El Dr Stockmann hace dos descubrimientos: el primero es que el balneario estaba fundado sobre bases pestilentes y enfermizas; el segundo es que la sociedad estaba fundada sobre bases pestilentes y enfermizas.

Estos fundamentos de la sociedad occidental se relacionan con la idea fáustica de Goethe, quien presenta a Fausto enviando a Mefistófeles a matar a una vieja y amada pareja que vive en una pequeña cabaña a la orilla del mar por el simple hecho de que no encajan en el plan maestro<sup>88</sup>. Destruir para crear, renovación perpetua, dialéctica entre el pasado y lo moderno, son los símbolos del progreso. Lo que ocurre ahora es que se ha descubierto un límite tanto en la destrucción como en la creación.

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

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

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

El paradigma ambiental es “valorista”, es decir, establece una orientación a la razón técnica. Este es un antiguo debate que comenzó con gran fuerza cuando el surgimiento de la revolución industrial afirmó el presupuesto de la neutralidad axiológica de la “ciencia”, y por sobre todo, de su dominio “técnico”<sup>89</sup>. Bajo este enfoque, el avance científico debe ser independiente de todo control ético, lo cual ha tenido razones fundadas durante mucho tiempo. Sin embargo, en la actualidad pueden observarse fronteras en campos como la genética, la energía nuclear y el ambiente, en los que se diseñan fuertes límites basados en valores.

La existencia de un valor permite señalar una finalidad a la acción desorientada y puede suministrar un instrumento para apreciar el contenido apropiado o desacertado de las acciones. Por ejemplo, tanto el desarrollo como el consumo son acciones que tradicionalmente no tenían orientaciones

---

<sup>88</sup> BERMAN, Marshall, “Todo lo sólido se desvanece en el aire. La experiencia de la modernidad”, Siglo XXI, 1989.

<sup>89</sup> Ampliamos en “Teoría de la decisión judicial”, cit. Ver también FINNIS, John, “Natural law and natural rights”, Clar Press, New York, 1984, pág. 113.

admisibles, pero con el ambientalismo se le adiciona una característica que le da una orientación: ambos deben ser sustentables.

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

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

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

Existen algunos ejemplos en los cuales los valores ambientales están incorporados en el sistema legal<sup>90</sup>. La Constitución política de Ecuador en su preámbulo manifiesta la decisión de construir "una nueva forma de convivencia ciudadana, en diversidad y armonía con la naturaleza, para alcanzar el buen vivir, el Sumay Kawsay". Además, dedica en extenso el capítulo segundo de su texto a los llamados "derechos del buen vivir" (arts. 12 a 34), dentro de los cuales regula, en una sección primera "Agua y alimentación", sección segunda "Ambiente sano", sección tercera "Comunicación e información", sección cuarta "Cultura y ciencia", sección quinta "Educación", sección sexta "Hábitat y vivienda", sección séptima "Salud", sección octava "Trabajo y seguridad social". Así, por ejemplo, en el art. 14 "se reconoce el derecho de la población a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, que garantice la sostenibilidad y el buen vivir, Sumak Kawsay".

Estos temas son desarrollados más adelante.

## 10). Conclusión:

El análisis del contexto cultural dentro del cual se desenvuelve la cuestión ambiental, nos permite afirmar algunas premisas, sobre las cuales desarrollaremos esta teoría jurídica del ambiente.

- El ambiente es un bien colectivo, indivisible. Si bien hay muchas decisiones importantes en la defensa del derecho a la vida y a un

---

<sup>90</sup> Cafferatta, Néstor A. *La ética ambiental* en JA 2012-IV; Escobar Triana, Jaime *Bioética y ética ambiental* JA 2006-IV-1222

ambiente sano, es preciso diferenciar el aspecto individual del colectivo.

- Es preciso establecer un esquema de articulación entre los derechos individuales en relación a los derechos colectivos, de manera que sean sustentables;
- La evolución de la humanidad necesita poner en una dirección similar el desarrollo del sistema social, el económico y el ambiental. Hoy se ve claramente que los incentivos de la conducta social y económica van en contraposición al funcionamiento de la naturaleza.
- El derecho ambiental debe ser estudiado dentro de un cambio de paradigma y no como una especialidad más de un derecho que se basa en otros presupuestos. Todas las ramas del derecho deben adoptar una visión sistémica, acorde con las ciencias. Es el concepto de “ecología integral”.
- Por ello las soluciones deben ser sistémicas y no parciales<sup>91</sup>.

---

<sup>91</sup> (Principios 1, 5, 9, 10, 11, 12 y 13 de la Declaración de Río; y Preámbulo y Artículos 4 y 7 de la Comisión de Expertos, Observación general sobre el Convenio N°169). Es fundamental buscar soluciones integrales que consideren las interacciones de los sistemas naturales entre sí y con los sistemas sociales. Las líneas para la solución de la compleja crisis ambiental, requieren una aproximación integral para combatir la pobreza, para devolver la dignidad a los excluidos y, simultáneamente, para cuidar la naturaleza.

## CAPÍTULO II. EL ESTADO DE DERECHO AMBIENTAL

- 1). Introducción: dos facetas
  - 2). La paradoja del Estado de Derecho.
  - 3). Derechos fundamentales ambientales.
  - 4). El acceso a justicia
  - 5). El acceso a la información y la participación.
  - 6). La progresividad de los derechos fundamentales y el retroceso del derecho ambiental
  - 7). El principio protectorio.
  - 8). Conclusión
- :

## CAPÍTULO II. EL ESTADO DE DERECHO

### AMBIENTAL

#### **1). Introducción: dos facetas**

El Estado de Derecho Ambiental es la vigencia de la ley dentro de un paradigma ambiental, lo que plantea interrogantes diversos.

La discusión comenzó hace pocos años, principalmente luego de la Reunión de “Río+20”. En esa época se constituyó el “Advisory Commitee” de ONU Ambiente integrado por jueces de Cortes Supremas, que comenzó a elaborar este concepto. Luego de numerosas reuniones, el tema fue ingresando en la Organización de Estados Americanos, y en “Global Judicial Institute” como un proyecto central.

La importancia de este concepto tiene presenta dos facetas:

1. Aplicar la ley en toda su extensión;
2. Interpretar el estado de derecho conforme con los principios ambientales

El primer aspecto es claro: donde no hay ley, hay abuso y deterioro de la naturaleza.

Una buena prueba de ello se puede verificar en las zonas marginales del Planeta, donde no llega el Estado, o donde es débil o ineficiente para aplicar la regla jurídica. En esas regiones es donde más se nota la contaminación, el desecho, el abuso indiscriminado.

Por esta razón se ha señalado<sup>92</sup> que “El fortalecimiento del Estado de Derecho es fundamental para proteger los valores ambientales, sociales y culturales y para alcanzar un desarrollo ecológicamente sostenible, La inexistencia del Estado de Derecho en materia ambiental y la falta de cumplimiento de los derechos y las obligaciones de índole legal, podrían tornar arbitrarias, subjetivas e impredecibles a la buena gobernanza, la conservación y la protección ambiental”.

Estos aspectos incluyen:

---

<sup>92</sup> Declaración Mundial de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza (UICN) acerca del Estado de Derecho en materia ambiental. Congreso Mundial de Derecho Ambiental de la UICN, reunido en la ciudad de Rio de Janeiro, Brasil, del 26 al 29 de Abril de 2016,

- a. La elaboración, promulgación e implementación de leyes, regulaciones y políticas claras, estrictas, ejecutables y efectivas que se gestionen eficientemente a través de procesos justos e inclusivos para lograr los más altos estándares de calidad ambiental;
- b. El respeto a los derechos humanos, incluido el derecho a un medio ambiente sano, seguro, y sostenible;
- c. Medidas para asegurar el cumplimiento efectivo de leyes, reglamentos y políticas, incluyendo una adecuada aplicación del derecho penal, civil y administrativo, la responsabilidad por daños ambientales y mecanismos para la resolución imparcial, independiente y oportuna de las controversias;
- d. Reglas eficaces sobre el acceso equitativo a la información, la participación pública en la toma de decisiones y el acceso a la justicia;
- e. La auditoría ambiental y la elaboración de informes, junto con otros mecanismos eficaces de rendición de cuentas, transparencia, ética, integridad y lucha contra la corrupción, y
- f. La utilización de los mejores conocimientos científicos disponibles.

La segunda faceta consiste en interpretar el estado de derecho conforme con los principios ambientales, que estudiaremos en los puntos siguientes con más extensión.

## **2). La paradoja del Estado de Derecho.**

La ley nació como una expresión de las mayorías parlamentarias para establecer límites al poder de los reyes o del presidencialismo excesivo.

Durante un extenso período de la historia se luchó por lograr que las decisiones de gobierno surjan de las mayorías populares y no sean una imposición del Rey, o de una autoridad que no tuviera una legitimidad electoral.

Una vez logrado este objetivo, con el surgimiento de parlamentos en todos los países occidentales, se advirtió que las mayorías podían aprobar leyes que resultaban violatorias de los derechos fundamentales de las minorías. Principalmente durante el siglo XX, con el terrorismo de estado, el nazismo y las persecuciones, comenzó a elaborarse la noción de ley injusta o contraria a los derechos humanos. Ello significó que la ley, representando a las mayorías parlamentarias, podía ser declarada inconstitucional por violar derechos fundamentales que estaban consagrados en las Constituciones o en Tratados internacionales.

Por eso se comenzó a utilizar la noción de “Estado Constitucional de Derecho”. Fue un modo de establecer límites al poder estatal, económico y tecnológico o cognoscitivo<sup>93</sup>.

En la segunda mitad del siglo XX se entendió que el Estado de Derecho implicaba también las reglas del buen gobierno, es decir, la vigencia de principios tales como la transparencia, el acceso a la información, y la participación amplia de los ciudadanos.

Por otra parte, en el derecho privado, se ha desarrollado una amplia tradición en función de la protección de la parte débil. Desde el “favor debitoris” del derecho romano, hasta el “in dubio pro consumatore” actual.

La pregunta que plantea el Estado de Derecho Ambiental es si estos principios genéricos son también aplicables al ambiente o bien hay un doble estándar.

Presentaremos algunos de los aspectos de este problema que luego serán desarrollados en capítulos ulteriores dedicados específicamente a la cuestión ambiental.

### **3). Derechos fundamentales ambientales.**

La ley es una expresión de las mayorías, lo cual tiene un fundamento democrático. La identificación entre la mayoría, la voluntad general, la felicidad del mayor número<sup>94</sup> y la ley que expresa ese sentir, es controvertida. Las mayorías pueden adoptar decisiones inconstitucionales, como por ejemplo apoyar el terrorismo de Estado, o la pena de muerte, y en tales casos las mentadas decisiones encuentran su límite en la norma constitucional.

Ejemplo de ello son las sentencias que descalifican leyes de amnistía que se consideran violatorias de la persecución del terrorismo de estado<sup>95</sup>. No se trata

---

<sup>93</sup> Ampliamos en Lorenzetti, “Teoría de la decisión judicial”.

<sup>94</sup> WALDRON, Jeremy, “The Dignity of Legislation”, Cambridge, University Press, 1999, ps. 158.

<sup>95</sup> Corte Suprema Argentina, “Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad”, en [www.csjn.gov.ar](http://www.csjn.gov.ar). Alemania: (Caso “Guardianes del muro” – “Mauerschützen”, del 24 de octubre de 1996) en una decisión ratificada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, (Caso Stretletz, Kessler y Krenz v. Alemania”, Estrasburgo, 22 de marzo de 2001) en la que ambos tribunales negaron legitimidad a la excusa que invocaron los guardianes del muro de Berlín para asesinar en cumplimiento de la ley. Se afirmó en dichos fallos que existían principios básicos de derechos humanos claramente reconocidos y reconocibles en el origen mismo de la acción, por lo que no puede invocarse la aplicación retroactiva de la ley ni violación alguna al principio de legalidad. Un amplio desarrollo de esta temática puede verse en VIGO, Rodolfo, “La injusticia extrema no es derecho (de Radbruch a Alexy)”, Facultad de Derecho UBA- La ley- Bs.As, 2004. ALEXY, Robert, “La decisión del Tribunal Constitucional alemán sobre los homicidios cometidos por los centinelas del muro de Berlín”, en Revista “Doxa”, Alicante, 1997.

sólo del control constitucional, sino en la fundamentación ética del derecho<sup>96</sup> que en materia ambiental tiene muchísima relevancia.

Un Estado de Derecho Constitucional implica afirmar que rige el principio de la decisión mayoritaria con el límite de los derechos fundamentales. La mayor garantía que se puede otorgar a estos derechos es que no sean derogados por las mayorías ni por el mercado.

Ello debe ser entendido como una garantía de contenido mínimo. Si no fuera así, directamente no funcionaría la democracia, porque los derechos ya estarían previamente adjudicados por técnicos o por jueces, sin debate alguno en la sociedad, satisfaciendo a unos con exclusión de otros. Sobre este aspecto también se sostiene que los derechos no pueden ser insaciables, porque si no tienen límites, pueden devorar la democracia<sup>97</sup>.

Este principio, aplicable a las cuestiones ambientales tiene una gran relevancia.

En numerosas constituciones existe el derecho a un ambiente sano, o el derecho a la vida y también se alude al derecho fundamental al agua potable.

Calificar jurídicamente a determinados derechos ambientales como fundamentales produce dos tipos de efectos:

- Declaración de inconstitucionalidad de leyes que lo afecten gravemente.
- Pretensiones positivas de satisfacción del contenido mínimo del derecho, como ocurre con el acceso al agua potable

#### **4). El acceso a justicia**

El acceso a justicia es otro de los pilares sobre los que se construye la noción del Estado de Derecho, porque importa la ampliación del debate democrático.

El movimiento denominado de “acceso a la justicia”<sup>98</sup> se concentra en los problemas derivados de las dificultades que presenta la posibilidad de

---

<sup>96</sup> FULLER, Lon, “The morality of law”, New Haven, Yale University Press, 1969

<sup>97</sup> Ver el excelente trabajo de PINTORE, Ana, “Derechos insaciables”, en “Los fundamentos de los derechos fundamentales”, cit.-

<sup>98</sup> La bibliografía es muy amplia.- Comenzando por la enorme obra de CAPPELLETTI, Mauro.- También DENTI, Vittorio, "Accesso alla giustizia e Welfare State (a proposito del Florence Access to Justice Project)", publ en Riv. Trim. dir e proc. civ. 1982, pag. 618, donde el autor relata los aspectos principales del proyecto realizado en Florencia, que publicó una obra en seis tomos, donde trabajaron más de cien personas.- ZAMUDIO, H, "Proceso y Democracia, Bs.As. Ejea, 1960; GRINOVER, Ada Pellegrini-DINAMARCO, Candido, "Teoria general do processo", 7ma ed. Sao Paulo, 1990; PELLEGRINI GRINOVER, Ada, WANATABE, Kazuo, enn "Código Brasileiro de defesa do consumidor", 3ra ed. Forense, 1993, Sao Paulo.- En Argentina: MORELLO, Augusto, "Proceso y realidad", LL.1989.B.819; "El derecho procesal

llegar al poder judicial para grandes grupos poblacionales, habitualmente excluidos.

Desde esta perspectiva, no sólo se examina la dogmática del procedimiento, sino su duración, la influencia de las costas, del tiempo, y el impacto sobre los individuos, los grupos y la sociedad<sup>99</sup>. Con estos instrumentos analíticos se han, se identifican obstáculos:

a)- el económico, por el cual muchas personas no tienen acceso a la justicia en virtud de sus bajos ingresos;

b)- el organizativo, por el cual los intereses colectivos o difusos no son eficazmente tutelables en un proceso pensado para conflictos bilaterales;

c)- el procesal, por el cual los procedimientos tradicionales son ineficaces para encauzar estos intereses.

Este enfoque abre un espectro muy amplio de cuestiones.

Un primer aspecto se concentra en la relación entre economía y proceso, estudiando los incentivos que actúan sobre las partes en la toma de la decisión hacer un juicio. En los conflictos ambientales se trata de examinar la función que tienen las indemnizaciones como factor de disuasión de determinadas conductas, o la gratuidad para favorecer una mayor participación de sectores vulnerables en los litigios.

Un segundo campo, relacionado con el anterior, lleva a la conclusión de que no es necesario tratar a todos los conflictos con un solo tipo de procesos, sino que puede haber una gran diversificación y es más eficiente una segmentación atendiendo a las partes, el objeto, el tiempo y el lugar. También es un tema clave en los litigios ambientales, que suelen estar sometidos al proceso ordinario que es muy lento y preparado para otro tipo de cuestiones. De igual modo, los métodos tradicionales de valoración de la prueba, o las medidas cautelares, o los modos de ejecución de sentencias están siendo adaptados a esta nueva tipología.

La ampliación de la legitimación lleva al rediseño de los procesos colectivos que es indispensable en esta materia y que estudiaremos más adelante.

---

civil en los umbrales de un nuevo milenio", JA. 1992-II-854; "El proceso civil colectivo", en "Defensa de los consumidores de productos y servicios", La Rocca Bs.As., 1994, pag.207; MORELLO-BERIZONCE-HITTERS-NOGUEIRA- "La justicia entre dos épocas", Ed. Platense, 1983; GOZAINI, Osvaldo, "La evolución de la ciencia y el derecho ante la estructura procesal codificada: el proceso en su hora de cambio", LL.1987-E-657. Para una visión sociológica general RUIZ, Alicia, "Idas y vueltas. Por una teoría crítica del derecho", Facultad de Derecho, Uba, Bs.As. 2001,

<sup>99</sup> CAPPELLETTI, "Dimensiones de la Justicia en el mundo contemporáneo", Porrúa, México 1993, pag. 88

## 5). El acceso a la información y la participación.

En el ámbito del Estado de Derecho tiene amplia recepción la noción de “Gobierno Abierto” y los derechos a la información y participación. Sin embargo, en cuestiones ambientales, si bien hay declaraciones en este sentido, hay mucha resistencia para aceptar la difusión informativa y la participación cuando se trata de proyectos de inversión con impacto ambiental.

Un buen ejemplo es la noción de “Gobierno Abierto” El concepto de gobierno abierto aporta una nueva perspectiva al sistema democrático de convivencia, mediante el recurso a mecanismos que procuran la transparencia de los gobiernos, así como de espacios permanentes de colaboración y participación de los ciudadanos. Desde una perspectiva instrumental, la noción de *gobierno abierto* enfatiza la necesidad de desarrollar un conjunto eficiente de técnicas tendientes a optimizar la comunicación entre el gobierno y los ciudadanos para lograr un diálogo dinámico, colaborativo, efectivo y eficaz, donde las nuevas tecnologías de la información juegan un rol trascendental.

El concepto de *gobierno abierto* es introducido por Barack Obama en el *Memorando del Presidente respecto a Transparencia y Gobierno Abierto*<sup>100</sup> (“President’s Memorandum on Transparency and Open Government”), adoptado el 21 de enero del 2009, donde establece sus fundamentos al indicar que el gobierno debe ser transparente, participativo y colaborativo.

Entre sus fundamentos, se resalta que:

- la Transparencia promueve responsabilidad pública y acerca a los ciudadanos información respecto a lo que está haciendo su gobierno, capacitándolos y fortaleciéndolos.
- la participación y el compromiso público mejora la efectividad del gobierno y aumenta la calidad de sus decisiones.

---

<sup>100</sup> César Calderón, Sebastián Lorenzo, “Open Government – Gobierno Abierto”, Algón Editores, Jael, abril 2010, pág. 11. [http://opengovernment.com.ar/http://www.whitehouse.gov/the\\_press\\_office/Transparency\\_and\\_Open\\_Government/](http://opengovernment.com.ar/http://www.whitehouse.gov/the_press_office/Transparency_and_Open_Government/)

Memorando del Presidente respecto a Transparencia y Gobierno Abierto (“President’s Memorandum on Transparency and Open Government”), [http://www.whitehouse.gov/the\\_press\\_office/Transparency\\_and\\_Open\\_Government/](http://www.whitehouse.gov/the_press_office/Transparency_and_Open_Government/)

Barack Obama, discurso ante la Asamblea General de las Naciones Unidas 21 de septiembre de 2011: “Open Governance helps ensure accountability and helps to empower citizens”.

<sup>100</sup> Memorando del Presidente respecto a Transparencia y Gobierno Abierto (“President’s Memorandum on Transparency and Open Government”), [http://www.whitehouse.gov/the\\_press\\_office/Transparency\\_and\\_Open\\_Government/](http://www.whitehouse.gov/the_press_office/Transparency_and_Open_Government/)

Memorando del Presidente respecto a Transparencia y Gobierno Abierto (“President’s Memorandum on Transparency and Open Government”), [http://www.whitehouse.gov/the\\_press\\_office/Transparency\\_and\\_Open\\_Government/](http://www.whitehouse.gov/the_press_office/Transparency_and_Open_Government/)

- la colaboración compromete a los ciudadanos en el trabajo de su gobierno.
- De esta manera, se refuerza la democracia y se promueve la eficiencia y efectividad del gobierno.

Finalmente, en el plan nacional propuesto en septiembre del 2011 se mencionan expresamente tres razones independientes que cimientan la apertura del gobierno. A los fundamentos ya reseñados relativos a la promoción de la responsabilidad pública, mejora de la actuación del gobierno, acceso a la información gracias a las nuevas tecnologías y generación de un diálogo recíproco entre el gobierno y los ciudadanos, se agrega que, en muchos campos, el gobierno debería desarrollar políticas con cercana referencia al conocimiento, experiencia y perspectivas de diversos miembros de la ciudadanía. El conocimiento está ampliamente disperso en la sociedad, y los funcionarios públicos se ven sumamente beneficiados de tener acceso a este “conocimiento disperso” y a la consecuente “experiencia y sabiduría colectiva”.

Todo este modelo de gestión fue adoptado por Naciones Unidas y numerosos países.

Sin embargo, cuando se trata de cuestiones ambientales, hay mucha resistencia a aplicar estos criterios.

Por ello se insiste en este tema que es vital para la fortaleza de los reclamos.

La relevancia de los derechos a la información, participación y justicia en los temas del medio ambiente fueron reconocidos numerosas declaraciones internacionales y nacionales<sup>101</sup> basadas en el denominado “Principio 10”<sup>102</sup> que establece: “El mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todos los ciudadanos interesados, en el nivel que corresponda. En el plano nacional, toda persona deberá tener acceso adecuado a la información sobre el medio ambiente de que dispongan las autoridades públicas, incluida la información sobre los materiales y las actividades que encierran peligro en sus comunidades, así como la oportunidad de participar en los procesos de adopción de decisiones. Los Estados deberán facilitar y fomentar la sensibilización y la participación de la población poniendo la información a disposición de todos. Deberá proporcionarse acceso efectivo a los procedimientos judiciales y

---

<sup>101</sup> Decisión N° 26 de fecha 28 de junio de 2007 del CONSEJO DEL MERCADO COMUN del MERCOSUR. Incorporado por Decreto 1289/2010; Art 1.

<sup>102</sup> Declaración de Principios adoptado en 1992 en las Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio ambiente y el Desarrollo (Cumbre de la Tierra de Río de Janeiro).

administrativos, entre éstos el resarcimiento de daños y los recursos pertinentes”<sup>103</sup>.

En el ámbito de América Latina fue admitido en la Cumbre de Desarrollo Sostenible de 1996 en Santa Cruz de la Sierra<sup>104</sup>, en la que se encomendó a la OEA la formulación de una Estrategia Interamericana para la promoción de participación pública en el proceso de toma de decisiones para el desarrollo sostenible (en lo adelante ISP).

Básicamente, se sostiene que:

- Para participar efectivamente, los ciudadanos deben tener acceso oportuno en los diversos niveles del gobierno, a la información, al proceso político y al sistema judicial.
- Para que sean efectivas las alianzas entre la sociedad civil y el gobierno, se requiere que ambos sean confiables y transparentes; la transparencia de todas las partes involucradas en un proceso de toma de decisiones facilita una participación más significativa al asegurar que las motivaciones y los objetivos sean explícitos y que toda la información sea fiable y disponible oportunamente.
- Finalmente, el principio de inclusión requiere la plena participación de todos los interesados y afectados por temas de desarrollo sostenible para lograr soluciones duraderas.

El Sistema europeo e interamericano de Derechos Humanos ha tenido un papel significativo marcando tendencias importantes en el continente con respecto a estos derechos.<sup>105</sup> También se debe tener en cuenta la Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la Información adoptada por la Asamblea General de la Organización <sup>106</sup>entre otros instrumentos relevantes en el marco de la OEA.

Los “Principios Jurídicos Medioambientales para un Desarrollo Ecológicamente Sostenible”<sup>107</sup> dedican un amplio capítulo a este tema, que resumiremos:

---

<sup>103</sup> Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo. Principio 10. Año 1992.

<sup>104</sup> Declaración de Santa Cruz de la Sierra (Declaración de Principios suscrito por los Jefes de Estado y de Gobierno asistentes a la Cumbre de las Américas sobre Desarrollo Sostenible), 7 de diciembre de 1996.

<sup>105</sup> CJI/RES. 147 (LXXIII-O/08) Principios sobre el derecho de Acceso a la información. CP/INF. 6419/12 Guía de Principios para el Acceso a la Justicia en las Américas e informe del Comité Jurídico Interamericano Acceso a la Justicia en las Américas.

<sup>106</sup> AG/RES 2607 - (XL-O/10) “Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la Información Pública”, aprobada en la cuarta sesión plenaria de la Asamblea General, celebrada el 8 de junio de 2010.

<sup>107</sup> Aprobados por la Asamblea Plenaria en la XIX versión de la Cumbre celebrada en Quito, Ecuador los días 18, 19 y 20 de abril de 2018. También: Convenio sobre acceso a la

## Acceso a la Información

El acceso a la información es un derecho humano fundamental que establece que toda persona puede acceder a la información en posesión de órganos públicos, sujeto solo a un régimen limitado de excepciones, acordes con una sociedad democrática, y proporcionales al interés que los justifica.

Los Estados deben asegurar el respeto al derecho de acceso a la información, adoptando la legislación apropiada y poniendo en práctica los medios necesarios para su implementación<sup>108</sup>.

En este contexto, toda persona, grupo u organización deberá tener acceso adecuado y permanente a la información sobre el medio ambiente y su desarrollo progresivo de que dispongan las autoridades públicas, en el marco de su legislación nacional, permitiendo el conocimiento, entendimiento y comprensión de la información sobre los proyectos, materiales y las actividades que ofrecen peligro a sus comunidades, así como las medidas de protección, mitigación, indemnización y reparación del medio ambiente.

Las informaciones sobre medio ambiente serán puestas a disposición del público tan pronto como sea posible, sin que sea necesario invocar un interés particular, teniendo en cuenta que el derecho de acceso a la información se refiere a toda información significativa, cuya definición debe ser amplia, incluyendo toda la que es controlada y archivada en cualquier formato o medio<sup>109</sup>.

Por información ambiental, deberá entenderse todo antecedente disponible en forma escrita, visual, sonora, electrónica o cualquier otra forma de soporte material, virtual, electrónico o digital, relativas:

- i) al estado de los elementos del ambiente, como aire o atmósfera, el agua, el suelo, la tierra, el paisaje y las áreas de interés natural y cultural, incluyendo las zonas húmedas, las zonas litorales y marinas, la diversidad biológica y sus componentes, incluyendo los organismos genéticamente modificados, y la interacción entre esos elementos;
- ii) los factores y las sustancias que puedan afectar el ambiente en sus diferentes formas, mediante la alteración de la naturaleza y su contaminación en sus diversas especies, como son la producción, distribución y comercialización de energía, la emanación de ruidos, residuos, radiaciones, emisiones,

---

información, participación del público en la toma de decisiones y acceso a la justicia en materia ambiental, Convenio de Aarhus; Declaración de Buenos Aires 1972; y Punto 44 de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible, Río + 20

<sup>108</sup> CJI/RES. 147 (LXXIII-O/08) Principios sobre el derecho de Acceso a la información.

<sup>109</sup> CJI/RES. 147 (LXXIII-O/08) Principios sobre el derecho de Acceso a la información.

descargas u otras liberaciones para el ambiente, que afecten o puedan afectar los elementos del ambiente referidos el punto “i”;

- iii) las medidas (incluyendo las administrativas), como políticas, normas, planes, programas, acuerdos en materia de medio ambiente y actividades que afecten o puedan afectar a los elementos y factores citados en las letras i) y ii), así como las actividades o las medidas destinadas a proteger estos elementos.; d) los informes sobre la ejecución de la legislación ambiental; y
- iv) el estado de salud de las personas, su seguridad y sus condiciones de vida, incluyendo la contaminación de la cadena alimentaria, las condiciones de vida o de interés cultural, las construcciones que alteren zonas típicas, históricas o culturalmente relevantes, en la medida que afecten o puedan afectar el estado de los elementos del ambiente referidos al punto “i”, o a través de esos elementos, por cualquiera de elementos referidos a los puntos “ii” y “iii”.

**a)** Se procurará que las autoridades públicas recopilen, posean y tengan al día las informaciones sobre el medio ambiente que sean útiles para el desempeño de sus funciones, y que en caso de amenaza inminente para la salud o el medio ambiente, proporcionen a los habitantes todas las informaciones susceptibles de permitir al público tomar medidas para prevenir, mitigar o limitar los daños eventuales, se difundan inmediatamente y sin demora a las personas que puedan resultar afectadas. Es importante destacar que en un gran número de casos la información ambiental no está en manos del Estado ni de la autoridad público. En estos casos y cuando la falta de acceso a la información encierre algún peligro a la persona, el Juez deberá aplicar el estándar de mayor protección<sup>110</sup>.

**b)** Además, se procurará, que, en el marco de la legislación nacional, las autoridades públicas pongan las informaciones sobre el medio ambiente a disposición del público de manera transparente, de conformidad con el principio de difusión proactiva y que esas informaciones sean realmente accesibles.

---

<sup>110</sup> El Salvador, 30 de enero de 2013, Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia 608-2010. Piche Osorio, Domitila Rosario v/ Ministro y Viceministra del Medio Ambiente y Recursos Naturales (caso de petición y acceso a la información; sobre presunta vulneración a derechos constitucionales por contaminación ambiental en la zona del Sitio del Niño.

## Principio de participación

De conformidad con instrumentos legales internacionales<sup>111</sup>:

a) El mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todos los ciudadanos, en el nivel que corresponda<sup>112</sup>. De esta forma, se deberán adoptar medidas para que la participación del público comience al inicio de los procedimientos, es decir, cuando todas las opciones y soluciones aún sean posibles y cuando el público pueda ejercer una influencia real y efectiva. En virtud de lo anterior, se deberán adoptar las disposiciones prácticas u otras disposiciones necesarias para que el público participe en la elaboración de los planes, programas y políticas relativas al medio ambiente en un marco transparente y equitativo, tras haberle facilitado las informaciones necesarias.

b) La participación ciudadana, reflejo de la democracia participativa, debe observarse:

i) en la formación de las decisiones administrativas;

ii) en la disposición legal, y efectividad del procedimiento de recursos administrativos; y,

iii) en la implementación de procedimientos para las audiencias públicas, plebiscitos o consultas populares, constituyendo la base del consenso para otorgar mayor legitimidad a la gestión pública ambiental.

## 6). La progresividad de los derechos fundamentales y el retroceso del derecho ambiental

Numerosas declaraciones de derechos humanos establecen el principio de “progresividad”, es decir, que una vez que se logra una posición, no puede retrocederse. Ello es expresado de diversas maneras, pero es muy relevante el establecimiento de una base sobre la cual los derechos puedan asentarse sin admitir retrocesos, al menos infundados.

En el campo de los derechos ambientales, a pesar de que son derechos fundamentales, no ocurre lo mismo, no se aplica el mismo criterio y se admite la derogación, el dictado de leyes que hacen retroceder, la denuncia de compromisos internacionales, etc.

Sobre este tema nos extenderemos más al estudiar el principio de no regresión.

---

<sup>111</sup> Convenio sobre acceso a la información, participación del público en la toma de decisiones y acceso a la justicia en materia ambiental, Convenio de Aarhus; Principio 10 Declaración de Río; Agenda 21 Naciones Unidas; Artículo 1.13 Carta de Allborg; y Puntos 43 y 44 de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible, Río + 20

<sup>112</sup> Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo. Principio 10. Año 1992.

## 7). El principio protectorio.

El principio protectorio tiene una extensa evolución histórica<sup>113</sup>

En el derecho romano a partir de la ley “*poetelia papiria*” del año 326 a.c., y el criterio de la benignitas propio de la ética cristiana posterior, se fue conformando un núcleo de principios: “favor libertatis”, “favor debitoris”, “contra stipulatorem”. En el siglo XX se advirtió que muchos deudores son fuertes y otros acreedores débiles. Este fenómeno surgió con los obreros-acreedores-débiles y sus empleadores-deudores-fuertes, en relación al salario. Lo mismo sucedió con diversas categorías de contratantes: los locatarios, los mutuarios, etc. El principio “favor debitoris”, se amplió para ser un “favor debilis”. Este fenómeno se va acentuando hasta que desaparecen las connotaciones relativas a la posición obligacional: “acreedor-deudor”, o a la tipología contractual: “trabajador”, “locatario” y se comienza a tomar en cuenta un término genérico: consumidor. Esta noción se relaciona con el acto de consumo, y no específicamente con la calidad de acreedor o deudor en una obligación o con un contrato en particular.

La base de esta protección amplia es la noción de vulnerabilidad, que define el supuesto de hecho de la norma. Vulnerable es un sujeto que es débil frente a otro en una relación jurídica, y pueden distinguirse diferentes supuestos<sup>114</sup>, incluyéndose tanto los aspectos económicos como cognoscitivos.

Con la aparición de los derechos fundamentales en el campo constitucional y en los tratados internacionales, la tutela se amplía a personas que son minorías vulnerables, por su capacidad diferente, por el género, por la minoridad, y numerosos aspectos<sup>115</sup>.

El dilema que se plantea ahora es el siguiente:

¿Si la naturaleza es débil y vulnerable no sería necesaria esta tutela?

La protección de la persona se está extendiendo a la naturaleza y por esta razón hay numerosos mecanismos de tutela y, sobre todo, la noción “*in dubio pro natura*”, que poco a poco se va admitiendo.

Es nuevamente una discusión acerca de si lo que entendemos aplicable en el Estado de Derecho es aplicable a la naturaleza.

---

<sup>113</sup> Ampliamos en “Derecho del consumidor....”

<sup>114</sup> LIMA MARQUES, Claudia, “Contratos...cit, pag. 270.- Para un estudio minucioso de la vulnerabilidad en el derecho del consumidor ver MORAES, Paulo Valerio Dal Pai, “Codigo de Defesa do consumidor-O principio da vulnerabilidade no contrato na publicidade. Nas demais praticas comerciais”, Ed. Sintese, Porto Alegre, 1999.- Ver también, aunque tratado muy brevemente, ALPA, Guido, “Il Diritto dei consumatori”, Ed. Laterza, Roma, 1999.- pag 19.-

<sup>115</sup> Ver el Código Civil y Comercial de la Nación Argentina que incluye numerosas disposiciones de este tipo.

## **8). Conclusión:**

- El Estado de Derecho Ambiental es la vigencia de la ley dentro de un paradigma ambiental.
- La primera regla es garantizar la aplicación de la ley ambiental en todas las regiones del planeta, con independencia de su grado de marginalidad.
- La segunda regla es evitar el doble estándar, en el sentido de que los principios tradicionales del estado de derecho, no pueden ser dejados de lado o devaluados cuando se trata de conflictos ambientales.
- Calificar jurídicamente a determinados derechos ambientales como fundamentales produce dos tipos de efectos:
- Declaración de inconstitucionalidad de leyes que lo afecten gravemente.
- Pretensiones positivas de satisfacción del contenido mínimo del derecho, como ocurre con el acceso al agua potable
- El acceso a justicia, ampliamente reconocido en los ámbitos jurídicos, también se aplica al campo de la legitimación ambiental.
- El estudio de impacto ambiental, la transparencia informativa, el acceso a la información, y la participación ciudadana forman parte de los principios de gobierno abierto y son plenamente aplicables.
- La progresividad de los derechos fundamentales se aplica al campo de los derechos humanos ambientales.
- El principio protectorio se aplica a la naturaleza.

# CAPÍTULO III. BIENES JURÍDICOS

## AMBIENTALES

Introducción

### **Primera Parte. El bien jurídico ambiental**

- I) Bien colectivo situado en la esfera social
  - 1) Indivisibilidad de los beneficios
  - 2) Uso común sustentable
  - 3) No exclusión de beneficiarios
  - 4) Estatus normativo
  - 5) Calificación objetiva
  - 6) Legitimación para obrar difusa o colectiva
  - 7) Precedencia de la tutela preventiva
  - 8) Resarcimiento a través de patrimonios de afectación
  - 9) Ubicación en la esfera social
- II) Deberes, límites y derechos fundamentales típicos
- III) Noción de ambiente

### **Segunda parte: Las acciones**

- I) Las acciones según los conflictos
- II) La tipicidad de los derechos
  - 1) Esquema
  - 2) Derechos sobre bienes jurídicos individuales
  - 3) Derechos sobre bienes jurídicos colectivos
  - 4) Derechos sobre intereses individuales homogéneos
- III). El Código Civil y Comercial de la Nación Argentina

### **Tercera Parte: La Naturaleza como sujeto**

# CAPÍTULO III. BIENES JURÍDICOS

## AMBIENTALES

### **Introducción**

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

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

### **Primera Parte. El bien jurídico ambiental**

#### **I) Bien colectivo situado en la esfera social**

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

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

El bien colectivo presenta las siguientes características <sup>116</sup>:

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

Este “carácter no distributivo” impide la concesión de derechos subjetivos, ya que éstos presuponen que la titularidad se ejerce sobre una porción identificable o claramente delimitada. No hay derecho de propiedad ni posesión individual que permita adquirirla, y sólo se conceden derechos de actuación bajo la forma de la legitimación para obrar difusa o colectiva. En el mismo sentido, la transacción es limitada, porque nadie puede disponer, renunciar o efectuar reconocimientos sobre un bien del que no puede disponer <sup>117</sup>.

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

Este uso común produce lo que se denomina la “tragedia de los comunes”, es decir, la ausencia de incentivos individuales para protegerlos y evitar el sobreuso. La masividad en el uso de bienes colectivos frecuentemente lleva a su agotamiento o destrucción, por lo que se requieren reglas limitativas que definan el uso sustentable. Ello significa que el uso del bien debe ser hecho de tal modo que no comprometa las posibilidades de otros individuos y de las generaciones futuras.

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

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

---

<sup>116</sup> ALEXY, Robert, “El concepto y la validez del derecho”, Gedisa, Barcelona, 1994, pág. 187.

<sup>117</sup> Sobre este tema transacción ver el Capítulo sobre Cumplimiento Forzado. Sobre transacción en general ampliamos en “Tratado de los Contratos”, ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2000, T. III.

#### **4) Estatus normativo: el bien colectivo tiene reconocimiento legal**

En nuestra opinión, es necesario que sea calificado como un bien, es decir, un interés genérico merecedor de tutela, ya que puede haber “males colectivos” como la alta tasa de inflación o de criminalidad que no son protegidos. La existencia jurídica de un bien colectivo se identifica entonces por su reconocimiento deontológico, en el sentido de que su protección debe estar ordenada <sup>118</sup>. Una vez que se admite que el derecho puede discriminar entre bienes y males colectivos, corresponderá determinar si es necesario que el bien esté reconocido por ley para que exista como tal, o bien puede surgir de la mera costumbre. Ello permite distinguir entre bienes colectivos típicos (reconocidos por ley) y atípicos (que podrían surgir de la costumbre). En materia ambiental existen tratados internacionales y leyes nacionales que reconocen toda clase de bienes, de manera que el problema no es tan importante como pareciera desde el punto de vista teórico. La admisión de bienes atípicos puede generar dificultades jurídicas porque pueden ser diferentes de los que el legislador identifica, o no coincidir totalmente, con lo cual habría una fragmentación que dañaría la eficacia de la tutela ambiental. Por estas dos razones nos inclinamos por el reconocimiento legal.

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

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

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

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

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

---

<sup>118</sup> ALEXI, op. cit, pág. 187.

exclusivo, ya que se amplía a las organizaciones no gubernamentales que representan un interés colectivo, y a los afectados, que invocan un interés difuso .

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

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

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

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

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

Los derechos humanos permiten la protección de la persona construyendo una frontera para preservar la esfera íntima, lo que causa obligaciones de no hacer: no invadir la privacidad.

También surgen obligaciones de hacer cuando se trata de derechos económico-sociales, en los que hay una relación intersubjetiva; por ejemplo obligación de dar prestaciones de salud.

Los bienes colectivos pertenecen a la esfera social, es decir, el conflicto no es un ataque al individuo, ni entre personas, sino una relación entre los bienes trans-individuales y los sujetos. Esta afirmación es importante, porque en el primer caso tiene precedencia la protección del individuo, en el segundo es un problema de ponderación equilibrada de derechos de valor semejante, mientras que en el tercero es una relación entre el derecho subjetivo y el colectivo.

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

## II) Deberes, límites y derechos fundamentales típicos

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

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

La noción de derechos fundamentales ha estado inescindiblemente unida a las nociones de persona y derecho subjetivo<sup>119</sup>. Estos “derechos” son los que corresponden universalmente a “todos” los “seres humanos” en cuanto dotados del *status* de personas, de ciudadanos o sujetos con capacidad de obrar, entendiendo por “derecho subjetivo” cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por “*status*” la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas.

Hemos criticado esta noción<sup>120</sup> porque está basada de modo excluyente en los derechos humanos de contenido negativo (de primera generación) o positivo (de segunda generación) y son concebidos como derechos “insaciables” porque se satisfacen aún cuando ello importe el agotamiento de los bienes comunes.

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

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

---

<sup>119</sup> FERRAJOLI, Luigi, “Los fundamentos de los derechos fundamentales”, Ed Trotta, 2001.

<sup>120</sup> En “Teoría de la decisión judicial”, Rubinzal-Culzoni, 2006.

completar la teoría de los derechos ampliando los bienes tutelados: bienes individuales y colectivos.

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

En los últimos años se ha revelado otro fenómeno derivado del creciente colapso de la naturaleza, y es el surgimiento de derechos humanos vinculados a bienes ambientales. En numerosas constituciones existe el derecho al medio ambiente adecuado <sup>121</sup>, y en tratados internacionales se comienza a discutir el derecho a bienes más específicos. El caso más comentado es el del agua potable, que se ha vuelto un recurso escaso y que al mismo tiempo es necesario para la subsistencia humana. El problema es que el agua está siendo sometida a regímenes de mercado, lo que le impone un precio que muchas personas no pueden pagar, y que ha planteado la necesidad de un “derecho fundamental al agua potable”<sup>122</sup>.

En virtud de lo expuesto podemos afirmar que

*El derecho ambiental se basa en la regulación de un bien colectivo que genera derechos, deberes así como límites y nuevos derechos fundamentales.*

Podemos decir que hay:

Deberes ambientales puros:

- Positivos: como ocurre con los deberes de preservación de los recursos naturales o de la biodiversidad;
- Negativos: como los de no dañar a otro, no contaminar;

Límites al ejercicio de los derechos subjetivos: por ejemplo, el derecho al consumo, se vuelve “consumo sustentable”, es decir, limitado; el derecho a ejercer una industria lícita aparece condicionado por el principio precautorio;

Derechos con tipicidad específica: En el campo de los reflejos individuales de la protección del ambiente, surgen derechos típicos, como el referido al medio ambiente o al agua potable.

### III) Noción de Ambiente

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

---

<sup>121</sup>LOPERENA ROTA, Demetrio, “El derecho al medio ambiente adecuado”, Madrid, 1996, Civitas.

<sup>122</sup> Ampliamos en el capítulo VII:

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

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

Efectuada esta aclaración, cabe decir que el concepto de “ambiente” ha ido evolucionando y todavía presenta un alto grado de confusión <sup>123</sup>.

Para una tendencia restrictiva se incluyen sólo los recursos naturales tales como agua, suelo, flora, fauna y otros <sup>124</sup>. Un poco más amplia es la inclusión de los bienes culturales, como el patrimonio histórico. Otra versión más extensa abarca problemas de política social, como la pobreza o la vivienda y la calidad de vida en general. Finalmente, otros concluyen en el concepto de calidad de vida, como comprensivo del conjunto de cosas y circunstancias que rodean y condicionan la vida del hombre. Es evidente que coexisten conceptos, principios, valores, que deben diferenciarse.

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

El listado de elementos materiales debería ser ampliado por otros inmateriales como el paisaje <sup>125</sup> o el patrimonio histórico.

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

El ambiente es un “macro-bien”, y como tal es un sistema, lo cual significa que es más que sus partes: es la interacción de todas ellas.

---

<sup>123</sup> Muchos autores definen al ambiente mediante una enumeración de los bienes que lo componen: MILARE, Edis, “Direito do Ambiente”, doutrina-practica-jurisprudencia-glossario, 2da ed. Rev dos Tribunais, S.Paulo, 2001; OROZCO PARDO, Guillermo, PÉREZ ALONSO, Esteban, “La tutela civil y penal del patrimonio histórico, cultural y artístico”, Madrid, 1996, Mc Graw-Hill; JORDANO FRAGA, Jesús, “La protección del derecho a un medio ambiente adecuado”, Barcelona, 1995, Bosch.

<sup>124</sup> BENJAMIN, Antonio, “Função ambiental”, en “Dano Ambiental. Prevenção, reparação, e repressão”, Ed Rev. Dos Tribunais, Sao Paulo, 1993, pág. 49.

<sup>125</sup> Ampliamos en Cap VII. PRIEUR, Michel: “Convención Europea del Paisaje”, su disertación en el “Primer Congreso Internacional de Derecho Ambiental”, El Calafate, Provincia de Santa Cruz, 22 y 23 de abril de 2004. Prieur, Michel, “La noción de patrimonio común”, JA 1998-IV-1014, dice que “el paisaje es la ilustración perfecta de la unión en torno de un patrimonio a la vez natural y cultural. De allí que la noción de patrimonio común aparezca como transambiental, es decir como aplicable a casi todos los elementos del medio ambiente, sean naturales o culturales”.

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

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

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

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

## **Segunda parte: El ambiente y las acciones**

### **I) Las acciones según los conflictos**

Hemos dicho que el bien ambiental es colectivo, situado en la esfera social y que causa tanto derechos como obligaciones. Esta es la definición adoptada por la Corte Suprema argentina, al señalar <sup>126</sup>:

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

---

<sup>126</sup> Sentencia del 20 de junio de 2006 en Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza - Riachuelo).

*particular energía con que los jueces deben actuar para hacer efectivos estos mandatos constitucionales”.*

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

Tipicidad de los conflictos:

- *Acción lesiva del ambiente:* en este caso es afectado el bien colectivo, y pueden accionar los legitimados extraordinarios (afectado-organizaciones colectivas-representantes públicos), que son titulares de intereses difusos, colectivos o públicos, pero no son dueños del bien. Tratamos este problema en el punto siguiente;
- *Acción lesiva de derechos individuales:* como consecuencia de la afectación del bien colectivo pueden producirse efectos sobre la vida, la salud o el patrimonio de las personas. Pueden accionar sus titulares, como lo vemos en el punto siguiente;
- *Lesión de derechos individuales con efectos sobre el ambiente:* en este caso se recorre el camino inverso al anterior. Desde las restricciones al disfrute de la propiedad, se puede llegar hasta el “public nuisance”, que es una especie de delito que obstruye o causa daño al público o una clase o un grupo de personas en el ejercicio de sus derechos, los cuales pueden referirse al “razonable confort” afectado por ruidos producidos por un festival de rock, provocadas por obstrucciones a la vía pública, poda indiscriminada de árboles, o afectaciones a salud pública, o seguridad, llegándose a vincularlo a la protección del medio ambiente <sup>127</sup>. Esta vía jurídica fue utilizada cuando no había una clara recepción del bien colectivo, pero actualmente no es necesaria.

Acciones:

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

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

---

<sup>127</sup> Conf. SALMOND HEUSTON, “On the law of torts”, 20 ed. Sweet Maxwell, London, 1992, pág. 32.

Como lo hemos señalado al caracterizar los bienes colectivos, en el derecho común la víctima tiene la posibilidad de elegir entre la prevención, la recomposición “in natura” o la indemnización dineraria, pero ello no ocurre en materia ambiental, donde dicha posibilidad no existe.

El orden de las acciones es de orden público y por lo tanto no disponible

El fundamento es el carácter “no monetizable” del bien.

En el derecho de la responsabilidad civil, la reparación está inescindiblemente unida a la existencia del mercado. Así, cuando se petitiona el monto dinerario sustitutivo del valor de un bien patrimonial, es porque hay un mercado donde cotiza y se puede conocer el precio por equivalente dinerario. En otros casos, el resarcimiento no es por equivalente, sino por satisfacción, como ocurre en muchos supuestos del denominado “daño moral”; no hay un mercado donde coticen los sentimientos, pero es posible encontrar bienes que brinden satisfacciones que puedan hacer olvidar o disminuir el agravio. En otros supuestos donde el daño moral no admite satisfacción, ya no hay relación alguna con la reparación, sino más bien con la sanción a través de daños punitivos <sup>128</sup>.

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

Siempre procede, en primer lugar, la prevención, luego la recomposición y finalmente la reparación <sup>129</sup>. Esto ha sido dicho por la Corte Suprema argentina <sup>130</sup>: *“Que, en virtud de lo expresado, la presente causa tendrá por objeto exclusivo la tutela del bien colectivo. En tal sentido, tiene una prioridad absoluta la prevención del daño futuro, ya que —según se alega— en el presente se trata de actos continuados que seguirán produciendo contaminación. En segundo lugar, debe perseguirse la recomposición de la*

---

<sup>128</sup> Sobre estos temas ampliamos en: “La lesión física a la persona, el cuerpo y la salud, el daño emergente y el lucro cesante”, Revista de Derecho Privado y Comunitario, N° 1, Sec. Doctrina, Editorial Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1992, págs. 102 a 141.

<sup>129</sup> MESSINA DE ESTRELLA GUTIÉRREZ, Graciela N., “La efectiva prevención del daño ambiental”, JA, 1999-I, 277; SAUX, Edgardo I. “Acceso a la tutela de los derechos de incidencia colectiva en el nuevo texto constitucional”, Revista Derecho Privado y Comunitario, N° 7, p. 123; SABSAY, Daniel: “El amparo como garantía para la defensa de los derechos fundamentales”, Revista de Derecho Procesal citada, vol. 5, tomo II, p. 33; GOZAÍNI, Osvaldo, “El derecho de amparo”, Depalma, 2° edición, 1998; CAFFERATTA, Néstor A., “Daño ambiental colectivo y proceso civil colectivo” ley 25.675, Revista de Responsabilidad civil y Seguros, Año V, N° II, marzo - abril 2003, p. 51. “Ley 25.675 General del Ambiente. Comentada, interpretada y concordada, DJ, 2002-3, p. 1133, boletín del 26 de diciembre 2002; PEYRANO, Guillermo F., “Medios procesales para la tutela ambiental”, JA, 2001-III, 1173.

<sup>130</sup> Sentencia del 20 de junio de 2006 en Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza - Riachuelo).

*polución ambiental ya causada conforme a los mecanismos que la ley prevé, y finalmente, para el supuesto de daños irreversibles, se tratará del resarcimiento”.*

## II) La tipicidad de los derechos

### 1) Esquema

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

La existencia de una tipicidad conflictual lleva a una tipicidad de derechos que corresponde calificar en tres categorías.

*Derechos sobre bienes jurídicos individuales:* el interés es individual, la legitimación también, y cada interés es diverso de otros; cada titular inicia una acción y obtiene una sentencia en un proceso bilateral. Estamos acostumbrados a que se concedan acciones individuales como reconocimiento de un interés individual, sea un derecho subjetivo o un interés legítimo o de hecho no reprobado por la ley. Es el modelo tradicional del litigio singular.

*Derechos sobre intereses individuales homogéneos:* la afección es individual, la legitimación es individual, pero el interés es homogéneo y susceptible de una sola decisión. Puede haber también muchos individuos interesados en la misma pretensión: por ejemplo cuando un jubilado reclama el reajuste de su haber, y el juez le da la razón, puede haber miles en la misma situación. Por eso es razonable que se dicte una sentencia que sirva para todos los casos similares, dándosele efectos *erga omnes* a la cosa juzgada.

El interés es individual, la legitimación es individual, pero hay homogeneidad objetiva entre todos ellos, y una sola causa o evento generador del daño (factor común de afectación); por lo tanto es conveniente y viable procurar una sola decisión.

*Derechos sobre bienes jurídicos colectivos:* el bien afectado es colectivo, el titular del interés es el grupo y no un individuo en particular. En estos supuestos puede existir una legitimación difusa en cabeza de uno de los sujetos que integran el grupo (interés difuso), o de una asociación que tiene representatividad en el tema (interés colectivo), o del Estado (interés público). En el interés individual, pluriindividual y grupal hay una relación directa con su titular.

En general se observa bastante confusión sobre estas categorías y diferentes denominaciones, pero el problema que plantea cada una de ellas es sustancialmente diferente y ello debe quedar claro<sup>131</sup>.

---

<sup>131131</sup> Este tema lo hemos trabajado desde hace muchos años con Antonio Benjamin, que lo incorporó en el Código de Defensa del Consumidor de Brasil. Por mi parte, lo escribí en fallos

En este esquema es interesante el siguiente ejemplo

Supongamos que una fábrica arroja líquidos contaminantes a un río y se producen los siguientes daños:

Tres personas sufren lesiones al beber agua (daño a la salud): cada una de ellas es titular de un interés individual y promoverá una demanda para el resarcimiento de los daños sufridos.

Un millón de personas beben el agua, porque ésta penetró en el sistema de suministro de agua potable de una ciudad. Este caso es objetivamente igual que el anterior, ya que se causa un perjuicio individual, pero ocurre que hay numerosos sujetos. El problema es entonces de organización de la justicia (no del tipo de bien jurídico) y ha dado lugar a las acciones de clase, que permiten canalizar los daños masivos. Es por esta razón que se dictan leyes que organizan una clase, establecen sus categorías y otorgan efectos expansivos a la cosa juzgada. El problema es que si no hay ley, es muy difícil organizar una clase, y hay grandes riesgos de conflictos mayores que si se dejara a cada uno obrar por su cuenta. Ello es así por las dificultades del acceso a la jurisdicción, la posible superposición de acciones y de sentencias contradictorias.

Algunas aves beben el agua y mueren. Eran las últimas representantes de la especie, con lo cual se afecta un bien colectivo, del cual nadie es dueño y no hay derechos subjetivos. Hay legitimación para obrar en defensa del bien, y por ello pueden reclamar el afectado (interés difuso), una organización (interés colectivo) o el defensor general (interés público), pero lo hacen por una legitimación extraordinaria que otorga la ley. En este caso, si hubiera una indemnización, no ingresa al patrimonio de ninguno de ellos, porque no hay derechos subjetivos propios.

Este criterio ha sido receptado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en “Halabi” (consid. 9º), que citaremos textualmente para conservar la claridad y precisión terminológica<sup>132</sup>.

---

de la Corte Suprema: “Mendoza” (Fallos: ...), luego mis votos en “Mujeres por la vida” (Fallos:...), y luego, logrando mayoría, la sentencia “Halabi” (Fallos: ). En cuanto a libros, “Justicia Colectiva”...

<sup>132</sup> Sobre el fallo de la CSJN, 24/02/09, “Halabi, Ernesto c/ Poder Ejecutivo Nacional- ley 25873- dto 1563/04 s/ amparo ley 16986”, LL, 2009-B, 157; CATALANO, Mariana – GONZALEZ Rodríguez, Lorena, “Los litigios masivos según el prisma de la Corte Suprema”, LL, 2009-B, 601; GELLI, María A, “La acción colectiva de protección de derechos individuales homogéneos y los límites al poder en el caso “Halabi”, LL, Suplemento Constitucional, marzo 2009, p. 29; CASSAGNE, Juan C., “Derechos de incidencia colectiva. Los efectos erga omnes de la sentencia. Problemas de reconocimiento de la acción colectiva”, LL, 2009-B, 649; SAGÚES, Néstor P., “La creación pretoriana del amparo- acción de clase como proceso constitucional”, JA, 2009- II, p. 25, fascículo n. 4; GALDÓS, Jorge Mario Los daños masivos y el proceso colectivo (repercusiones de Halabi) RCyS2010-IV, 71; GIL DOMINGUEZ, Andrés “Derechos colectivos y acciones colectivas” en La Ley, 2009-C, pág. 1128

## 2) Derechos sobre bienes jurídicos individuales

La Corte señala en “Halabi” que “la regla general en materia de legitimación es que los derechos sobre bienes jurídicos individuales son ejercidos por su titular. Ella no cambia por la circunstancia de que existan numerosas personas involucradas, toda vez que se trate de obligaciones con pluralidad de sujetos activos o pasivos, o supuestos en los que aparece un litisconsorcio activo o pasivo derivado de la pluralidad de sujetos acreedores o deudores, o bien una representación plural. En estos casos, no hay variación en cuanto a la existencia de un derecho subjetivo sobre un bien individualmente disponible por su titular, quien debe, indispensablemente, probar una lesión a ese derecho para que se configure una cuestión justiciable. A esta categoría de derechos se refiere el primer párrafo del artículo 43 de la Constitución Nacional en que encuentra cabida la tradicional acción de amparo, instituida por vía pretoriana por esta Corte en los emblemáticos fallos ‘Siri’ y ‘Kot’ (años 1957 y 1958; *Fallos*: 239:459 y 241:291, respectivamente) y consagrada más tarde mediante la ley 16.986/66 aún vigente en el orden federal. Esta acción está destinada a obtener la protección de derechos divisibles, no homogéneos y que se caracteriza por la búsqueda de la reparación de un daño esencialmente individual y propio de cada uno de los afectados”.

## 3) Derechos sobre bienes jurídicos colectivos

La Corte señala en “Halabi” que “los derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos (art. 43 de la Constitución Nacional) son ejercidos por el Defensor del Pueblo de la Nación, las asociaciones que concentran el interés colectivo y el afectado. En estos supuestos existen dos elementos de calificación que resultan prevalentes. En primer lugar, la petición debe tener por objeto la tutela de un bien colectivo, lo que ocurre cuando éste pertenece a toda la comunidad, siendo indivisible y no admitiendo exclusión alguna. Por esta razón sólo se concede una legitimación extraordinaria para reforzar su protección, pero en ningún caso existe un derecho de apropiación individual sobre el bien ya que no se hallan en juego derechos subjetivos. No se trata solamente de la existencia de pluralidad de sujetos, sino de un bien que, como el ambiente, es de naturaleza colectiva. Es necesario precisar que estos bienes no tienen por titulares a una pluralidad indeterminada de personas, ya que ello implicaría que si se determinara el sujeto en el proceso éste sería el titular, lo cual no es admisible. Tampoco hay una comunidad en sentido técnico, ya que ello importaría la posibilidad de peticionar la extinción del régimen de cotitularidad. Estos bienes no pertenecen a la esfera individual sino social y no son divisibles en modo alguno. En segundo lugar, la pretensión debe ser focalizada en la incidencia colectiva del derecho. Ello es así porque la lesión a este tipo de bienes puede tener una repercusión sobre el patrimonio individual, como sucede en el caso del daño ambiental, pero esta última acción corresponde a su titular y resulta concurrente con la primera. De tal manera,

cuando se ejercita en forma individual una pretensión procesal para la prevención o reparación del perjuicio causado a un bien colectivo, se obtiene una decisión cuyos efectos repercuten sobre el objeto de la *causa petendi*, pero no hay beneficio directo para el individuo que ostenta la legitimación. Puede afirmarse, pues, que la tutela de los derechos de incidencia colectiva sobre bienes colectivos corresponde al Defensor del Pueblo, a las asociaciones y a los afectados, y que ella debe ser diferenciada de la protección de los bienes individuales, sean patrimoniales o no, para los cuales hay una esfera de disponibilidad en cabeza de su titular”.

#### 4) Derechos sobre intereses individuales homogéneos

La Corte señala en “Halabi” que “la Constitución Nacional admite una tercera categoría, conformada por derechos de incidencia colectiva referentes a los intereses individuales homogéneos” y que “en estos casos no hay un bien colectivo, ya que se afectan derechos individuales enteramente divisibles. Sin embargo, hay un hecho, único o continuado, que provoca la lesión a todos ellos y por lo tanto es identificable una causa fáctica homogénea. Ese dato tiene relevancia jurídica porque en tales casos la demostración de los presupuestos de la pretensión es común a todos esos intereses, excepto en lo que concierne al daño que individualmente se sufre. Hay una homogeneidad fáctica y normativa que lleva a considerar razonable la realización de un solo juicio con efectos expansivos de la cosa juzgada que en él se dicte, salvo en lo que hace a la prueba del daño [...] Que la procedencia de este tipo de acciones requiere la verificación de una causa fáctica común, una pretensión procesal enfocada en el aspecto colectivo de los efectos de ese hecho y la constatación de que el ejercicio individual no aparece plenamente justificado. Sin perjuicio de lo cual, también procederá cuando, pese a tratarse de derechos individuales, exista un fuerte interés estatal en su protección, sea por su trascendencia social o en virtud de las particulares características de los sectores afectados”.

### III). El Código Civil y Comercial de la Nación Argentina

El 1 de Octubre de 2014, mediante la promulgación de la ley 29.664<sup>133</sup>, entró en vigencia el nuevo Código Civil y Comercial, que en su título introductorio presenta una nueva tipicidad de los derechos contenidos en su texto, un diseño sobre la articulación entre los derecho individuales y colectivos y una nueva tipicidad en la regulación de los bienes.<sup>134</sup>

---

<sup>133</sup> Publicada en el Boletín Oficial del 08/10/2014.

<sup>134</sup> Ver Lorenzetti, Ricardo L., “Fundamentos de Derecho Privado. Código Civil y Comercial de la Nación Argentina”, Capítulo 3, Julio 2016, La Ley, Bs. As. Lorenzetti, Ricardo, “Código Civil Comentado..”, Rubinzal y Culzoni. Verbic, Francisco Derechos de incidencia colectiva y tutela colectiva de derechos en el Proyecto de Código Civil y Comercial RCyS 2013-IV, 58; Salgado, José María Derechos colectivos en el proyecto de actualización y unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación RCyS 2012-X , 29; Giannini, Leandro J. Los derechos de

En materia de tipicidad de derechos, el Código es innovador en el marco del derecho comparado y de la propia historia de la codificación. Lo habitual es que el derecho privado regule conflictos entre derechos individuales, pero este Código también se refiere a los derechos de incidencia colectiva.

El nuevo Código Civil y Comercial se caracteriza, entre otras cosas, por ser un Código de los derechos individuales y colectivos.<sup>135</sup> Ello resulta una consecuencia evidente del fenómeno de constitucionalización del derecho privado que implica dejar de lado la división tajante entre derecho privado y derecho público, característica de la codificación decimonónica.<sup>136</sup>

El Anteproyecto 2012 proponía una protección más completa de los derechos de incidencia colectiva, - una sección especial destinada a regular las acciones y directivas sustanciales para los daños de incidencia colectiva y la mención expresa a los casos de derechos individuales homogéneos en el título preliminar-que fue modificada por el PEN antes de que el proyecto ingresara al Congreso.<sup>137</sup> Esta mención, además de aportar claridad en el ordenamiento, establecía un criterio de aplicación en la jurisprudencia y doctrina.

Por lo tanto, el Código reconoce los derechos individuales, lo que significa que, cuando hay multiplicidad de ellos, puede solucionarse por otras vías, como ocurre con las leyes de defensa del consumidor, las procesales o la jurisprudencia. Por esta razón, los derechos individuales homogéneos existen como categoría jurídica, sólo que no están expresamente receptados en el Código.

En primer lugar, en el título preliminar, el artículo 14 dispone que se reconocen los derechos individuales y los derechos de incidencia colectiva, y que la ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos individuales cuando afecta el ambiente o derechos de incidencia colectiva en general. El antecedente de este artículo es el fallo “Halabi”<sup>138</sup>, con una pequeña diferencia de terminología, ya que se decidió mantener la utilizada por la Constitución que se refiere a derechos de incidencia colectiva.

---

incidencia colectiva en el Proyecto de Código Civil y Comercial (Aportes para su redefinición) en DJ 05/09/2012 , 89);

<sup>135</sup> En los fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial 2012, los miembros de la Comisión de Reformas expresan que se trata de un Código de los derechos individuales y colectivos. Ver Fundamentos del Anteproyecto disponible en [www.nuevocodigocivil.com](http://www.nuevocodigocivil.com)

<sup>136</sup> Ampliamos en Lorenzetti, Ricardo L., “Fundamentos...”, Capítulo 3, inc II, Julio 2016, La Ley, Bs. As.

<sup>137</sup>Tolosa, Pamela-González Rodríguez Lorena, “La Protección de los derechos de incidencia colectiva en el nuevo Código Civil y Comercial”, (Publicado en 2015. <http://www.nuevocodigocivil.com/> )

<sup>138</sup> CSJN Fallos:332:111

Luego, en el libro I, título III, capítulo I, el artículo 240 dispone que el ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes *debe ser compatible con los derechos de incidencia colectiva y no debe afectar el funcionamiento ni la sustentabilidad de los ecosistemas de la flora, la fauna, la biodiversidad, el agua, los valores culturales, el paisaje, entre otros, según los criterios previstos en la ley especial.*

En el libro III, tanto en el título III como en el título V se encuentran disposiciones específicas referidas a la protección de derechos de incidencia colectiva.

Por otro lado, el capítulo I del título V del mismo libro III contiene las normas referidas a la responsabilidad civil, y dentro de ellas, varias apuntan a la protección de los derechos de incidencia colectiva. Así, el deber de prevención y la acción preventiva de daños, si bien no se refieren exclusivamente a casos relativos a derechos de incidencia colectiva, sin duda tienen un fuerte impacto en este campo – especialmente, en materia de protección del ambiente.

En otro orden, el concepto de daño jurídico que adopta el nuevo código expresamente comprende la afectación de derechos de incidencia colectiva<sup>139</sup> y, consecuentemente, al daño de incidencia colectiva.<sup>140</sup>

### **Tercera Parte: La Naturaleza como sujeto**

En los últimos años se ha desarrollado una tendencia concentrada en el reconocimiento de derechos de la naturaleza<sup>141</sup>, de algunas de sus partes como los ríos o los animales.

El tema plantea varios problemas teóricos y prácticos<sup>142</sup>.

---

<sup>139</sup> “ARTÍCULO 1737.- Concepto de daño. Hay daño cuando se lesiona un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto la persona, el patrimonio, o un derecho de incidencia colectiva.”

<sup>140</sup> El Proyecto incluía también en este mismo capítulo el instituto de la sanción pecuniaria disuasiva para casos de afectación de derechos de incidencia colectiva (en la sección segunda), que fue suprimida durante el tratamiento parlamentario.

<sup>141</sup> Entre los primeros trabajos sobre el tema ver: BENJAMIN, Antonio H.: “Derechos de la Naturaleza?”, pág. 31, pto III, Sustentabilidad concepto y fundamentos éticos, en “Obligaciones y Contratos en los Albores del S. XXI”, bajo la dirección de Oscar Ameal, Coord. Silvia Tanzi, Homenaje al Prof. R. López Cabana, Abeledo- Perrot, 2001.

<sup>142</sup> Rodríguez Carlos “La nueva constitución de Ecuador ¿la tierra como sujeto de derechos?, en Revista de Derecho Ambiental 18-19; Quiroga Lavié, Humberto ¿Es la naturaleza sujeto de derecho, o solamente tiene la condición de objeto protegido? El derecho ambiental como hecho en LA LEY 2012-C , 1361; Morello, Augusto M. y Cafferatta, Néstor A La sociedad y la naturaleza como sujetos de derecho por. ED, 212-899; Gonzalo Sozzo El daño a los bienes culturales en “Derecho ambiental y daño”, Ricardo L. Lorenzetti (Director), edit. La Ley,

Para esclarecer este problema conviene distinguir entre la necesidad de proteger un bien y los instrumentos para lograrlo, en cada ámbito.

En general hay un consenso creciente sobre el hecho de que la naturaleza y sus partes necesitan protección. Desde el punto de vista de la filosofía, la ética, la biología, la economía, hay una gran cantidad de instrumentos que se van conformando, como lo describimos al analizar el paradigma ambiental.

En el Derecho también existe una corriente en el mismo sentido.

La cuestión específica para estudiar es sobre las normas jurídicas, y se presentan las siguientes alternativas:

1. El sistema jurídico no confiere ninguna acción para proteger la naturaleza, porque es un tema de políticas públicas;
2. Las personas tienen derechos individuales a un ambiente sano y por ello pueden accionar;
3. La Naturaleza o sus partes, sin ser sujetos de derecho, son bienes colectivos jurídicos tutelados y pueden ser accionar todos aquellos a quienes se les da legitimación;
4. La Naturaleza o sus partes son sujetos de derecho, y pueden accionar mediante representantes;

La primera opción es tradicionalmente aceptada por muchos países que sostienen que el problema es de carácter político o económico y por lo tanto no es materia justiciable.

La segunda alternativa es la que más desarrollo ha tenido en los últimos años, consagrando un derecho de las personas al ambiente sano, y como consecuencia de ese ejercicio, la naturaleza resulta protegida indirectamente.

La tercera alternativa es la que reconoce a los bienes colectivos y legitima a las personas, asociaciones o al propio Estado para accionar. Es el sistema argentino, brasileño y una tendencia creciente. La diferencia con los dos anteriores es importante, porque no se trata de un derecho subjetivo, sino de una legitimación para proteger un bien colectivo. En consecuencia, la decisión judicial se enfoca en la tutela del bien y no en la satisfacción del individuo.

La cuarta reconoce derechos a la naturaleza o sus partes. En este caso hay una diferencia con el anterior: no sólo se trata de un bien jurídico protegido, sino de un sujeto de derecho. En gran medida quiebra sustancialmente una tradición jurídica porque no hay derechos de quienes no son personas. Esta cuestión no es menor, porque, para muchos sistemas jurídicos importa una transformación difícil de aceptar y con consecuencias muy complejas en una

---

Bs.As. 2011, pág. 315 ; Enrique O. Peretti La valoración del daño ambiental en “Derecho ambiental y daño”, Ricardo L. Lorenzetti (Director), edit. La Ley, Bs.As. 2011, pág. 369

gran variedad de campos. El resultado no difiere demasiado de la tercera opción, ya que, en definitiva se protege a la naturaleza.

Veremos seguidamente algunos ejemplos de esta última opción.

La Constitución de Ecuador ha sido pionera en este sentido, ya que declara:

*“La naturaleza será sujeto de aquellos derechos que le reconozca la Constitución” (Art 10);*

*“La naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos. Toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá exigir a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la naturaleza. Para aplicar e interpretar estos derechos se observarán los principios establecidos en la Constitución, en lo que proceda. El Estado incentivará a las personas naturales y jurídicas, y a los colectivos, para que protejan la naturaleza, y promoverá el respeto a todos los elementos que forman un ecosistema” (Art 71)*

*“La naturaleza tiene derecho a la restauración. Esta restauración será independiente de la obligación que tienen el Estado y las personas naturales o jurídicas de Indemnizar a los individuos y colectivos que dependan de los sistemas naturales afectados. En los casos de impacto ambiental grave o permanente, incluidos los ocasionados por la explotación de los recursos naturales no renovables, el Estado establecerá los mecanismos más eficaces para alcanzar la restauración, y adoptará las medidas adecuadas para eliminar o mitigar las consecuencias ambientales nocivas” (Art 72).*

La Constitución de Bolivia (2009) dice:

*“Las personas tienen derecho a un medio ambiente saludable, protegido y equilibrado. El ejercicio de este derecho debe permitir a los individuos y colectividades de las presentes y futuras generaciones, además de otros seres vivos, desarrollarse de manera normal y permanente” (Art 33).*

En base a este reconocimiento se dictó la “ley de derechos de la madre tierra” (ley 071, 21.12.2010), que dice:

*“La presente Ley tiene por objeto reconocer los derechos de la Madre Tierra, así como las obligaciones y deberes del Estado Plurinacional y de la sociedad para garantizar el respeto de estos derechos” (Art 1). La ley reconoce como principios (Art 2) la armonía, el carácter de bien colectivo, la garantía de regeneración de la Madre Tierra, la no mercantilización (art 2). La “Madre Tierra “es definida como “El sistema viviente dinámico conformado por la comunidad indivisible de todos los sistemas de vida y los seres vivos, interrelacionados, interdependientes y complementarios que comparten un destino común. La Madre tierra es considerada sagrada, desde las cosmovisiones de las naciones y pueblos indígena originario campesinos”.*

*Para efectos de la protección y tutela de sus derechos, la Madre Tierra adopta el carácter de sujeto colectivo de interés público. La Madre Tierra y todos sus componentes incluyendo las comunidades humanas son titulares de todos los derechos inherentes reconocidos en esta Ley. La aplicación de los derechos de la Madre Tierra tomará en cuenta las especificidades y particularidades de sus diversos componentes. Los derechos establecidos en la presente Ley, no limitan la existencia de otros derechos de la Madre Tierra (Art 5)*

En cuanto a las sentencias judiciales, hay varios fallos que se anotan en esta tendencia, y que reseñamos en el anexo sobre jurisprudencia. Por ejemplo en la India, la Corte Suprema de Uttarkhand, reconoció derechos al río Ganges<sup>143</sup>.

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Civil<sup>144</sup> reconoció derechos a los animales como "seres sintientes". Para conceder derechos a los no humanos invocó una visión ECOCÉNTRICA-antrópica, dentro del marco de un "orden público ecológico nacional e internacional", y, por lo tanto, los declaró "sujetos de derecho". "Los animales como seres sintientes son sujetos de derechos no humanos" y como tales" tienen prerrogativas en su condición de fauna protegida a la salvaguarda por virtud de la biodiversidad y del equilibrio natural de las especies y, especialmente, de la naturaleza silvestre". Aclaró que "no se trata de darles derechos a los sujetos sintientes no humanos, iguales a los de los humanos equiparándolos en un todo, para creer que los toros, los loros, los perros o los árboles, etc, tendrán sus propios tribunales, sino de reconocerles los correspondientes, los justos y lo conveniente a su especie". "Se trata de reconocer y asignar derechos y personería jurídica para determinar epistemológica, ética, política, cultural y jurídicamente la irracional destrucción de nuestro planeta, y de toda la naturaleza que aqueja en forma vergonzante y trágica la generación de nuestro tiempo". En conclusión, la Corte Suprema de Justicia de Colombia determinó que los animales como "seres sintientes integrados a un orden público ecológico", son titulares de derechos, están eximidos de deberes, y que es el Estado el que debe garantizar y tutelar sus derechos, como integrantes de un ecosistema donde cada especie cumple una función irremplazable.

En definitiva, es un modo de proteger, pero tal vez no sea necesario alterar todo el sistema jurídico para hacerlo, porque, en definitiva, los efectos jurídicos son similares a los que se logran por otras vías.

---

<sup>143</sup> Writ Petition (PIL) No.126 of 2014, Disponible en: <https://www.ecolex.org/details/court-decision/mohd-salim-v-state-of-uttarakhand-others-260ca401-424d-40f6-8586-e20e1b746ba/>; <http://lobis.nic.in/ddir/uhc/RS/orders/22-03-2017/RS20032017WPPIL1262014.pdf>

<sup>144</sup> Disponible en <https://corte-suprema-justicia.vlex.com.co/vid/692862597>

## CAPÍTULO IV. PRINCIPIOS Y DIRECTRICES

- I). Introducción.
- II) Definición normativa de los principios y valores
  - 1). Principios
  - 2). Valores
- III). Recepción en el Derecho Ambiental
  - 1). Fuentes internacionales
  - 2). La ley argentina
  - 3). Efectos jurídicos
- IV). Descripción de los principios ambientales.
  - 1). Principio de congruencia:
    - A). Enunciación y efectos
    - B). Congruencia en materia procesal
  - 2). Principios de prevención
  - 3). Principio de precaución:
  - 4). Principio de progresividad:
  - 5). Principio de responsabilidad:
  - 6). Principio de subsidiariedad:
  - 7). Principio de sustentabilidad:
  - 8). Principio de equidad intergeneracional:
  - 9). Principio de solidaridad:
  - 10). Principio de cooperación:
  - 11). Principio In dubio pro natura
- V). Principio de no regresión
  - 1). El retroceso del derecho ambiental
  - 2). Principales caracteres
  - 3) Principio de progresividad
  - 4) El desarrollo sustentable y perdurable
  - 5) Efectos jurídicos:

## CAPÍTULO IV. PRINCIPIOS Y DIRECTRICES

### **I). Introducción.**

Los principios en materia ambiental han tenido una profusa recepción en tratados internacionales, constituciones, leyes nacionales, declaraciones académicas y sentencias judiciales.

Esta característica se advierte desde los inicios del movimiento ambientalista. En este sentido, la Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente, realizada en Estocolmo, año 1972, se expresa, por ejemplo en el Principio 1º, que: “El hombre tiene el 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 una vida digna de gozar de bienestar y tiene la solemne obligación de proteger y de mejorar el medio para las generaciones presentes y futuras”.

Esta técnica se ha utilizado extensamente en todo el mundo y numerosas disposiciones mencionan que hay un derecho a la vida, o a la igualdad, o al bienestar, o señalan cuáles son los criterios de las políticas públicas.

Indudablemente tienen un valor desde el punto de vista declarativo, filosófico, ético y motivacional, pero, en este trabajo interesa determinar cuál es su efecto normativo.

El estudio de esta cuestión requiere examinar el problema de las fuentes; distinguir si se trata de reglas o principios; cuál es la consecuencia jurídica en cada caso; cuál es su contenido.

Es un tema muy importante porque se trata de identificar la distancia entre la vocación aspiracional de los principios y su aplicación práctica, o cuál es el contenido jurídico de un derecho a la calidad de vida, o si un juez puede orientar una política pública en base a principios, o bien si puede integrar un vacío legal.

### **II) Definición normativa de los principios y valores**

#### **1). Principios**

En su larga historia, los principios han mostrado dos caracteres que les han dado fortaleza:

- La primera es su simplicidad, o por lo menos la aspiración de tener un conjunto de ideas que guían el cálculo jurídico.

- La segunda es su jerarquía superior. Cualquiera sea la concepción que se desarrolle acerca de ellos, siempre se los ha ubicado bien alto; para algunos integran el derecho natural, para otros tienen una raíz histórica; para otros son interiores al ordenamiento, pero se obtienen por generalización de normas y son superiores a ellas. Esta superioridad es la que permite conferirles una función de control, de límite, de guía de la actividad infra-principial.

Este fenómeno ha hecho que se hable de una concepción "principal" del sistema jurídico que es muy evidente en el derecho ambiental.

El principio es un enunciado normativo general, es decir, no define un supuesto de hecho específico<sup>145</sup>, ya que constituye un mandato para la realización de un valor en su nivel de óptimo. Como su propio nombre lo indica, se oponen a algo acabado, terminado, son nociones germinales<sup>146</sup>; "prima facie", y por ello, susceptibles de ser completados. Estas normas receptan valores, y como tales no pueden ser sino aspiraciones cuyo grado de concreción varía según los sistemas jurídicos, los periodos históricos, y la relación con las reglas.

La aplicación completa de lo que dice el principio resulta excesiva, es decir, colisiona con otros principios, otros valores, u otros derechos. En este sentido, el principio es excesivo, expresa demasiado porque es una aspiración<sup>147</sup>, son criterios de valoración que se caracterizan por una excedencia de contenido deontológico; por ello hay que medirlo, establecer su relación con otros principios y reglas para llegar a un contenido.

Por ello se ha dicho que los principios son mandatos de optimización<sup>148</sup>, y pueden ser cumplidos en diversos grados. La aplicación del principio lleva a establecer una relación con otros principios competitivos o contradictorios y a buscar el punto óptimo de realización.

El principio no expresa una idea objetiva, certera, que impulse al juez a un juicio silogístico; no se lo puede considerar como una premisa mayor y subsumir en el a un caso.

Este contenido se establece mediante un juicio de ponderación con otros principios. Ponderar es establecer comparaciones, establecer el peso de cada uno y aplicar el mayor en el caso concreto. Por eso, el grado de

---

<sup>145</sup> ALPA, Guido, "I principi Generali", en "Trattato di diritto Privato" a cura di Giovanni Iudica e Paolo Zatti, Giuffrè, Milan, 1993, pag 69.; RODOTA, Stefano, "Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile, Riv dir commerciale, 1967,I, pag. 86.-

<sup>146</sup> BETTI, Emilio, "Interpretación de la ley y de los actos jurídicos", Rev. Der. Privado, Edersa, Madrid, 1975, pag 283

<sup>147</sup> op cit, pag 287.-

<sup>148</sup> ALEXY, Robert, "Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica", Doxa, Año 1988, Num. 5 pag. 143

generalidad no es decisivo para el principio jurídico; lo importante es su aptitud como argumento jurídico<sup>149</sup>.

Los principios cumplen numerosas funciones:

1. Integrativa: es un instrumento técnico para colmar una laguna del ordenamiento.
2. Interpretativa: es un modo de subsumir el caso en un enunciado amplio. Ayuda al interprete a orientarse en la interpretación correcta, adecuándola a los valores fundamentales.
3. Finalística: son orientaciones de una regulación posible<sup>150</sup> en materia legislativa o en políticas públicas.
4. Delimitadora: constituyen lineamientos básicos que permiten establecer un límite, al igual que los valores, a las bruscas oscilaciones de las reglas. En el proceso de la decisión judicial pueden controlar el excesivo activismo judicial, confiriéndole un marco de actuación<sup>151</sup>.
5. Fundante: ofrecen un valor para fundar internamente al ordenamiento, y dar lugar a creaciones pretorianas.

## 2). Valores

Los valores cumplen una función en el discurso filosófico, político, sociológico, moral, y en la teoría de la acción humana. Este último aspecto lleva a afirmar que los seres humanos estén guiados solamente por el interés<sup>152</sup>

Desde la perspectiva jurídica

cumplen algunas funciones:

- En el campo de la validez material, hay un límite axiológico que puede ser encontrado mediante la invocación de valores<sup>153</sup>.
- En el campo argumentativo, pueden ser contenido de los principios, en tanto estos contienen una idea o referencia valorativa. En este caso, la argumentación jurídica implica que el principio lleva a un análisis comparativo de valores.
- En otros casos el valor expresa un juicio comparativo (compara un valor con otro), y en ello se diferencia del principio (mandato de

---

<sup>149</sup> LARENZ, Karl, "Derecho justo. Fundamentos de etica juridica", Civitas, 1985, pag. 36

<sup>150</sup> LARENZ, Karl, "Derecho justo. Fundamentos de etica juridica", Civitas, 1985, pag. 32

<sup>151</sup> LASARTE, Carlos, "Principios de derecho civil", Trivium, Madrid, 1992, T,1, 79 y 80

<sup>152</sup> FINNIS, John, "Natural law and natural rights", Clar Press, New. York, 1984, pag.113

<sup>153</sup> PAREJO ALONSO, Luciano, "Constitución y valores del ordenamiento", Ed. R.Areces SA, Madrid, 1990.- Prologo de Gregorio Peces-Barba.-

optimización, manda hacer algo en la mayor medida posible). Esta valoración comparativa surge cuando de dos objetos se dice que uno tiene mayor valor que otro, expresándose juicios de preferencia o equivalencia.

- En otros supuestos el valor puede ser utilizado con fines clasificatorios, en el sentido de categorización de objetos.

### **III). Recepción en el Derecho Ambiental**

#### **1). Fuentes internacionales**

El primer aspecto a considerar son las fuentes donde se encuentran estas normas, que en el nivel internacional son numerosas; no sólo en los tratados, sino en el derecho secundario dictado por los comités creados por esos acuerdos. A ello hay que agregar las constituciones y las legislaciones nacionales.

Esta pluralidad de fuentes crea principios que son similares, pero expresados de modo diferente, en varios idiomas y referidos a sistemas y tradiciones jurídicas que confieren alcances específicos a la noción de principios que no coinciden.

La Declaración sobre los principios jurídicos para un desarrollo sostenible aprobada por la Cumbre Iberoamericana de Cortes Supremas y Consejos de la Magistratura, Comisión de Derecho Ambiental<sup>154</sup> evidencia la profusa existencia de este material normativo.

De conformidad con la declaración son las siguientes:

Declaración de Estocolmo, Cumbre de la Tierra, Estocolmo, Suecia, 5 a 16 de junio de 1972; Convención sobre la protección del patrimonio mundial, cultural y natural, celebrada en la Conferencia General de la organización de las Naciones Unidas para la Educación, Ciencia y Cultura, París, Francia, del 17 de octubre al 21 de noviembre de 1972; Convención sobre Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestre, acordado en Washintong DC, Estados Unidos, 3 de marzo de 1973; Carta de Belgrado, Seminario internacional de Educación ambiental, Belgrado, Serbia, 13 a 22 de Octubre de 1975; Declaración de Tbilisi, Conferencia Intergubernamental de educación ambiental, organizada por la UNESCO en cooperación con PNUMA, en Tbilisi, URSS, 14 al 26 de octubre de 1977; Convenio sobre la Contaminación Atmosférica Transfronteriza a Gran Distancia, celebrado en Ginebra, Suiza, 1979; Carta Mundial de la Naturaleza, aprobada en la Asamblea General de las Naciones Unidas, Nueva York, Estados Unidos, el 28 de octubre de 1982; Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, Nueva York, Estados Unidos, 10 de diciembre de 1982; Convenio de

---

<sup>154</sup> Quito 2018.

Viena, para la Protección de la Capa de Ozono, aprobado en Viena, Austria, el 23 de marzo de 1985; Convenio de Basilea, Sobre el control de los movimientos transfronterizos de los desechos peligrosos y su eliminación, adoptado en Basilea, Suiza, el 22 de mayo de 1989; Protocolo del Tratado Antártico sobre Protección del Medio Ambiente, suscrito en Madrid, España, 4 de octubre de 1991; Convenio sobre la Protección y Uso de los Cursos de Agua Transfronterizos y los Lagos Internacionales, aprobado en Helsinki, Finlandia, 17 de marzo de 1992; Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo, Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y Desarrollo, Río de Janeiro, 3 al 14 de Junio de 1992; Convenio sobre Diversidad Biológica de las Naciones Unidas, celebrado en la cumbre de la tierra, Río de Janeiro, Brasil, 1992; Convenio Marco sobre Cambio Climático de Naciones Unidas, Nueva York, 9 de mayo de 1992; Programa 21 sobre Conservación de la Diversidad Biológica, Cumbre de la tierra, Río de Janeiro, Brasil, 5 de junio de 1992; Convenio para la Protección del Medio Ambiente Marino del Atlántico del Nordeste, suscrito en París, Francia, 22 de septiembre de 1992; Carta de Aalborg, de las Ciudades europeas hacia la sostenibilidad, Dinamarca, 27 de mayo de 1994; Acuerdo de la Organización Mundial de Comercio sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias, 1 de enero de 1995; Acuerdo sobre Peces Transzonales y Altamente Migratorios, Asamblea general de las Naciones Unidas, Nueva York, Estados Unidos, 4 de agosto de 1995; Directiva Europea N° 96/61/CE, sobre Prevención y Control Integrado de la Contaminación, Consejo de la Unión Europea, Bruselas, Bélgica, 24 de septiembre de 1996; Convenio sobre acceso a la información, participación del público en la toma de decisiones y acceso a la justicia en materia ambiental: Convenio de Aarhus, Dinamarca, 25 de junio de 1998; Convención Internacional de Lucha contra la Desertificación en los Países Afectados por Sequía Grave o Desertificación, Consejo de una Unión Europea, Bruselas, 9 de marzo de 1998; Convenio de Rotterdam para la aplicación del procedimiento de consentimiento fundamentado previo a ciertos plaguicidas y productos químicos peligrosos objeto de comercio internacional, Rotterdam, Países bajos, 10 de septiembre de 1998; Protocolo al Convenio de 1979 sobre la Contaminación atmosférica transfronteriza a gran distancia para reducir la acidificación, la eutrofización y el ozono troposférico, Gotemburgo, Suecia, 30 de noviembre de 1999; Protocolo de Cartagena sobre la Seguridad de la Biotecnología, Montreal, Canadá, 29 de enero del 2000; Carta de la Tierra, UNESCO, París, marzo 2000; Convenio de Estocolmo sobre Contaminantes Orgánicos Persistentes, Estocolmo, Suecia, 23 de mayo del 2001; Convenio Marco para la Protección del Medio Marino del Mar Caspio, Teherán, Irán, noviembre 2003; Directiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales, Bruselas, Bélgica, publicada el 21 de abril del 2004; Protocolo del Convenio de Londres, 24 de marzo del 2006; Convenio Marco sobre la protección del medio ambiente para el desarrollo sostenible en Asia Central, Ashkhabad, [Turkmenistán](#), 2006; Comisión de

Expertos, Observación general sobre el Convenio N°169 Organización Internacional del Trabajo, 2010; Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible, Río + 20, Río de Janeiro, Brasil, 20 al 22 de junio de 2012; Declaración de Buenos Aires, adoptada en el marco de la XVI Cumbre Judicial Iberoamericana, en el año 2012; Programa anticorrupción de ética y cumplimiento para las empresas de Naciones Unidas, Nueva York, Estados Unidos, octubre 2013; Comité Jurídico de la Organización de Estados Americanos sobre Guía de Principios sobre responsabilidad social de las empresas en el campo de los derechos humanos y el medio ambiente en las Américas, adoptado en el 84° periodo de sesiones, Washington DC, Estados Unidos, el 13 de marzo del 2014; Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS), cumbre de Desarrollo Sostenible, Organización de Naciones Unidas, septiembre 2015 (Agenda 20 30); Declaración Mundial de la Unión Internacional para la conservación de la naturaleza (UICN) acerca del Estado de Derecho en materia ambiental, Río de Janeiro, Brasil, 26 al 29 de abril de 2016.

## 2). La ley argentina

La ley ambiental argentina <sup>155</sup> menciona objetivos a lograr (Art 1): “una gestión sustentable y adecuada del ambiente, la preservación y protección de la diversidad biológica y la implementación del desarrollo sustentable”.

También hace referencia a objetivos de la política ambiental (Art 2):

“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.

---

<sup>155</sup> Ley 25.675 - sancionada el 06/11/2002; Promulgada parcialmente por decreto 2413, el 27/11/2002.

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.

j) 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

### 3). Efectos jurídicos

¿Cuál es el valor jurídico?

La enumeración de principios de manera indiscriminada presenta el problema de la sobreabundancia y la ineficacia, sobre todo si no se distingue adecuadamente el enunciado normativo.

Las reglas contienen mandatos, prohibiciones o permisiones.

En el derecho internacional hay menciones a la “solidaridad” de los Estados, la cual, obviamente, no existe habitualmente, y no es ejecutable. No es procedente una demanda judicial peticionando que sean solidarios.

La solidaridad es un valor, que implica actuar de manera diferente de la que se adoptaría si se persigue el interés propio o individual; es hacer enfocando la acción en el otro o en el bien común. Por lo tanto, puede ser un elemento que se utilice para incentivar conductas desde la ley, o delimitar una conducta en una sentencia.

Por ello, los principios y valores pueden tener un campo de aplicación diferente.

Siguiendo lo dicho anteriormente, veremos algunos ejemplos:

Los principios pueden ser un instrumento técnico para colmar una laguna del ordenamiento, como lo demuestran numerosas sentencias. Pero, además, pueden ser una guía en la actividad legislativa. En este sentido, la ley argentina prevé (Art 5) que “los distintos niveles de gobierno integrarán en todas sus decisiones y actividades previsiones de carácter ambiental, tendientes a asegurar el cumplimiento de los principios enunciados en la presente ley”.

La función interpretativa de los principios se advierte en numerosas sentencias que los invocan para aclarar una duda que presenta la ley. Pero también la propia ley se autolimita al señalar (Art 3) que sus disposiciones “cual mantendrá su vigencia en cuanto no se oponga a los principios y disposiciones contenidas en ésta”.

Hemos señalado que los principios son orientaciones de una regulación posible en materia legislativa o en políticas públicas. Por ejemplo, la ley

argentina menciona (Art 2 inc j) el objetivo de establecer un sistema de coordinación interjurisdiccional, y ello es lo que han establecido numerosos Tribunales, como ocurrió con el caso “Mendoza” o con el caso conocido como el “Rio Atuel” porque en ambos supuestos era necesario diseñar acciones interjurisdiccionales.

Los principios y valores tienen una función delimitadora, de manera que permiten establecer fronteras para determinadas acciones que sean contrarias al cuadro axiológico establecido, tanto en el campo judicial como legislativo.

Finalmente, también ofrecen un valor para fundar internamente al ordenamiento, y dar lugar a creaciones pretorianas. Un ejemplo de ello es el señalamiento de “la calidad de vida de las generaciones presentes y futuras”. Es un valor fundante del ordenamiento, tanto para la legislación como para la jurisprudencia.

#### **IV). Descripción de los principios ambientales.**

La existencia de pluralidad de fuentes internacionales, nacionales y locales evita el problema de la creación doctrinaria de principios, y al mismo tiempo, presenta la dificultad de su enumeración. La cantidad puede ser muy abundante si se detallan con los distintos nombres que se mencionan en diferentes normas y en este sentido, ha sido un gran esfuerzo presentarlos de manera sistemática<sup>156</sup>

En función de lo expuesto haremos una descripción de los principios ambientales, sin perjuicio de su ampliación posterior.

##### **1). Principio de congruencia:**

###### **A). Enunciación y efectos**

En la ley argentina se lo describe del siguiente modo: “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”<sup>157</sup>.

Desde el punto de vista de la teoría general del Derecho, la noción de congruencia significa la ausencia de contradicción en el sistema jurídico, ya que puede haber normas o decisiones judiciales que tengan diferencias o se contrapongan en algunos aspectos. Frente a este problema, la decisión judicial debe ser coherente con el resto del sistema jurídico, armonizando las reglas<sup>158</sup>.

---

<sup>156</sup> En este sentido ver la Declaración de Quito, citada.

<sup>157</sup> Ley 25.675 - sancionada el 06/11/2002;

<sup>158</sup> Ampliamos en Lorenzetti, “Teoría de la decisión judicial”... CS: “Bramajo Hernán” (Fallos 319:1840): Cuando la inteligencia de un precepto, basada exclusivamente en la literalidad de uno de sus textos, conduzca a resultados concretos que no armonicen con los principios

Ello es así porque la solución deductiva parte de una norma identificada como válida, pero en el sistema actual, donde hay pluralidad de fuentes, puede darse el caso, no infrecuente, de normas válidas que pueden tener soluciones diferentes. Por lo tanto, es necesario verificar si existe un principio general que las comprenda. Este proceso implica mirar hacia arriba, es decir, hacia las reglas generales que dan coherencia al sistema jurídico<sup>159</sup>. Es necesario señalar que la coherencia se presume<sup>160</sup>, de manera que existe la carga argumentativa de probar lo contrario.

El sentido del principio que comentamos es precisamente resolver este problema con dos aspectos:

- Que la legislación debe ser adecuada a los principios ambientales, refiriéndose específicamente a las leyes de rango inferior a la federal. Es decir, que debe buscarse una solución que no desnaturalice el marco general de tutela ambiental.
- Que en el caso de que exista contradicción, debe existir una preferencia por la ley federal ambiental. Esta disposición es congruente con el principio de posición preferente de los derechos fundamentales. “Cada vez que una norma de derecho se encuentra en conflicto con una norma de poder, el juez, como operador jurídico, debe resolver el caso escogiendo favorablemente la norma protectora de los derechos humanos y ambientales. Las normas sobre derechos son superiores a las normas sobre poder ubicadas en un mismo plano, aquellas son las que determinan la actuación de los órganos de poder público”<sup>161</sup>.

---

axiológicos enunciados en otro de rango superior y produzca consecuencias notoriamente disvaliosas, resulta necesario dar preeminencia al espíritu de la ley, a sus fines, al conjunto armonioso del ordenamiento jurídico y a los preceptos fundamentales del derecho en el grado y jerarquía en que éstos son valorados por el ordenamiento normativo. En materia de interpretación de los convenios colectivos, al Tribunal afirmó que debe computarse la totalidad de los preceptos en juego de manera armónica, en procura de una aplicación racional de suerte que no se admitan soluciones injustas que prescindan de las consecuencias que se derivan de cada criterio particular (“Tursi, Vicente c/ Banco de la Nación Argentina” (Fallos 324:1381).

<sup>159</sup> La Corte Suprema ha dicho que el juez puede apartarse de las palabras de la ley, cuando su interpretación sistemática así lo impone (Fallos, 283:239 y 301:489). Debe atenderse a la totalidad de los preceptos de una norma (Fallos, 320:74), y su vinculación con el ordenamiento jurídico (Fallos, 314:445, 321:730, 324:4349).

<sup>160</sup> CSJN, Fallos, 316:1319; 324:2153 y 3876

<sup>161</sup> Declaración de Quito cit, año 2018, la que cita como fuente: Introducción Parte I de la Convención de Viena; Preámbulo y Artículos 29 N°3 y 30 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; Preámbulo y Artículos 2 N°1 y N°2, 3, 4, 5 N°2, 46 y 47 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Artículos 2 N°1, 4 y 5 del Pacto Internacional de

## B). Congruencia en materia procesal

La sentencia debe tener una relación de congruencia con lo peticionado por las partes, pero en materia ambiental hubo una evolución importante en este aspecto<sup>162</sup>. En la redacción original de la ley 25.675, los jueces estaban facultados a fallar más allá de lo postulado por las partes en sus escritos introductorios y de lo efectivamente probado por los litigantes en la etapa procesal oportuna. Todo ello, en mérito a la prevalencia del interés colectivo. Ahora bien, al haber sido vetada esta facultad, resulta imprescindible detenernos en justificar las razones que han encontrado los jueces para flexibilizar este principio y así poder sortear la valla impuesta por el veto. En el art. 32 de la ley 25.675 el magistrado está facultado para disponer medidas precautorias y urgentes en el supuesto que las circunstancias del caso así lo aconsejaren, y puede hacerlo aún de oficio. Si esto es posible, podría el juez incluir dentro de estas decisiones cuestiones no planteadas expresamente por las partes, si es que las peculiaridades del caso y la prevalencia de la tutela del macro bien ambiental así lo ameritan.

En el mismo sentido, hay un espacio importante en cuanto a la incerteza que se predica acerca de determinados daños ambientales y la manera en que ello condiciona a la decisión judicial. Se trata del supuesto en el que la demanda por daño ambiental está dirigida a impedir que un determinado emprendimiento sea llevado a cabo, invocando que el proyecto podría generar daños ambientales irreversibles, aunque dichos perjuicios no puedan probarse en forma cabal y determinante. La incerteza científica no puede traducirse en incerteza jurídica. El sistema jurídico ambiental provee entonces al magistrado del principio precautorio, que permite al Juez resolver más allá de lo específicamente invocado y probado por las partes.

En el campo de la equidad intergeneracional también se manifiesta este aspecto. El respeto por las generaciones futuras introduce cuestiones que pueden no han sido puestas a por las partes del proceso. Por ejemplo, el Juez debe adoptar esta consideración en los estudios de impacto ambiental que se le presenten merituando efectos de largo plazo que tal vez no fueron introducidos por las partes. En la sentencia judicial, no solamente tiene que considerar el ahora, sino el “mañana”, debe ser “atemporalmente convincente”<sup>163</sup> lo que puede llevar más allá de las pretensiones de la demanda y contestación.

---

Derechos Económicos, Sociales y Culturales; y Artículos 1, 25 N°2 letra a) y 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos

<sup>162</sup> Lorenzetti, Pablo, “A diez años de la ley 25.675: sentencias, principios... ¿eficacia?”

<sup>163</sup> Peretti, Enrique, .....

## 2). Principio de prevención

Dedicamos un capítulo especial a la prevención y precaución, razón por la cual aquí sólo los mencionaremos.

“Las causas y las fuentes de los problemas ambientales se atenderán en forma prioritaria e integrada, tratando de prevenir los efectos negativos que sobre el ambiente se puedan producir”.

En la declaración de Quito se lo denomina “Principio de la acción preventiva”, enfatizando la efectividad, la acción y no la mera declaración preventiva<sup>164</sup>. Se afirma que “Las causas y las fuentes de los problemas ambientales se atenderán en forma prioritaria e integrada, tratando de prevenir los efectos negativos que sobre el ambiente se puedan producir. El criterio de prevención prevalecerá entonces, sobre cualquier otro en la gestión pública y privada del medio ambiente y los recursos naturales. Se debe prevenir la consumación del daño, y no actuar solamente sobre la reparación de los efectos perjudiciales, disponiendo incluso la paralización de los efectos dañinos”.

## 3). Principio de precaución:

En la ley argentina se lo describe del siguiente modo:

“La ausencia de información o certeza científica no será motivo para la inacción frente a un peligro de daño grave o irreversible en el ambiente, en la salud o en la seguridad pública”<sup>165</sup>.

En la declaración de Quito se señala: “

“a) Con el fin de proteger el medio ambiente, se deberá aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave o 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. Por tales razones la jurisdicción no debe postergar y tomar acciones cautelares de manera inmediata, con urgencia, aun cuando exista ausencia o insuficiencia de pruebas respecto del daño ocasionado”.

“b) Este principio está relacionado con el principio de prevención que se describe a continuación y, que opera sobre el riesgo, existente o virtual, y ha evolucionado en una serie de mecanismos que contienen medidas de gestión

---

<sup>164</sup> Artículo 194.1 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar; Artículo 2 del Convenio Marco sobre Cambio Climático de Naciones Unidas; Artículo 5 y Anexo II del Acuerdo de las Naciones Unidas sobre Peces Transzonales y Altamente Migratorios; Preámbulo y Artículo 1 del Convenio sobre Diversidad Biológica; Principios Generales de la Carta Mundial de la Naturaleza; Artículo 1 del Convenio de Estocolmo sobre Contaminantes Orgánicos Persistentes; y Principio 6 de la Declaración de Estocolmo

<sup>165</sup> Ley 25.675 - sancionada el 06/11/2002;

para prevención y supervisión de impactos ambientales, incluidos los que figuran en la Evaluación de Impacto Ambiental”.

El principio de precaución fue enunciado inicialmente por el Panel Intergubernamental sobre el Cambio climático, creado en 1987, por decisiones congruentes de la Organización Meteorológica Mundial y el PNUMA, lo recogió la Declaración Ministerial de la II Conferencia Mundial del Clima, para aparecer consagrado en el inc. 3 del artículo 3 del Convenio Marco sobre el Cambio Climático, negociado entre febrero de 1991 y mayo de 1992, bajo los auspicios de las Naciones Unidas. También aparece como principio 15, en la Declaración de Río sobre el Medio ambiente y Desarrollo en 1992. Constituye uno de los cuatro principios incorporado al artículo 130 R-2, en que el tratado de Maastricht de la Unión Europea fundamenta la Acción de la Comunidad<sup>166</sup>.

#### 4). Principio de progresividad:

La ley argentina lo describe de la siguiente manera: “Los objetivos ambientales deberán ser logrados en forma gradual, a través de metas interinas y finales, proyectadas en un cronograma temporal que facilite la adecuación correspondiente a las actividades relacionadas con esos objetivos”<sup>167</sup>.

También recogido en la declaración de Quito<sup>168</sup>: “Los Estados están obligados a generar en cada momento histórico la mayor y mejor protección y garantía de los derechos humanos y ambientales, de tal forma, que siempre deben estar en constante evolución y bajo ninguna justificación en retroceso. En el mismo sentido, las normas relativas a derechos humanos y ambientales, deberán interpretarse en conformidad a la Constitución y a los tratados internacionales vigentes, favoreciendo en todo momento a la persona y sus derechos de la forma más amplia”.

La progresividad se relaciona con el avance y éste con la proporcionalidad. En nuestra doctrina, se destaca que este principio, responde a ideas de temporalidad, de involucramiento paulatino, de concientización, de adaptación<sup>169</sup>. Se mencionan como criterios la proporcionalidad, en el sentido

---

<sup>166</sup> Principio 15 de la Declaración de Río; Artículo 6 del Acuerdo sobre Peces Transzonales y Altamente Migratorios; Artículo 3 del Protocolo del Convenio de Londres; Artículo 5 del Acuerdo de la Organización Mundial de Comercio sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias; Artículo 2 letra a) del Convenio para la Protección del Medio Ambiente Marino del Atlántico del Nordeste; Artículo 1 del Convenio de Estocolmo sobre Contaminantes Orgánicos Persistentes; y Puntos 158 y 167 de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible, Río + 20

<sup>167</sup> Ley 25.675 - sancionada el 06/11/2002;

<sup>168</sup> Principio 9, 11 y 12 de la Declaración de Río; Principio 13 y 25 de la Declaración de Estocolmo; Artículo 2, 3 N°1 y 52 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Artículo 1, 2, y 29 letra b) de la Convención Americana de Derechos Humanos; y Artículos 2 N°1, 3, 4, 16, 24, 25 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

<sup>169</sup> Cafferatta, Nestor, ....

de equilibrio entre medios y fines, y la gradualidad que también se extrae del Protocolo adicional al Tratado de Asunción sobre Medio Ambiente.

La progresividad se relaciona con su contracara: el retroceso, cuestión que profundizaremos al analizar el principio de no regresión.

Ambos están relacionados: “Principio 12. No-regresión: Los Estados, las entidades sub-nacionales y las organizaciones de integración regional no deberán emprender o permitir la realización de acciones que tengan por efecto disminuir la protección jurídica del medio ambiente o el acceso a la justicia ambiental”<sup>170</sup>. “Principio 13. Progresión: Con el fin de lograr el desarrollo progresivo y el cumplimiento del Estado de Derecho en materia ambiental, los Estados, entidades sub-nacionales y organizaciones de integración regional deberán revisar y mejorar periódicamente las leyes y políticas destinadas a proteger, conservar, restaurar y mejorar el medio ambiente teniendo en cuenta la evolución de las políticas y los conocimientos científicos más recientes”<sup>171</sup>.

### 5). Principio de responsabilidad:

La ley argentina señala: “El generador de efectos degradantes del ambiente, actuales o futuros, es responsable de los costos de las acciones preventivas y correctivas de recomposición, sin perjuicio de la vigencia de los sistemas de responsabilidad ambiental que correspondan”<sup>172</sup>.

En la declaración de Quito se indican varios aspectos:

- El que contamina descontamina: “El generador de efectos degradantes del ambiente, actuales o futuros, es responsable de los costos de las acciones preventivas y correctivas de recomposición, sin perjuicio de la vigencia de los sistemas de responsabilidad ambiental que correspondan”.
- Las responsabilidades internacionales son comunes pero diferenciadas: “Los Estados deberán cooperar con espíritu de solidaridad mundial para conservar, proteger y restablecer la salud y la integridad del ecosistema de la Tierra. En vista de que han contribuido en distinta medida a la degradación del medio ambiente mundial, los Estados tienen responsabilidades comunes pero diferenciadas. Los países desarrollados reconocen la responsabilidad que les cabe en la búsqueda internacional del desarrollo sostenible, en atención a las presiones que sus sociedades ejercen en el medio ambiente

---

<sup>170</sup> Declaración Mundial de la Unión Internacional para la conservación de la naturaleza (UICN) acerca del Estado de Derecho en materia ambiental

<sup>171</sup> Declaración Mundial de la Unión Internacional para la conservación de la naturaleza (UICN) acerca del Estado de Derecho en materia ambiental

<sup>172</sup> Ley 25.675 - sancionada el 06/11/2002;

mundial y de las tecnologías y los recursos financieros de que disponen”<sup>173</sup>.

- La responsabilidad civil es objetiva y solidaria<sup>174</sup>

Estos “principios” en realidad son enunciaciones generales cuya aplicación concreta depende de reglas vigentes en cada país o en el ámbito internacional. Es útil señalarlos como un modo de orientar las soluciones y, sobre todo las legislaciones, en un mismo sentido, es decir, sirven para formar consensos básicos.

El sistema de responsabilidad civil está regulado tanto en lo atinente a la del sector público como privado, en distintas legislaciones y Códigos Civiles que desarrollan aquellas nociones generales.

Esta cuestión hace que sea más relevante detenerse en el estudio de las reglas de responsabilidad de cada sistema jurídico que en un principio general cuyo significado es muy poco preciso.

Ampliamos en los capítulos relacionados con la responsabilidad civil.

#### **6). Principio de subsidiariedad:**

En la ley argentina se dice: “El Estado Nacional, a través de las distintas instancias de la administración pública, tiene la obligación de colaborar y, de ser necesario, participar en forma complementaria en el accionar de los particulares en la preservación y protección ambientales”<sup>175</sup>.

Este principio no reniega del rol fundamental del Estado en la protección de los bienes ambientales, ya que alude a otro aspecto: cuando actúan los particulares, el sector público debe colaborar complementando su accionar.

La idea es que la actuación privada o los organismos públicos más cercanos al problema generalmente tienen un rango inferior al Estado Nacional y suelen ser más eficientes. Por lo tanto, hay que colaborar con ellos.

El Estado Nacional tiene la obligación de colaborar, en tanto que la intervención de la autoridad nacional debería ejercerse sólo cuando sea necesario.

---

<sup>173</sup> Principio 7 de la Declaración de Río; Convenio Marco sobre Cambio Climático de Naciones Unidas y su Protocolo; Convenio para la Protección de la Capa de Ozono; y Puntos 15 y 199 de la Declaración de Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible, Río + 20

<sup>174</sup> Principio 22 de la Declaración de Estocolmo; Preámbulo del Convenio de Basilea sobre el Control de los Movimientos Transfronterizos de los Desechos Peligrosos y su Eliminación; y Artículo 57 de la Declaración de Buenos Aires)

<sup>175</sup> Ley 25.675 - sancionada el 06/11/2002;

## 7). Principio de sustentabilidad:

La noción de “sustentabilidad” es muy importante en el ambientalismo

Ha sido un gran avance al calificar al desarrollo y al consumo, que no tenían límites, como “sustentables” y, por lo tanto, con fronteras específicas.

En Argentina, la Constitución (Art 41), consagra el derecho ambiental, “para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras”. El Código Civil y Comercial introduce este balance en diversos artículos que luego desarrollaremos.

La ley general del ambiente lo expresa así: “El aprovechamiento sustentable de los recursos naturales y la preservación del patrimonio natural y cultural son condicionantes necesarios del desarrollo económico y social. La gestión sustentable del ambiente deberá garantizar la utilización de los recursos naturales para las generaciones presentes y futuras”<sup>176</sup>

En la declaración de Quito<sup>177</sup> se afirma: “El aprovechamiento sostenible de los recursos naturales y la preservación del patrimonio natural y cultural son condicionantes necesarios del desarrollo económico y social. La gestión sostenible del ambiente deberá garantizar la utilización de los recursos naturales para las generaciones presentes y futuras”.

“Se deberán adoptar medidas legales y de otra índole para proteger y restablecer la integridad de los ecosistemas, al igual que para mantener y mejorar la resiliencia de los sistemas socio-ecológicos. En la elaboración de políticas y leyes y en la toma de decisiones, el mantenimiento de una biosfera saludable para la naturaleza y la humanidad deberán ser de primordial consideración”<sup>178</sup>

En general puede decirse que es una expresión del paradigma ambiental, que implica que el desarrollo y el consumo no son ilimitados, ya que debe preservarse el bien colectivo, que en este caso es la naturaleza.

En el aspecto conflictual, significa que no hay una oposición irresoluble entre desarrollo y ambiente, sino un camino diferente: el desarrollo sostenible.

Ello implica, que puede haber desarrollo y consumo cuidando los procesos ecológicos que posibiliten la capacidad de mantenimiento y

---

<sup>176</sup> Ley 25.675 - sancionada el 06/11/2002;

<sup>177</sup> Principio 3, 4, 5 y 8 de la Declaración de Río; Principio 2 de la Declaración de Estocolmo; Artículo 3 N°1 del Convenio Marco sobre Cambio Climático de Naciones Unidas; Artículo 4 letra a) de la Carta de la Tierra; Principios Generales de la Carta Mundial de la Naturaleza; Objetivo 11 de Desarrollo Sostenible de Naciones Unidas; y Puntos 3 y 12 de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible, Río + 20

<sup>178</sup>Declaración de Quito, 2018. Principio 5 de la Declaración Mundial de la Unión Internacional para la conservación de la naturaleza (UICN) acerca del Estado de Derecho en materia ambiental

regeneración de plantas, animales, suelos y aguas, la diversidad biológica, etc, como ya lo hemos expresado.

En el aspecto jurídico, establece una relación entre el ejercicio de los derechos individuales y la protección de los bienes colectivos, que en el Código Civil y Comercial argentino está presente en la noción de abuso de derecho y en la función ambiental.

También en declaraciones internacionales: “Toda persona natural o jurídica o grupo de personas que posea o controle tierras, aguas u otros recursos, tiene el deber de mantener las funciones ecológicas esenciales asociadas a dichos recursos y de abstenerse de realizar actividades que puedan perjudicar tales funciones. Las obligaciones legales de restaurar las condiciones ecológicas de la tierra, el agua u otros recursos son obligatorias para todos los propietarios, ocupantes y usuarios de un sitio y su responsabilidad no concluye con la transferencia a otros del uso o del título de propiedad”<sup>179</sup>.

#### **8). Principio de equidad intergeneracional:**

Hemos descripto el problema de la equidad intergeneracional en el capítulo primero. El principio es un modo de resolverlo, mediante la responsabilidad de una generación respecto de la siguiente.

La ley argentina lo recepta de este modo: “Los responsables de la protección ambiental deberán velar por el uso y goce apropiado del ambiente por parte de las generaciones presentes y futuras”<sup>180</sup>.

“El derecho al desarrollo debe ejercerse en forma tal que responda equitativamente a las necesidades de desarrollo y ambientales de las generaciones presentes y futuras”<sup>181</sup>.

“Los responsables de la protección ambiental deberán velar por el uso y goce apropiado del ambiente por parte de las generaciones presentes y futuras”<sup>182</sup>.

---

<sup>179</sup> Declaración Mundial de la Unión Internacional para la conservación de la naturaleza (UICN) acerca del Estado de Derecho en materia ambiental

<sup>180</sup> Ley 25.675 - sancionada el 06/11/2002;

<sup>181</sup> Principio 3 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y Desarrollo, Acta de conformidad 151/5, de 07/05/92, de la Conferencia de las Naciones del 3 al 14 de junio de 1992,

<sup>182</sup> Principio 1 de la Declaración de Estocolmo; Principio 3 de la Declaración de Río; Artículos 12 N°1, 14 N°1, 25 N°1 y 26 de la Declaración de Buenos Aires; Principio 8 de la Declaración Mundial de la Unión Internacional para la conservación de la naturaleza (UICN) acerca del Estado de Derecho en materia ambiental; Artículo 4 N°5 del Convenio Marco sobre la protección del medio ambiente para el desarrollo sostenible en Asia Central; y Punto 86 de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible, Río + 20)

“Principio 8. Equidad Intergeneracional. La generación presente deberá garantizar que la salud, la diversidad, las funciones ecológicas y la belleza estética del medio ambiente se mantengan o restauren para proporcionar un acceso equitativo a sus beneficios a cada generación sucesiva”<sup>183</sup>.

Supone que debemos entregar a las generaciones venideras un mundo que les brinde las mismas oportunidades que tuvimos en la presente generación.

#### **9). Principio de solidaridad:**

La solidaridad es un valor, que, como lo señalamos en el primer capítulo, es apropiado para el siglo XXI y es aplicable tanto para las relaciones entre individuos como entre los Estados.

Este principio es utilizado, mayormente, para exhortar a los Estados:

“La Nación y los Estados Provinciales serán responsables de la prevención y mitigación de los efectos ambientales transfronterizos adversos de su propio accionar, así como de la minimización de los riesgos ambientales sobre los sistemas ecológicos compartidos”<sup>184</sup>.

“Los Estados deberán cooperar con espíritu de solidaridad mundial para conservar, proteger y restablecer la salud y la integridad del ecosistema de la Tierra”<sup>185</sup>.

“Los Estados y los pueblos deben cooperar de buena fe y con espíritu solidario, en la aplicación de los Principios consagrados”<sup>186</sup>.

#### **10). Principio de cooperación:**

“Los recursos naturales y los sistemas ecológicos compartidos serán utilizados en forma equitativa y racional. El tratamiento y mitigación de las emergencias ambientales de efectos transfronterizos serán desarrolladas en forma conjunta”<sup>187</sup>.

Los Estados deben cooperar entre sí para erradicar la pobreza, como requisito indispensable del desarrollo sostenible (principio 5, Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo), para proteger la integridad del ecosistema de la Tierra (principio 7, Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo), para reforzar la creación de capacidades endógenas

---

<sup>183</sup> Declaración Mundial de la Unión Internacional para la conservación de la naturaleza (UICN) acerca del Estado de Derecho en materia ambiental

<sup>184</sup> Ley 25.675 - sancionada el 06/11/2002;

<sup>185</sup> principio 7, Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo

<sup>186</sup> Principio 27, Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo

<sup>187</sup> Ley 25.675 - sancionada el 06/11/2002;

para lograr el desarrollo sostenible (principio 9, Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo), abordar los problemas de degradación ambiental (principio 12, Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo).

### 11). *In dubio pro natura*

Como lo hemos señalado al examinar el estado ambiental de derecho, la noción de protección de los vulnerables tiene una extensa tradición.

En materia ambiental se ha utilizado a partir de los trabajos de Benjamin, en los que se señala que, en caso de duda, la interpretación debe ser favorable a la naturaleza.

En caso de duda, todos los procesos ante tribunales, órganos administrativos y otros tomadores de decisión deberán ser resueltos de manera tal que favorezcan la protección y conservación del medio ambiente, dando preferencia a las alternativas menos perjudiciales. No se emprenderán acciones cuando sus potenciales efectos adversos sean desproporcionados o excesivos en relación con los beneficios derivados de los mismos<sup>188</sup>

“En caso de duda, todos los procesos ante tribunales, órganos administrativos y otros tomadores de decisión deberán ser resueltos de manera tal que favorezcan la protección y conservación del medio ambiente, dando preferencia a las alternativas menos perjudiciales. No se emprenderán acciones cuando sus potenciales efectos adversos sean desproporcionados o excesivos en relación con los beneficios derivados de los mismos”<sup>189</sup>.

En la declaración de Quito, también se agregó el principio “pro natura”, es decir, no sólo en caso de duda, que dice: “Todo operador de las normas ambientales deberá tener siempre presente el principio pro naturaleza, conforme al cual se evitarán los riesgos, se privilegiarán los intereses colectivos generales sobre los particulares, se favorecerá la preservación del medio ambiente y en caso de duda se preferirá la interpretación que en forma más amplia proteja el entorno. No solamente en la duda proteger la naturaleza, sino que como un postulado directo y fundamental”. En el mismo sentido: “Cada Estado, entidad pública o privada y los particulares tienen la obligación de cuidar y promover el bienestar de la naturaleza, independientemente de su valor para los seres humanos, al igual que de imponer limitaciones a su uso y explotación”<sup>190</sup>,

---

<sup>188</sup>Declaración de Quito, 2018. Principio 5 de la Declaración Mundial de la Unión Internacional para la conservación de la naturaleza (UICN) acerca del Estado de Derecho en materia ambiental

<sup>189</sup> Declaración Mundial de la Unión Internacional para la conservación de la naturaleza (UICN) acerca del Estado de Derecho en materia ambiental

<sup>190</sup>Declaración de Quito, 2018. Declaración Mundial de la Unión Internacional para la conservación de la naturaleza (UICN) acerca del Estado de Derecho en materia ambiental

## V). Principio de no regresión

### 1). El retroceso del derecho ambiental

En el capítulo inicial hemos descripto el proceso de avance del ambientalismo durante muchos años, que provocó el surgimiento de un nuevo paradigma ambiental. Esta tendencia no está exenta de retrocesos y es lo que se advierte en numerosas regiones del planeta, sobre todo en momentos de crisis económicas o de nacionalismos exacerbados.

Para promover su desarrollo regional, nacional o local, los países empiezan a competir con legislaciones menos protectorias del ambiente o se retiran de los tratados internacionales o neutralizan su aplicación, porque así bajan los costos de las inversiones.

En otros supuestos aprovechan el deterioro ambiental acentuándolo. Es lo que ocurre en el polo Norte, que está en un proceso de descongelamiento, lo cual vuelve navegable a esa zona. Muchos países ven en ello una oportunidad de incrementar el comercio, lo cual agrava el problema.

Las decisiones administrativas locales también producen estos problemas. Por ejemplo, cuando existe un área protegida y se decide reducirla, o se libera la producción de una industria calificada como contaminante.

También generan controversia en este campo las decisiones internas del Estado, cuando desarma organismos o agencias destinadas a la protección ambiental.

Un aspecto más complejo aún es el cambio de jurisprudencia de un Tribunal en sentido de proteger en menor medida un área protegida o alterar su propia tradición protectoria por un cambio interno de sus miembros.

En general, todo ello abre un debate entre el desarrollo económico y la protección ambiental.

Por estas razones ha surgido la idea de elaborar un “principio de no regresión”<sup>191</sup>.

---

<sup>191</sup> En este tema ver: Prieur, Michel, "El nuevo principio de no regresión en el derecho ambiental", en el acto de investidura del grado de Doctor Honoris Causa, en Prensas Universitarias de Zaragoza. Gonzalo Sozzo "El principio de no regresión del derecho ambiental en el camino de la conferencia de Rio+20 en J.A. 2011 t. IV ; María Valeria Berros "Construyendo el principio de no regresión en el derecho argentino" J.A. 2011.IV; Giacosa, Natalia; Lloret, Juan Sebastián El principio de progresividad ambiental y los horizontes de su aplicación JA 28/12/2011; José Esain "El principio de progresividad en materia ambiental" en J.A. 2007 t. IV; Falbo, Aníbal "El principio de progresividad en una medida cautelar urbano ambiental" en Revista de Derecho Ambiental n° 28, octubre 2011, pág. 246; Araujo Ayala, Patryck de "Direito fundamental ao ambiente e a prohibicao de regresso nos niveis de protecao ambiental na constitucao brasileira, en Revista de Derecho Ambiental, n° 30, 2012, pág. 35; Cafferatta, Néstor "Reformulación del principio de progresividad a 10 años de la ley

## 2). Principales caracteres

Desde el punto de vista aspiracional, es un principio modesto, en cuanto pretende mantener lo logrado, y por eso es necesario complementarlo con los otros mandatos que apuntan al desarrollo del derecho ambiental. Su gran utilidad aparece en tiempos de crisis y retroceso como la descrita.

Analizando su fundamentación y descripción surgen debates importantes, y más difícil aún es el aspecto de la aplicación, porque no es sencillo determinar qué significa en realidad no ir hacia atrás y qué medios legales existen.

Prieur señala que existen tres modalidades diferentes de expresar la voluntad de no regresión: 1) a través de una proclamación expresa; 2) a través de una exigencia de protección del ambiente mediante medidas nacionales a un nivel que sea, como mínimo, igual al nivel de protección internacional; 3) de forma más indirecta, aunque no por ello menos explícita a través de las cláusulas de incompatibilidad con otros acuerdos, o que en caso de competencia o diferencias entre varios convenios, confirman la superioridad o preeminencia del tratado que propone la mayor protección del medio ambiente.

Un ejemplo claro al respecto es la Constitución de Ecuador de 2008 que menciona: "La integración, en especial con los países de Latinoamérica y el Caribe será un objetivo estratégico del Estado. En todas las instancias y procesos de integración, el Estado ecuatoriano se comprometerá a: ...Fortalecer la armonización de las legislaciones nacionales con énfasis en los derechos y regímenes laboral, migratorio, fronterizo, ambiental, social, educativo, cultural y de salud pública, de acuerdo con los principios de progresividad y de no regresividad" (art. 423, inc. 3).

Existen dos tipos de fundamentos: el principio de progresividad y el desarrollo sustentable y perdurable.

## 3) Principio de progresividad

El principio de progresividad, es un fundamento en cuanto a que, si hay que avanzar en la tutela de los derechos fundamentales, no es posible retroceder<sup>192</sup>.

Si bien la progresividad importa reformas a ser cumplidas temporalmente con metas interinas incorporadas a un cronograma gradual de cumplimiento, también expresa que, una vez que se ha avanzado en dicha

---

26.675 general del ambiente. Avances y novedades", en Rev. Derecho Ambiental, Julio-sep. 2012, n. 31 pág. 1; FERRARESI, Priscila "Proibicao do retrocesso e desenvolvimento sustentável", editora Fiuza, San Pablo, 2010.

<sup>192</sup> Esaín, José, "El principio de progresividad en materia ambiental", JA del 10/10/2007.

tarea, no puede volverse atrás<sup>193</sup>. Por el contrario, el nivel de protección alcanzado debe ser respetado y no disminuido sino incrementado.

#### 4) El desarrollo sustentable y perdurable

El desarrollo debe ser sustentable, lo que implica mantener un volumen de recursos apto para que las generaciones futuras puedan aprovecharlo, y ello significa no retroceder.

Este concepto puede ser ampliado al concebir el progreso como permanencia transgeneracional<sup>194</sup>. El debate surge porque se puede pensar que el “desarrollo sustentable” es un equilibrio al cual puede llegar una generación, celebrando un contrato social y económico, en una determinada región y así solucionar un conflicto. Pero el problema es la ausencia de las generaciones futuras, que no pueden expresarse. Por ello se sostiene que debe asegurarse una racionalidad de la herencia ambiental. En este modelo, hay una garantía de transmisión intergeneracional de un cierto volumen o capital.

En este sentido, la CS argentina estableció<sup>195</sup> que “El principio precautorio produce una obligación de previsión extendida y anticipatoria a cargo del funcionario público. Por lo tanto, no se cumple con la ley si se otorgan autorizaciones sin conocer el efecto, con el propósito de actuar una vez que esos daños se manifiestan. Por el contrario, el administrador que tiene ante sí dos opciones fundadas sobre el riesgo, debe actuar precautoriamente, y obtener previamente la suficiente información a efectos de adoptar una decisión basada en un adecuado balance de riesgos y beneficios. La aplicación de este principio implica armonizar la tutela del ambiente y el desarrollo, mediante un juicio de ponderación razonable. Por esta razón no debe buscarse oposición entre ambos, sino complementariedad, ya que *la tutela del ambiente no significa detener el progreso, sino por el contrario, hacerlo más perdurable en el tiempo, de manera que puedan disfrutarlo las generaciones futuras*”.

Puede establecerse un "mínimo existencial" o bien “procurar que lo que se transfiera sea el máximo de bienes recibidos”.

---

<sup>193</sup>Berros, María, “Construyendo el principio de no regresión en el derecho argentino”, JA. 28.12.2011. La autora describe el Proyecto de Investigación Binacional denominado “La aplicabilidad del principio de no regresión en materia medioambiental. Posibilidades y perspectivas”, elaborado entre las universidades de Limoges (Francia) y del Litoral (Argentina). Araújo Ayala, Patrick, “Mínimo existencial ecológico e proibição de retrocesso em matéria ambiental: considerações sobre a inconstitucionalidades do Código do Meio Ambiente de Santa Catarina”, en Revista de Direito Ambiental, n. 60, 2010, ps. 329 y ss.

<sup>194</sup> Sozzo, Gonzalo, “El principio de no regresión del derecho ambiental en el camino de la Conferencia de Rio+20”, JA.28.12.2011

<sup>195</sup> In re, “SALAS, DINO y otros c/ SALTA, PROVINCIA de y otro” , Corte Suprema de Justicia de la Nación, 26 de marzo de 2009.

Las leyes suelen mencionar la noción de contenido mínimo en materia ambiental<sup>196</sup>. De acuerdo con la ley argentina 25675, el mínimo consiste en “prever las condiciones necesarias para garantizar la dinámica de los sistemas ecológicos, mantener su capacidad de carga y, en general, asegurar la preservación ambiental y el desarrollo sustentable”.

La determinación de este volumen implica un diálogo con las demás ciencias, dependiendo del tema específico, pero siempre será difícil establecerlo.

En estos temas habrá siempre un debate acerca de quién está autorizado para fijar el contenido mínimo o la herencia ambiental y en base a qué criterios. Un paso importante para despejar las dudas consiste en el monitoreo de la evolución de los bienes ambientales, la información estadística, los indicadores sociales, es decir, información confiable sobre la evolución hacia adelante o hacia atrás.

En esta línea Prieur justifica el principio por el carácter finalista del derecho ambiental, cuyo objetivo es la progresión de la protección del medio ambiente. También considera que el derecho ambiental posee por una esencia teleológica, cargada de valores y fines vinculados al ser humano en su interdependencia con la biodiversidad. Otro argumento invocado es el interés colectivo para la supervivencia de la humanidad y para la conservación bienes colectivos. También apunta que la regresión del derecho ambiental que se decida hoy constituirá una vulneración de los derechos de las generaciones futuras, ya que lleva a imponer a dichas generaciones un medio ambiente degradado (...) en la actualidad al modificar una ley ambiental para reducir su grado de protección, estamos imponiendo a las generaciones futuras un ambiente más degradado a través de una ley con contenido regresivo.

### 5) Efectos jurídicos:

En este tema es importante delimitar el objeto sobre el cual se aplica el principio.

El retroceso puede ser:

- Normativo: se trata de una norma jurídica que es modificada de modo que disminuye gravemente la protección, y puede tener su origen en los tres poderes del Estado. Por ejemplo, una ley que disminuye el nivel de protección ambiental; o decisiones administrativas que levantan prohibiciones, o desarman estructuras del Estado. También podría ocurrir que un tribunal cambie su jurisprudencia retrocediendo en materia ambiental, lo

---

<sup>196</sup> Berros, María, op cit

cual es frecuente cuando se altera la composición de sus miembros.

- Material: en este caso se trata del efecto negativo concreto sobre un bien ambiental.

Es habitual describir el principio de no regresión, sus fuentes y caracteres pero lo más importante es tratar de establecer sus efectos. Hay numerosos antecedentes en el ámbito de los derechos sociales, que son trasladables al campo ambiental.

#### **A). La ley injustificadamente regresiva**

En este aspecto puede ser utilizado para descalificar una ley que es “injustificadamente regresiva”, como lo ha hecho la Corte argentina:

“el principio de progresividad o no regresión, que veda al legislador la posibilidad de adoptar medidas injustificadamente regresivas, no solo es un principio arquitectónico del Derecho Internacional de los Derechos Humanos sino también una regla que emerge de las disposiciones de nuestro propio texto constitucional en la materia”<sup>197</sup>. En la causa “Asociación de Trabajadores del Estado s/ acción de inconstitucionalidad”<sup>198</sup> del 18 de junio de 2013, la Corte nuevamente reafirma el principio de progresividad, “el cual (..) impone que todas las medidas estatales de carácter deliberadamente “regresivo en materia de derechos humanos, tal como lo es el decreto impugnado, requieran la consideración “más cuidadosa”, y deban “justificarse “plenamente”.

En la causa “Sánchez, María del Carmen c/ ANSeS s/ reajustes varios” del 24 de noviembre de 2015<sup>199</sup>, la Corte afirmó que “los tratados internacionales promueven el desarrollo progresivo de los derechos humanos y sus cláusulas no pueden ser entendidas como una modificación o restricción de derecho alguno establecido por la primera parte de la Constitución Nacional (art. 75, inc. 22)”.

#### **B). La interpretación más favorable**

En el caso de la interpretación, este principio obliga a decidirse por la opción más favorable al progreso de la tutela.

En materia de interpretación se debe adoptar la “opción que proteja en mayor medida la persona humana”:

---

<sup>197</sup> Fallos: 328: 1602. “Sánchez, María del Carmen c/ ANSeS s/ reajustes varios” del 17/05/2005. Considerando 6°

<sup>198</sup> Fallos: 336:672, considerando 9°

<sup>199</sup> publicada en Fallos: 338:1347, Considerando 6°) del voto de la mayoría;

En el fallo “Madorrán” del 3 de mayo de 2007 <sup>200</sup> la Corte consideró que el decidido impulso hacia la progresividad en la plena efectividad de los derechos humanos, propia de los tratados internacionales de la materia, sumado al principio pro homine, connatural con estos documentos, determinan que el intérprete deba escoger dentro de lo que la norma posibilita, el resultado que proteja en mayor medida a la persona humana. Y esta pauta se impone aun con mayor intensidad, cuando su aplicación no entrañe colisión alguna del derecho humano así interpretado, con otros valores, principios, atribuciones o derechos constitucionales. En el precedente “Bianchi” (<sup>[3]</sup>) del 2 de marzo de 2011<sup>201</sup>, la Corte afirmó (en una causa vinculada a los haberes previsionales) que para resolver estos casos se “justifica adoptar la solución que mejor se adecue a los principios y garantías de la Constitución Nacional y favorezca la progresividad de los derechos humanos”.

### **C) En relación a las políticas públicas**

La Corte Suprema Argentina ordenó avanzar y no retroceder en el campo de la lucha contra la contaminación de un río. En la res. del 20/6/2006 en la causa “Mendoza”, con base en esta idea de progresividad, se ordena a los tres niveles del Estado demandados la presentación de un plan integrado de saneamiento en el que se han de pautar diferentes programas de recomposición y de prevención del daño ambiental futuro mediante la consecución de un cronograma temporal de cumplimiento, en el que se indiquen fechas, medidas y políticas según el aspecto de la problemática de que se trate.

---

<sup>200</sup> Fallos: 330:1989, considerando 8°)

<sup>201</sup> Fallos: 334:198 Considerando 26

## CAPÍTULO V: LA FUNCIÓN AMBIENTAL.

I) Introducción.

II) Armonización entre derechos individuales y colectivos.

1) Planteo del conflicto.

2) Reglas de compatibilización en el Código Civil y Comercial Argentino.

III) La Propiedad privada.

1) Noción inicial.

2) Algunas derivaciones.

IV) El contrato.

1) Tutela de la autonomía de la voluntad y de las libertades individuales.

2) Influencia del orden público y de la teoría de los derechos fundamentales en el derecho contractual.

3) Función ambiental del contrato.

V) El Consumo sostenible.

1) Planteo del conflicto.

2) Algunas manifestaciones.

## CAPÍTULO V: LA FUNCIÓN AMBIENTAL.

### **I) Introducción.**

Todas las actividades susceptibles de afectar negativamente al ambiente presuponen -en el campo legal- el ejercicio de derechos vinculados a la propiedad privada, la libertad de contratación y el desarrollo de proyectos industriales o comerciales.

Se trata de prerrogativas de carácter individual tuteladas fuertemente tanto por los tratados de derechos fundamentales como por las constituciones nacionales de cada país.

La aparición de los bienes colectivos genera evidentes limitaciones y necesidades de compatibilización entre ambos órdenes a los efectos de transitar el camino hacia el desarrollo sostenible.

La Corte Suprema Argentina ha expresado en este punto que el principio precautorio *“implica armonizar la tutela del ambiente y el desarrollo, mediante un juicio de ponderación razonable, por lo que no debe buscarse oposición entre ambos, sino complementariedad, ya que la tutela del ambiente no significa detener el progreso, sino, por el contrario, hacerlo más perdurable en el tiempo de manera que puedan disfrutarlo las generaciones futuras”*<sup>202</sup>.

Se trata de un parámetro importante a la hora de fundar jurídicamente los objetivos del Derecho Ambiental, con el propósito de desterrar interpretaciones reduccionistas que imputan a la materia una especie de carácter impeditivo del crecimiento económico de las personas y de los países.

En la visión del máximo tribunal argentino expresado en la cita que antecede, no es real que la protección de los derechos de tercera generación debilite o postergue la satisfacción de los de primera o segunda.

Esta idea de “balance” entre derechos individuales y derechos de incidencia colectiva es la que exploraremos en el próximo título de este capítulo.

En los foros regionales y globales se debaten estas ideas ya que se trata del eje de todos los conflictos ambientales: se intentan resolver problemas de colisión entre derechos fundamentales que compiten entre sí y entre los cuales no

---

<sup>202</sup> “Salas, Dino y otros c. Provincia de Salta y Estado Nacional”. 26/03/2009. Cita Fallos Corte: 332:663.

existe una jerarquía previa que permita la adopción de mecanismos de subsunción normativa<sup>203</sup>.

Por lo tanto, uno de los grandes parámetros que se proponen para la ejecución de los juicios de ponderación que requiere la temática es el de la función ecológica o ambiental en el ejercicio de los derechos fundamentales.

Solo por mencionar algunos de los ejemplos más recientes, el principio número seis de la Declaración Mundial de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza (UICN) acerca del Estado de Derecho en materia ambiental<sup>204</sup> establece que *“Toda persona natural o jurídica o grupo de personas que posea o controle tierras, aguas u otros recursos, tiene el deber de mantener las funciones ecológicas esenciales asociadas a dichos recursos y de abstenerse de realizar actividades que puedan perjudicar tales funciones. Las obligaciones legales de restaurar las condiciones ecológicas de la tierra, el agua u otros recursos son obligatorias para todos los propietarios, ocupantes y usuarios de un sitio y su responsabilidad no concluye con la transferencia a otros del uso o del título de propiedad”*.

En el ámbito de los poderes judiciales, bajo el parágrafo número 83 titulado “Función ecológica del derecho de propiedad” de la Declaración sobre Principios Jurídicos Medioambientales para un Desarrollo Ecológicamente Sostenible<sup>205</sup>, se lee que *“El derecho de propiedad y la propiedad misma se integra como un todo, en la medida que importe obtener un beneficio responsable, y que entre sus funciones sociales comprendan la ecológica y el respeto al medio ambiente”*.

En lo relativo a uno de los microbienes ambientales que más preocupa actualmente a las naciones, dispone el segundo de los principios de la Declaración de Jueces sobre Justicia Hídrica<sup>206</sup> sancionada en Brasilia el 21 de marzo de 2018 que *“Como consecuencia de los estrechos vínculos existentes entre el suelo y el agua, así como las funciones ecológicas de los recursos hídricos, toda persona titular de un interés o un derecho de uso sobre suelos o*

---

<sup>203</sup> Se ha sostenido que *“lo ambiental posee una textura distinta a la de otros intereses integrados en el Estado social. Es más complejo y su realización, en armonía con los otros, más costosa. Y ello porque el bien jurídico ambiental está en potencial conflicto con cualquier otro bien constitucional (clásico o social). La capacidad de lo ambiental para converger, yuxtaponerse, su carácter poliédrico y su vis expansiva obligan a un replanteamiento completo del Estado social que lo asuma impregnando las políticas sociales y económicas de componentes ambientales. Se trataría de lograr un Estado social ambientalmente orientado”*. (Esain, José Alberto. “El Estado Ambiental de Derecho”. Publicado en: RDAmb 50, 23).

<sup>204</sup> Elaborada en el marco del Congreso Mundial de Derecho Ambiental de la UICN, reunido en la ciudad de Rio de Janeiro, Brasil, del 26 al 29 de Abril de 2016.

<sup>205</sup> Elaborada en el marco de la IXX Asamblea Plenaria de la Cumbre Judicial Iberoamericana celebrada en Quito, Ecuador, los días 18, 19 y 20 de abril de 2018.

<sup>206</sup> Documento presentado en la Conferencia de Jueces y Fiscales sobre Justicia Hídrica en el 8° Foro Mundial del Agua en Brasilia (Brasil), celebrado del 18 al 23 de marzo de 2018.

*recursos hídricos tiene el deber de mantener las funciones ecológicas y la integridad de dichos recursos y los ecosistemas relacionados”.*

Bajo este paradigma, entonces, reflexionaremos en los sucesivos títulos de este capítulo acerca de la función ecológica o ambiental de la propiedad, de la teoría del contrato y también de los derechos de los consumidores.

## **II) Armonización entre derechos individuales y colectivos.**

### **1) Planteo del conflicto.**

La tensión y la compatibilización entre "lo público" y "lo privado" fue, es y seguirá siendo uno de los más ingentes debates que se presentan en las sociedades y que los ordenamientos jurídicos intentan encausar.

El nudo de la cuestión finca en delimitar los contornos de la intersección entre la órbita de la libertad personal y ausencia de intervención estatal, en un extremo, y el campo regulador de lo colectivo y de las situaciones de vulnerabilidad en los vínculos privados mediante normativa imperativa o de orden público, en el otro.

Durante un extenso período de la historia, la regulación del ejercicio de los derechos individuales se basó en el presupuesto económico de la maximización de utilidades<sup>207</sup>.

Como expresión de la protección jurídica de la esfera individual, bien podría recurrirse como ejemplo a los derechos personalísimos.

En el Derecho argentino, los actos de disposición sobre derechos personalísimos son admitidos de modo amplio por el artículo 55 del Código Civil y Comercial, en tanto y en cuanto no se presenten como contrarios a la ley, la moral y las buenas costumbres.

Se preserva de modo contundente la esfera íntima de la persona, sin que puedan justificarse intervenciones estatales en las decisiones particulares que aparezcan como violatorias de lo normado por el artículo 19 de la Constitución Nacional.

La jurisprudencia ha aplicado este paradigma al resolver un sinnúmero de situaciones sumamente complejas e intrincadas sobre disposición o renunciabilidad de derechos personalísimos, incluso vinculados a la salud o a la vida<sup>208</sup>.

---

<sup>207</sup> Lorenzetti, Ricardo Luis. "Fundamentos de Derecho Privado. Código Civil y Comercial de la Nación Argentina". Edit. La Ley, 2016, pág. 38, 39.

<sup>208</sup> A modo de ejemplos de sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina: - "Bahamondez, Marcelo". 6/4/1993. Publicado en LL 1993-D. - "Albarracini Nieves, Jorge W. s/ medidas precautorias". 1/6/2012. Publicado en LL del 8/6/2012. - "D., M. A. s/ declaración de incapacidad". 7/7/2015. "D., M. A. s/ declaración de incapacidad". Fallos: 338:556.

En síntesis, existe un consenso generalizado en relación a que los derechos individuales -sean o no personalísimos- resultan relativamente disponibles para sus titulares y son regidos por la autonomía privada.

Ahora bien, y al mismo tiempo, hay otro cúmulo de relaciones o situaciones jurídicas en las cuales se impone balancear las prerrogativas reseñadas anteriormente con la tutela de ciertas garantías que se consideran de mayor peso en la ponderación que debe efectuar el legislador o el juez.

Por un lado, en supuestos de vulnerabilidad, de imposibilidad de expresión libre de la voluntad o de vínculos no paritarios se interpretará de manera restrictiva la posibilidad de disponer de los derechos individuales, al tiempo que surgirán normas jurídicas de orden público que concurrirán a regular dichas situaciones.

Por otra parte, en materia de derechos de incidencia colectiva la renunciabilidad es prácticamente nula, ya que ninguna persona puede ostentar derechos de dominio exclusivo sobre los bienes comunes.

No es lo mismo, entonces, legislar sobre el derecho a la salud, a la privacidad, a la intimidad o a la vida de cada persona que hacerlo respecto del medio ambiente, de los derechos de los consumidores o de determinados grupos minoritarios discriminados, por ejemplo.

En el primer grupo, ratificamos, existe una fuerte defensa de la autodeterminación, ya que cada individuo puede planificar su vida como lo desee, siempre y cuando respete los estándares mínimos que surgen de la convivencia social.

En el segundo grupo, en cambio, es imprescindible establecer otro tipo de contornos que permitan privilegiar determinados valores a los que el paradigma constitucional asigna mayor jerarquía por sobre la disponibilidad de los derechos individuales.

Es jurisprudencia pacífica de la Corte Suprema Argentina que la convivencia en sociedad impone enmarcar el ejercicio de los derechos en torno al bien común ya que, por ejemplo, *“Ni el derecho de usar y disponer de la propiedad, ni ningún otro derecho reconocido por la Constitución, reviste el carácter de 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”*<sup>209</sup>.

---

<sup>209</sup> “Ercolano, Agustín c. Lanteri de Renshaw, Julieta”. 28/04/1922. Cita Fallos Corte: 136:170.

## 2.) Reglas de compatibilización en el Código Civil y Comercial Argentino.

El artículo 14 del Código Civil y Comercial Argentino, luego de reconocer la existencia de derechos individuales y de incidencia colectiva, manifiesta que la ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos individuales cuando pueda afectar al ambiente y a los derechos de incidencia colectiva en general.

Se trata de una norma de fenomenal trascendencia en el marco del Estado de Derecho Ambiental porque conlleva un cambio copernicano en la concepción clásica del abuso de derecho, el cual se medioambientaliza.

El abuso de derecho redimensiona el ejercicio de los derechos subjetivos, señalándoles un límite externo que ha sido denominado “función ambiental”<sup>210</sup>.

Esta preferencia por lo colectivo es mantenida aún con más detalle y énfasis en el artículo 240 del Código Civil y Comercial, al ordenar que el ejercicio de los derechos individuales debe ser compatible con los derechos de incidencia colectiva y no debe afectar el funcionamiento ni la sustentabilidad de los ecosistemas de la flora, la fauna, la biodiversidad, el agua, los valores culturales, el paisaje, entre otros, según los criterios previstos en la ley especial<sup>211</sup>.

Por lo tanto, con fundamento en el criterio de desarrollo sostenible y en el principio de equidad intergeneracional, será necesario introducir la variable colectiva frente a cada relación jurídica que ingrese dentro de las previsiones del Código Civil y Comercial; circunstancia que resume en gran medida una de las principales premisas del Estado de Derecho Ambiental.

Bajo tal paradigma, el ejercicio de los derechos individuales no podrá juzgarse como lícito ni como convencionalmente válido si no resulta sustentable.

Se trata de un esquema interesante de armonización y compatibilización que induce a innovar en soluciones que lleven a alcanzar uno de los mayores desafíos en materia de bienes colectivos, cual es el de la efectiva implementación de la normativa protectoria.

La filosofía que inspira a la solución adoptada por el Código Civil y Comercial radica en sostener que la protección del ambiente configura un presupuesto o un prerequisite para el disfrute de los demás derechos fundamentales que tanto la Constitución Nacional como el propio Código reconocen.

---

<sup>210</sup> Lorenzetti, Ricardo Luis. “Fundamentos de Derecho Privado. Código Civil y Comercial de la Nación Argentina”. Edit. La Ley, 2016, pág. 405.

<sup>211</sup> Se ha dicho en comentario al artículo citado que “*Esta norma establece el paradigma de la sustentabilidad, que unido a los criterios de progresividad, de no regresión y pro homine serán muy importantes para la aplicación del sistema normativo de tutela de los derechos de incidencia colectiva*” (Garrido Cordobera, Lidia M. R., “Derechos individuales y de incidencia colectiva en el Código Civil y Comercial”. Publicado en LL del 10/2/2015, p. 1; LL 2015-A-835; RCyS 2015-III-13)

No es viable ejercitar los derechos a la vida, a la salud, a las diferentes libertades, al ejercicio de una industria o comercio, al trabajo, entre otros, si no se garantiza una calidad ambiental razonable.

Es éste el fundamento central de la regla de precedencia de lo colectivo por sobre lo individual que introducen las reglas en análisis.

Nótese que estas premisas impactan en todo el ordenamiento jurídico y hasta en cuestiones en las que, *prima facie*, parecerían completamente ajenas a lo ambiental.

Es lo que sucedió, por ejemplo, en un caso en el cual se presentó espontáneamente por ante el Juzgado de ejecución de la sentencia “Mendoza” (saneamiento de la cuenta Matanza – Riachuelo) una persona integrante del Estudio Jurídico – Contable representante del Síndico de la quiebra de una empresa, alegando que el activo falencial estaba conformado por dos buques muy deteriorados y con posibilidad de hundimiento, lo cual podría generar daños ambientales al Riachuelo<sup>212</sup>.

Se advierte en este diferendo una evidente colisión entre, por un lado, el interés colectivo de protección del ambiente -ya que si los barcos se hundían producirían un agravamiento en la contaminación del río- y, por el otro, los intereses individuales de los acreedores de la empresa -debido a que cualquier medida que se adoptase para arreglar las embarcaciones y evitar que se hundan generaría gastos y, con ello, nuevos créditos que pretenderán recuperarse, aumentando el pasivo de la fallida-.

Planteado el conflicto, se resuelve justamente aplicando la normativa contenida en el Código Civil y Comercial que referenciáramos, sosteniendo el Juzgado de trámite que *“La sola circunstancia de que la colisión que se verifica en autos se da entre intereses particulares homogéneos e intereses colectivos, por imperio de lo consagrado en los arts. 14 y 240 del Cód. Civ. y Com. de la Nación hace primar la protección del segundo. Y esto resulta aún más concluyente cuando, como ocurre en el caso en particular, ese bien colectivo es el ambiente. Ello, por tratarse de un bien cuya protección además ha sido expresamente impuesta como mandato jurídico”*.

En base a tales fundamentos se ordena la extracción y puesta en seco de uno de los buques, adoptando las medidas de resguardo indispensables para que la ejecución de dicha acción se realice sin generar daño o afectación al medioambiente.

Como se observa, el impacto que poseen estos criterios de compatibilización y armonización es enorme y supera notoriamente los propósitos de este trabajo.

---

<sup>212</sup> Juzgado Nacional de 1a Instancia en lo Criminal y Correccional Federal Nro. 12. “Q., J. H”. • 15/03/2017.

Claro está que estos institutos deben interpretarse y aplicarse de modo razonable (art. 3 del Código Civil y Comercial); intentando satisfacer al máximo posible todos los derechos constitucionales -tanto individuales como colectivos- que estén en juego y “compitan” en cada caso concreto (art. 1) y colocando además en diálogo cada una de las fuentes que concurran a regular el conflicto de manera coherente y responsable (art. 2).

En este contexto, tendrán que ser repensados hasta los más clásicos y contundentes derechos individuales, como ser los vinculados a la propiedad privada, a la contratación y al ejercicio de una industria lícita.

Es bajo ese norte, en definitiva, que se pregona la consagración de la función socioambiental en el ejercicio de los derechos individuales como verdadero principio general del Derecho, exigible de modo concreto según los parámetros y fundamentos vigentes en cada uno de los ordenamientos jurídicos vigentes<sup>213</sup>.

### **III) La Propiedad privada.**

#### **1) Noción inicial.**

Uno de los derechos más característicos de la esfera privada de las personas y, en consecuencia, más enfáticamente tutelado tanto por las constituciones liberales como por los códigos decimonónicos es la propiedad privada.

Ahora bien, la propiedad no escapa al carácter “no absoluto” del ejercicio de la generalidad de los derechos fundamentales<sup>214</sup>.

Se suplanta el modelo de la “propiedad - derecho individual” por el de la “propiedad -función”, en el cual no solo hay limitaciones de carácter negativo sino que emergen también verdaderos deberes positivos derivados de lo ambiental.

El derecho del propietario cumple una función para con el colectivo social en su conjunto, y ello se traduce en un contenido obligacional positivo que parte de la propia situación de pertenencia.

Estos parámetros asignan a la propiedad el carácter de derecho – deber; lo cual importa para el titular -a la par de las facultades clásicas- obligaciones

---

<sup>213</sup> La doctrina ha apoyado estas ideas, por ejemplo, en el marco de las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil celebradas en el año 2015 en Bahía Blanca, Argentina, al observar que “*Los artículos 14, 240 y cc. del Código Civil y Comercial consagran la función socioambiental en el ejercicio de los derechos individuales, lo cual implica introducir la noción de bien común y sustentabilidad en el sistema de derecho privado, tanto para la tutela de las generaciones actuales como de las futuras*”<sup>213</sup>.

<sup>214</sup> Se lee en el parágrafo 93 de la Encíclica *Laudato Sí* que “*La tradición cristiana nunca reconoció como absoluto o intocable el derecho a la propiedad y subrayó la función social de cualquier forma de propiedad privada*”.

concretas de cuidado, preservación, reparación, no degradación, no contaminación, etc<sup>215</sup>.

El Código Civil Brasileño -una de las fuentes que se han observado al momento de la elaboración del Código Civil y Comercial Argentino- es un buen ejemplo de estas ideas, ya que su artículo 1228 establece 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 por la ley especial, la flora, la fauna, las bellezas naturales, el equilibrio ecológico y el patrimonio histórico y artístico*".

La Constitución de Colombia, entre otras, consagra el mismo principio en su artículo 58, al sostener que "*La propiedad es una función social que implica obligaciones. Como tal, le es inherente una función ecológica*".

## 2) Algunas derivaciones.

La función ambiental denota en este campo el resurgir de un Derecho Privado imperativo y protectorio que penetra en la actividad comercial a través de normas de orden público para exigir un proceso de internalización de los costos ambientales, en contraposición con el mecanismo de externalización de este tipo de daños colaterales que permitió el derecho clásico.

Sin embargo, mediante esta noción no se trata solo de imponer sanciones, multas o indemnizaciones a las empresas o particulares que contaminan sino también, por el contrario, fomentar la adopción de tecnologías limpias en los procesos de producción, entendidas éstas como externalidades positivas que quienes detentan la propiedad o ejercen una industria lícita pueden aportar a la sociedad<sup>216</sup>.

Este principio de la función ambiental o ecológica obliga entonces a introducir la noción de desarrollo sostenible en todas aquellas actividades o proyectos que impliquen el ejercicio de la propiedad privada.

La Corte Suprema Argentina ha tenido en miras este concepto en un sinnúmero de precedentes, citando solo a modo de ejemplo lo expuesto en el siguiente pasaje:

---

<sup>215</sup> Catalano, Mariana. "Amparo. Preservación de ruinas de valor arqueológico, histórico, cultural y turístico. Principio Precautorio. Función ambiental de la propiedad". Publicado en: LLNOA 2007 (octubre), 892.

<sup>216</sup> Siguiendo con la Encíclica Laudato Si, se explica en el párrafo 177 que "*Hay una creciente jurisprudencia orientada a disminuir los efectos contaminantes de los emprendimientos empresariales. Pero el marco político e institucional no existe sólo para evitar malas prácticas, sino también para alentar las mejores prácticas, para estimular la creatividad que busca nuevos caminos, para facilitar las iniciativas personales y colectivas*" y en el 191 que "*Los esfuerzos para un uso sostenible de los recursos naturales no son un gasto inútil, sino una inversión que podrá ofrecer otros beneficios económicos a medio plazo*".

*“Si la acción de amparo ambiental promovida está destinada a impedir el comienzo de la construcción de dos represas localizadas en la provincia demandada, e involucra trabajos de una magnitud considerable, con gran potencialidad para modificar el ecosistema de toda la zona, se requiere medir adecuadamente sus consecuencias teniendo en cuenta las alteraciones que puedan producir tanto en el agua, en la flora, en la fauna, en el paisaje, como en la salud de la población actual y de las generaciones futuras, por lo que se hace necesario asegurar la sustentabilidad del desarrollo que se emprende y en consecuencia, el ejercicio del control encomendado a la justicia sobre las actividades de los otros poderes del Estado”<sup>217</sup>.*

Por un lado, se deberá en este camino garantizar el respeto a la equidad intrageneracional, según el cual se pretenden disminuir las asimetrías estructurales en las cuales el mercado coloca a los diferentes sectores de la población dentro de los Estados y también en relación a estos últimos frente a sus semejantes en el concierto global.

Los principios relativos a la economía verde, desde esta óptica, tendrán que perseguir el logro de parámetros vinculados a la justicia social y a la igualación entre los seres humanos y entre los países en la posibilidad de disfrute de los derechos fundamentales.

Por otro lado, el concepto también alcanza al principio de equidad intergeneracional que adquirió carta de ciudadanía en el ordenamiento jurídico argentino a partir del artículo 41 de la Constitución Nacional.

Al señalar que las actividades productivas deben satisfacer las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras, se le asignan a estas últimas el carácter de sujetos de derecho que, como tales, merecen amparo<sup>218</sup>.

En definitiva, queda claro que la propiedad privada ya no puede ser concebida como un derecho absoluto regido por legislación meramente supletoria de la voluntad de las partes, quienes usufructúan su dominio sin limitación alguna.

---

<sup>217</sup> “Asociación Argentina de Abogados Ambientalistas de la Patagonia c. Provincia de Santa Cruz y otros s/ amparo ambiental”. 26/04/2016. Cita Fallos Corte: 339:515.

<sup>218</sup> A través de su jurisprudencia, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dispensado protección a los bienes colectivos ambientales teniendo en cuenta su ligamen tanto con las generaciones presentes como con las futuras. Tiene dicho el tribunal que “*La solución de este conflicto, que, por otra parte, es cada vez más frecuente en el mundo actual y lo será en el futuro, requiere conductas que exceden tanto los intereses personales, como los provinciales. También hay que tener en cuenta que la cantidad de agua debe ser destinada a la conservación del ecosistema interprovincial, para que mantenga su sustentabilidad. Asimismo, se debe considerar el interés de las generaciones futuras, cuyo derecho a gozar del ambiente está protegido por el derecho vigente*” (“Provincia de La Pampa c. Provincia de Mendoza s/ uso de aguas”. 01/12/2017. Cita Fallos Corte: 340:1695).

Rigen en el Estado de Derecho Ambiental obligaciones *propter rem* impuestas por reglas y principios de orden público que modifican notoriamente los contornos del derecho de propiedad, resultando constitucionalmente válido su ejercicio en tanto y en cuanto resulte social y ambientalmente sostenible.

#### **IV) El contrato.**

##### **1) Tutela de la autonomía de la voluntad y de las libertades individuales.**

En materia contractual el impacto de armonización entre derechos individuales y colectivos es también sumamente trascendente, ya que esta figura es probablemente el instituto jurídico que más utilizan a diario las personas humanas y jurídicas para concretar cualquier tipo de actividad.

En el derecho contractual se observan claramente las diferentes racionalidades y filosofías que inspiran a cada una de las regulaciones, en la forma que lo insinuáramos ya en este capítulo.

Es que el contrato y la autonomía de la voluntad -al igual que la propiedad- son fuertemente protegidos por los ordenamientos jurídicos locales.

En el Derecho Argentino, a partir del artículo 958 el Código Civil y Comercial reconoce la libertad de contratar y también de diseñar el objeto y los efectos del pacto; siempre dentro de los límites impuestos por la ley, el orden y la moral públicos y las buenas costumbres.

Este principio, según el artículo 990, se manifiesta asimismo para promover tratativas dirigidas a la formación del contrato y para abandonarlas en cualquier momento.

Se mantiene la regla clásica según la cual las partes son libres para regular sus vínculos jurídicos a través de los contratos cuando de relaciones paritarias se trata y tienen derecho para actuar de ese modo sin que nadie pueda intervenir en tales expresiones de la voluntad.

Es por ello que el artículo 960 impide a los jueces modificar las estipulaciones de los contratos, excepto que sea a pedido de una de las partes cuando lo autoriza la ley, o de oficio cuando se afecta de modo manifiesto el orden público.

Bajo este régimen dedicado a los contratos paritarios, entonces, no es posible predicar la abolición de la autonomía de la voluntad ni mucho menos, como se ha escrito, la "muerte del contrato"<sup>219</sup>.

Todo lo contrario: el contrato como medio por antonomasia para adquirir derechos y contraer obligaciones permanece indemne<sup>220</sup>.

---

<sup>219</sup> Gilmore, Grant, "The death of contract", The Ohio State University Press, 1974.

<sup>220</sup> Ha dicho la doctrina que "*El contrato sigue siendo un acuerdo de voluntades destinado a reglar los derechos de los sujetos contratantes. Es decir, persisten sus elementos; sigue*

Este paradigma no se agota en la formación del contrato, sino que persiste tanto en sus efectos como en la ejecución.

Se mantiene la máxima del efecto vinculante de los pactos en el artículo 959 del Código Civil y Comercial y se agrega de modo contundente en el artículo 965 que los derechos resultantes de los contratos integran el derecho de propiedad del sujeto.

En relación con esto último, se recepta la jurisprudencia de la Corte Suprema en cuanto a que *"el contrato y la propiedad tienen protección constitucional en el derecho argentino y 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, Constitución Nacional), como la de configurar el contenido del contrato, que es un supuesto del derecho a ejercer una industria lícita (art. 14, Constitución Nacional) y de libertad económica dentro de las relaciones de competencia (art. 43, Constitución Nacional). 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. Es en este sentido como debe ser interpretado el término 'propiedad' constitucional (art. 17, Constitución Nacional). No se trata de indagar si hay un derecho real o creditorio, sino de afirmar que la libertad, el derecho subjetivo y la posición jurídica relativas al contrato tienen rango constitucional"*<sup>221</sup>.

Además, se deja perfectamente claro en el artículo 962 que las normas introducidas por el Código en este tópico son supletorias de la voluntad de las partes, a menos que de su modo de expresión, de su contenido o de su contexto resulte su carácter indisponible.

O sea que, según lo previsto por el artículo 963, la única regulación que prevalece por sobre la autonomía de la voluntad en caso de concurrencia de fuentes que puedan llegar a reglamentar el contrato en particular son las normas indisponibles, ya sea provenientes de las leyes especial o del propio Código.

Bajo tal desarrollo, en los contratos paritarios la autonomía de la voluntad sigue siendo la principal fuente normativa a la que pueden recurrir las partes a la hora de diseñar el programa de derechos y obligaciones que regirá su vínculo.

---

*habiendo un consentimiento, un objeto y por supuesto una causa-fin. Lo que sí ha cambiado, y mucho, es la interpretación de los contratos. En este punto, la gran modificación se produjo en la finalidad, es decir, en uno de los elementos del contrato: la causa-fin"* (Vergara, Leandro, "Nuevo orden contractual en el Código Civil y Comercial", LL del 17/12/2014, p. 1).

<sup>221</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación. 27/12/2006. "Massa, Juan A. v. Poder Ejecutivo Nacional". De la ampliación de fundamentos del Dr. Ricardo Lorenzetti. Publicado en LL 2007-A-316.

## 2) Influencia del orden público y de la teoría de los derechos fundamentales en el derecho contractual.

En el marco de lo que la doctrina ha calificado como la fractura del tipo general del contrato, para aquellos supuestos en los cuales no existe igualdad entre las partes el Código Civil y Comercial Argentino incluye reglas y principios muy diferentes a las reseñadas en el acápite que antecede

Es por esta situación que, a la par de la regulación de los vínculos paritarios, emerge una teoría general de los contratos -o, más bien, de las relaciones- de consumo que el Código Civil y Comercial expone a partir de su artículo 1092.

En dicho campo, el bagaje normativo no es ya supletorio de la voluntad de las partes, sino que resulta imperativo porque se intenta proteger al sujeto que se halla en inferioridad de condiciones en relación a su cocontratante.

Más allá de esta teoría general de las relaciones de consumo, existen otras previsiones que pueden extraerse de la regulación de los contratos paritarios y que expresan también la necesidad de testear estos pactos bajo normativa de orden público proveniente de la teoría de los derechos fundamentales<sup>222</sup>.

Esta circunstancia redundante en una teoría contractual mucho más materializada y ajustada a los parámetros constitucionales y convencionales.

Se lee, por ejemplo, que el objeto del acto jurídico (art. 279) y del contrato (art. 1004) no debe ser un hecho imposible o prohibido por la ley, contrario a la moral, a las buenas costumbres, al orden público o lesivo de los derechos ajenos o de la dignidad humana.

A los contornos clásicos aportados por la moral, el orden público y las buenas costumbres se adiciona, por ejemplo, la dignidad humana.

El carácter imperativo de ciertos campos legislativos ajenos a la autorregulación es también reforzado por el sistema general del Código Civil y Comercial según lo normado por el artículo 12, al disponer que las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia está interesado el orden público.

Esta idea es importante, ya que conduce a reflexionar acerca de que la mayoría de la legislación microsistémica que protege derechos fundamentales se autocalifica como de orden público<sup>223</sup>.

---

<sup>222</sup> De Lorenzo, Miguel Federico. "Contratos, derechos fundamentales y dignidad de la persona humana". Publicado en LL del 19/10/2011.

<sup>223</sup> Como ejemplos en el derecho argentino: artículo 65 de la ley 24.240 de Protección de Consumidores y Usuarios y artículo 3° de la ley 25.675 General del Ambiente.

Por lo tanto, estos órdenes normativos operarán también como contornos de la autonomía de la voluntad que las partes perfeccionan en sus contratos, exigiendo que las cláusulas no afecten de modo directo ni indirecto -en nuestro caso- los bienes colectivos.

Sea como fuere, y aun en pactos entre "iguales", la implementación de conductas relacionadas a la previsibilidad y a la precaución serán impostergables en el campo contractual, so pretexto de incurrir en la introducción de cláusulas ilícitas y nulas por violatorias de regímenes de orden público.

En todo acuerdo de partes que pueda afectar derechos fundamentales protegidos por normativa imperativa o de orden público deberán tenerse presentes las limitaciones previstas por dispositivos citados bajo este acápite; lo cual desplaza a la autonomía privada como única fuente creadora de derecho contractual<sup>224</sup>.

En el marco del orden público de coordinación, adquiere trascendencia el concepto de "función", el cual intenta resolver problemas de colisión de normas: las que provienen de la esfera privada y las que provienen de la esfera pública y social.

No solo se verifica aquí una limitación negativa como podría ser la proveniente de las reglas regulatorias del objeto del contrato, sino que a través del concepto de función socioambiental emergen también deberes positivos de actuación<sup>225</sup>.

### **3) Función ambiental del contrato.**

En torno al esquema analítico descrito en el acápite que antecede, la protección del ambiente ostenta carácter de derecho fundamental regulado por normativa imperativa que, por tanto, concurrirá a testear la sustentabilidad de las cláusulas contenidas en cualquier contrato susceptible de modificar los bienes colectivos.

Por lo tanto, el instituto de la función socioambiental permitirá a la autoridad administrativa o al poder judicial, a pedido de parte o de oficio, intervenir en aquellos pactos mediante los cuales directa o indirectamente se lesionen

---

<sup>224</sup> El conflicto entre autonomía privada y orden público en materia contractual es resuelto por el artículo 963 del Código Civil y Comercial Argentino en los siguientes términos: "*Cuando concurren disposiciones de este Código y de alguna ley especial, las normas se aplican con el siguiente orden de prelación: a) normas indisponibles de la ley especial y de este Código; b) normas particulares del contrato; c) normas supletorias de la ley especial; d) normas supletorias de este Código*".

<sup>225</sup> Lorenzetti, Ricardo Luis. "Tratado de los Contratos. Parte General". Tercera Edición Ampliada y Actualizada con el Código Civil y Comercial de la Nación. Edit. Rubinzal, 2018, Pág. 129.

bienes ambientales, a los fines de integrar, modificar o suprimir cláusulas y adaptar el negocio a las exigencias del principio de sustentabilidad.

Calificándose a todo el microsistema de protección del ambiente como de orden público, es posible predicar esta revisión de las previsiones contractuales ya que así lo habilitan en el Derecho Argentino los artículos 960, 962 y 964 del Código Civil y Comercial.

Se expone en los Fundamentos del Anteproyecto de Reforma y Unificación de los Códigos Civil y Comercial argentinos el debate acerca de la conveniencia o inconveniencia de incluir una norma similar a la contenida en el art. 421 del Código Brasileño: *“La libertad de contratar será ejercida dentro de los límites de la función social del contrato”*.

Se alega que también hay que considerar que la función no es solo social, sino que existe otro aspecto más nuevo que es la función “ambiental”; la cual es transversal a todos los contratos porque se aplica tanto a las empresas como a los consumidores y permite al Juez moderar la colisión entre el ejercicio de los derechos individuales y colectivos, como el ambiente.

Por lo tanto, en el derecho argentino se acepta la noción de “función socioambiental” de los contratos -aunque no se ha positivizado una fórmula expresa-, entendiendo que resulta suficiente para englobar estas ideas con los institutos de la buena fe y la prohibición de ejercicio abusivo de los derechos<sup>226</sup>.

Concluimos, en definitiva, en que la función socioambiental es un parámetro fundamental a aplicar por los tribunales a la hora de resolver casos de gran relevancia<sup>227</sup>.

La Corte Suprema Argentina sostuvo en un caso que *“Es legítima la declaración de nulidad de una cláusula contractual cuando se demuestre con evidencia clara y concreta que ésta se opone al ordenamiento ambiental que es de orden público, pero no cabe hacerlo respecto de una intención que indica que un acto puede o no llevarse a cabo.*

---

<sup>226</sup> Bajo el título “El orden público de coordinación. Función ambiental”, y en comentario a los artículos 959 y 960 del Código Civil y Comercial, sostiene el profesor Rubén Stiglitz que *“Es destacable la incorporación del abuso de derecho respecto de los derechos de incidencia colectiva (art. 14), que permite hablar de una función ambiental del contrato”* (Lorenzetti, Ricardo Luis -Director- De Lorenzo, Miguel Federico y Lorenzetti, Pablo -Coordinadores-. “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado”. Edit. Rubinzal – Culzoni, 2014. Tomo V, pág. 541).

<sup>227</sup> A modo de ejemplo: a) STJ. Recurso Especial N. 1.109.778-SC (2008/0282805-2). Relator: Ministro Herman Benjamin. Recorrente: Sergio Motta. Recorrido: União. Fecha: 10.11.2009. b) STJ. Recurso Especial N. 1.168.632-SP (2008/0265726-7). Relator: Ministro Luiz Fux. Recorrente: Alberto Clemente Castrucci e outro. Recorrido: Fazenda do Estado de São Paulo. Fecha: 17.06.2010.

*Que, finalmente, es de advertir que en el estado actual de la causa no se verifica un supuesto en que sea aplicable el principio de precaución en tanto no existe prueba alguna sobre la existencia de un peligro de daño grave o irreversible derivado de estos combustibles.*

*Que, sin embargo, la conclusión alcanzada no frustra ni retacea las facultades que asisten -entre otros- al demandante para efectuar un seguimiento riguroso de la evolución del cumplimiento del contrato y, de verificar un peligro de daño ambiental que pueda configurar un caso contencioso con el alcance subrayado en el considerado 10, actuar preventiva o precautoriamente mediante las acciones judiciales pertinentes”<sup>228</sup>.*

Si bien en el pleito referenciado se concluyó que no existió afectación al ambiente, es importante la doctrina que ofrece la sentencia sobre a la influencia que posee el orden público ambiental en la autonomía privada de las partes.

Nótese que en el último párrafo de la cita la Corte habilita la aplicación de los principios de prevención y precaución en el supuesto en que el contrato produzca efectos dañosos para el ambiente, enfatizando la necesidad de efectuar un adecuado y riguroso seguimiento en cuanto a la ejecución del pacto.

Agregamos que en el plano de los deberes positivos que surgen de la función ambiental, la figura posee una gran aplicación práctica, por ejemplo, en contratos de construcción de fábricas, de investigación, de diseño de productos y nuevas tecnologías, contratos sobre bienes culturales o del patrimonio histórico, entre otros<sup>229</sup>.

El instituto es también relevante en la teoría de la responsabilidad civil de origen contractual.

Es que cualquier cocontratante que no observe los postulados de este principio y a través del pacto produzca lesiones a los bienes comunes, será pasible de responder bajo el sistema de responsabilidad civil por daño ambiental.

Concluimos en que la función ambiental induce a reinterpretar cada uno de los institutos clásicos de la teoría del contrato; al tiempo que invita a testear los pactos bajo el prisma de los derechos fundamentales colectivos, con el objeto de lograr el objetivo constitucional y convencional de una más efectiva implementación del Derecho Ambiental.

## **V) El Consumo sostenible.**

---

<sup>228</sup> “Schröder, Juan c. INVAP S.E. y E.N.”. 04/05/2010. Cita Fallos Corte: 333:570.

<sup>229</sup> Lorenzetti, Ricardo Luis. “Tratado de los Contratos. Parte General”. Tercera Edición Ampliada y Actualizada con el Código Civil y Comercial de la Nación. Edit. Rubinzal, 2018, Pág. 134.

## 1) Planteo del conflicto.

La ineludible tarea de relacionar el Derecho Ambiental con el Derecho de las Relaciones de Consumo surge del dato fáctico consistente en que el aumento cada vez mayor de los niveles de consumo a escala regional y mundial afecta negativamente -y cada vez más- el medioambiente.

Se trata de una circunstancia fácilmente demostrable y que ha sido tratada en gran cantidad de foros de todo tipo a nivel internacional<sup>230</sup>.

También la Encíclica Laudato Si se hizo eco de estos problemas al resaltar, por ejemplo, que *“Todavía no se ha logrado adoptar un modelo circular de producción que asegure recursos para todos y para las generaciones futuras, y que supone limitar al máximo el uso de los recursos no renovables, moderar el consumo, maximizar la eficiencia del aprovechamiento, reutilizar y reciclar. Abordar esta cuestión sería un modo de contrarrestar la cultura del descarte, que termina afectando al planeta entero, pero observamos que los avances en este sentido son todavía muy escasos”*<sup>231</sup>.

En la misma línea: *“El ritmo de consumo, de desperdicio y de alteración del medio ambiente ha superado las posibilidades del planeta, de tal manera que el estilo de vida actual, por ser insostenible, sólo puede terminar en catástrofes, como de hecho ya está ocurriendo periódicamente en diversas regiones”*<sup>232</sup>.

En el contexto económico global se torna dificultoso seleccionar productos, servicios y procesos productivos tomando como norte la tutela del ambiente ya que, por el contrario, se adoptan normalmente parámetros individualistas y economicistas que postergan por completo la noción de “lo colectivo” o del “bien común”.

---

<sup>230</sup> Sólo por citar uno de los últimos y más importantes instrumentos internacionales en que los se ha hecho foco en la necesaria sostenibilidad del consumo, apuntamos que en la Cumbre Mundial para el Desarrollo Sustentable celebrada en Río de Janeiro en el año 2012 (“Río + 20”) los países acordaron que:

- *“(…) las políticas de economía verde en el contexto del desarrollo sostenible y la erradicación de la pobreza deberán: (...) o) Promover modalidades sostenibles de consumo y producción (art. 58)”*.

- *“(…) la adopción de medidas urgentes en relación con las modalidades insostenibles de producción y consumo, cuando ocurran, sigue siendo fundamental para ocuparse de la sostenibilidad ambiental y promover la conservación y el uso sostenible de la diversidad biológica y los ecosistemas, la regeneración de los recursos naturales y la promoción de un crecimiento mundial inclusivo y equitativo (art. 61).*

- *“es indispensable lograr cambios fundamentales en la manera en que las sociedades consumen y producen para lograr el desarrollo sostenible mundial (art. 224)”*.

<sup>231</sup> Parágrafo 22.

<sup>232</sup> Parágrafo 161.

Para obrar de ese modo, suelen esgrimirse razones tales como que adoptar modalidades sostenibles de consumo retrasaría el progreso económico de los Estados y, con ello, se incrementarían los niveles de pobreza de la población.

Otra razón que agrava el problema consiste en que aún resta mucho camino por recorrer en cuanto a la educación que necesariamente debe suministrarse a la población con el objeto de fomentar el consumo de productos o servicios “verdes”.

Normalmente suele asociarse el concepto de calidad de vida con altos estándares de consumo, lo cual no es correcto.

Cambiar periódicamente los teléfonos celulares o electrodomésticos sin causa alguna, trasladarse en vehículos particulares en lugar de utilizar el transporte público, dejar encendido los aires acondicionados de las casas durante todo el día; no resultan comportamientos que mejoren la calidad de vida de las personas, releído este concepto en términos constitucionales.

Sea como fuere, estamos en presencia de una relación inversamente proporcional entre ambos órdenes que analizamos en este título: mientras uno más se ha desarrollado y aumentado (el consumo) el otro más se ha contaminado y disminuido en términos cuantitativos y cualitativos (el ambiente)<sup>233</sup>.

Evidentemente, una de las posibles soluciones frente a semejante dilema radica en asociar la noción de sostenibilidad o sustentabilidad a las de consumo y producción.

A través del principio u objetivo de desarrollo sustentable, adquiere carta de ciudadanía la idea de consumo sostenible, que los Estados han acordado en definir como *"El uso de bienes y servicios que responden a necesidades básicas y proporcionan una mejor calidad de vida, al mismo tiempo que minimizan el uso de recursos naturales, materiales tóxicos y emisiones de desperdicios y contaminantes sobre el ciclo de vida, de tal manera que no se ponen en riesgo las necesidades de futuras generaciones"*<sup>1234</sup>.

Se trata de una conceptualización sumamente amplia y abarcativa que requiere armonizar cada uno de los factores que enumera, con el objeto de actuar sobre los patrones de consumo, tornándolos más amigables con el ambiente.

---

<sup>233</sup> Gonzalez Rodriguez, Lorena. “La sustentabilidad y el consumo”, en Picasso, Sebastián – Vazquez Ferreyra, Roberto (Directores). “Ley de Defensa del Consumidor: Comentada y Anotada”. Edit. La Ley, 2009, Volumen: 3.

<sup>234</sup> Simposio de Oslo en 1994 y definición adoptada por la tercera sesión de la Comisión para el Desarrollo Sostenible (CSD III) en 1995. En igual sentido, Argentina adoptó -mediante decreto 1289/2010- la decisión del Consejo del Mercosur N° 26 del 27.06.2007 que utiliza la misma definición.

El objetivo no consiste en consumir menos de lo necesario y someter así a las clases o a los países más débiles sino, por el contrario, trabajar fuertemente en el modo en que las sociedades consumen y producen, introduciendo la variable ambiental en tales procesos.

En el campo legal, se reflexionará acerca de que ambas materias se dirigen al logro de un objetivo común, cual es el de una mejor calidad de vida<sup>235</sup>.

Advertimos entonces una interesante apropiación por parte del Derecho del Consumo y del Derecho Ambiental de todo el discurso e instrumental teórico proveniente del área de los derechos fundamentales.

En este contexto, el consumo sostenible se presenta como una expresión de la función ambiental ya que, al fin y al cabo, el acto de consumir no deja de configurar el ejercicio de un derecho individual que, como tal, debe también observar los parámetros tuitivos que emergen del Estado de Derecho Ambiental<sup>236</sup>.

El camino hacia el desarrollo sostenible no es sólo exigible a las empresas o a los Estados Nacionales, sino que su tránsito deberá también ser recorrido de manera responsable por cada una de las personas humanas al ejercer a diario su rol de consumidores.

Estamos en presencia de un proceso de humanización y ambientalización del Derecho del Consumidor que demanda de los operadores jurídicos razonamientos mucho más sofisticados que los usuales.

Emergerán de estos principios, a la par de los derechos que las normas protectorias conceden a los consumidores, ciertas obligaciones derivadas de la sostenibilidad.

## 2) Algunas manifestaciones.

Del imprescindible diálogo a entablar para resolver todas aquellas controversias derivadas de relaciones de consumo que puedan afectar

---

<sup>235</sup> Expresa la doctrina que *“el Derecho ambiental y del Consumidor convergen en la búsqueda de la “calidad de vida social”, comprensiva del enorme conjunto de intereses “difusos”. El mejoramiento de esa calidad de vida es la reivindicación que hace confluir la aspiración ecológica de los ciudadanos y sus derechos como consumidores”*. (Stiglitz, Gabriel. “Consumo sustentable. El derecho del consumidor y la protección del medio ambiente”. DJ 1997-3, 73).

<sup>236</sup> Aporta la jurisprudencia que *“Los derechos individuales tienen una función ambiental. El derecho de dominio encuentra una limitación en la tutela del ambiente, ya que no es sustentable la permanencia de un modelo dominial que no lo tenga en cuenta. También el consumo debe ser adecuado a paradigmas sustentables en materia ambiental. Se basa en una concepción “holística”, es decir que todo tiene una interrelación que debe ser respetada, tanto en la naturaleza, como en el Derecho mismo”* (Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Junín. “Décima, Julia Graciela y otros c. Productos de Maíz S.A. (Ingredion Argentina SA) y otros s/ daños y perjuicios”. 19/11/2015).

negativamente el ambiente, nacen algunas de las siguientes manifestaciones concretas.

Una primera idea consiste en la necesidad de dotar a los consumidores no solo de datos relativos a las cuestiones comerciales, económicas o de seguridad de los productos o servicios; sino también sobre aquellas variables que podrían contener alguna incidencia en materia ambiental.

En el derecho argentino, el inciso e) del art. 61 de la ley 24.240 de protección de consumidores y usuarios, con el objeto de orientar al consumidor a prevenir los riesgos que puedan derivarse de productos manufacturados o de la utilización de los servicios y asistirlo para evaluar alternativas y emplear los recursos en forma eficiente, dispone que los contenidos educativos a impartir deben incluir los relacionados con la *“protección del medio ambiente y utilización eficiente de materiales”*.

A nivel supranacional, en la última de las grandes convenciones sobre medio ambiente los países del mundo sostuvieron: *“Reafirmamos que el acceso pleno a una educación de calidad a todos los niveles es una condición esencial para lograr el desarrollo sostenible, la erradicación de la pobreza, la igualdad entre los géneros, el adelanto de la mujer y el desarrollo humano y los objetivos de desarrollo convenidos internacionalmente. Destacamos la necesidad de asegurar la igualdad de acceso a la educación para las personas con discapacidad, los pueblos indígenas, las comunidades locales, las minorías étnicas y las personas que viven en zonas rurales”*<sup>237</sup>.

Este concepto de la educación como base del consumo responsable está íntimamente relacionada con la elección de un modelo de vida sustentable.

Se deben brindar al consumidor instrumentos -a través de procesos educativos continuos y constantes- tendientes a convencerlo respecto a las bondades que presenta la adquisición y utilización de productos y servicios amigables con los bienes comunes<sup>238</sup>.

De eso se trata la generación de “conciencia o cultura ambiental”: cuando se obtiene cualquier tipo de producto -aunque pocas veces las personas lo razonen- se está apoyando además todo el proceso anterior, desde la forma de

---

<sup>237</sup> Cumbre Mundial para el Desarrollo Sustentable celebrada en Río de Janeiro en el año 2012 (“Río + 20”).

<sup>238</sup> En relación a la educación ambiental en el campo del jurídico, parece ingeniosa la siguiente frase incluida en un libro sobre derecho forestal en Brasil, en la cual se denuncian las dificultades que apareja el poco interés en suministrarles a los futuros abogados conceptos vinculados al Derecho Ambiental: *“la continuación del silencio nacional, por más de cien años, en esta materia, traerá como consecuencia incuestionable la desaparición de los demás cuadros del Derecho, por inútiles. ¿Para qué estudiar Derecho civil, comercial, penal, judicial, etcétera a orillas del Sahara?”* (Pereira, O. D., “Direito Florestal Brasileiro”, Edit. Borsoi, 1950, p. 150).

producción hasta la distribución, el transporte y también el modo en que posteriormente se tratarán los desechos de ese objeto.

Así, los consumidores deben estar convencidos de que al seleccionar “productos verdes” están ejerciendo una responsabilidad social que va más allá de sus propios intereses.

Bajo este paradigma, es imprescindible también requerir a los proveedores el suministro de información ambiental respecto de los bienes y servicios que colocan en el mercado.

Se trata de una obligación impuesta al extremo “pasivo” de la relación que redundará en beneficios tanto para los consumidores actuales como para las generaciones venideras.

La información y la publicidad de bienes y servicios cumple un rol fundamental en el cambio de los patrones de consumo actuales y, como tal, debe incluir contenidos ambientales<sup>239</sup>.

No es viable que se fomente constantemente el consumo desmedido e irresponsable respecto a la tutela del ambiente, so pretexto de continuar externalizando hacia las generaciones que nos sucederán los riesgos y costos que emanan de nuestra vida en el planeta.

En muchas ocasiones esta circunstancia es evaluada por los proveedores como disvaliosa o perjudicial ya que suele pensarse que mientras más datos se comuniquen respecto a, por ejemplo, los procesos de producción o la disposición final de los residuos; menos se comercializarán los bienes en cuestión.

Sin embargo, dicha racionalidad debe ser revertida. La empresa comenzará a comprender que la adopción de tecnologías limpias y de mecanismos vinculados a la responsabilidad social empresarial operarán como incentivos en relación a los consumidores, quienes seleccionarán este tipo de bienes, y no otros, a la hora de satisfacer sus necesidades.

Además de lo expuesto en referencia a la educación e información a suministrar a los consumidores, destacamos una última derivación de la función ambiental en este campo y que se relaciona con la concurrencia y la integración normativas.

Es así que, en términos generales y para cualquier conflicto que se suscite en el marco de una relación de consumo y que pudiere presentar algún tipo de incidencia respecto al medioambiente, se integran las disposiciones de la normativa protectoria de los consumidores con todos aquellos principios, valores y reglas provenientes del microsistema ambiental, debido a que así lo manda la interpretación constitucional en nuestros países.

---

<sup>239</sup> Resulta ilustrativo el art. 37 inc. 2 del Código de Defensa del Consumidor Brasileño que califica como abusiva a toda aquella publicidad que “*infrinja valores ambientales*”.

Ya adelantamos en este capítulo que la legislación tuitiva de los consumidores y también la del ambiente poseen carácter de orden público<sup>240</sup>, razón por la cual no es posible que sea dejada de lado por los particulares a través del ejercicio de la autonomía privada y hasta puede ser aplicada de oficio por los tribunales judiciales.

Además de ello, una nota distintiva del microsistema tuitivo del ambiente es su vocación de expansividad hacia otros órdenes; cuestión que se apoya en la necesidad de tutela de la calidad de vida como prerrequisito para el disfrute de los demás derechos fundamentales.

En base a lo expuesto es que en toda temática o conflicto que directa o indirectamente pueda aparejar consecuencias ambientales debería, de manera preliminar, obrarse del siguiente modo:

a) Para supuestos en los cuales la cuestión se encuentre prevista en la normativa específica del Derecho del Consumo, pero releída o reinterpretada bajo el prisma de los principios de política ambiental (artículo 4 de la ley 25.675 argentina).

En esta línea, y a modo de ejemplo, los principios de prevención y precaución serán utilizados a la hora de solucionar conflictos derivados de la posible o probable generación de daños ambientales a través de una relación de consumo.

También los principios y valores provenientes del microsistema ambiental resultarán procedentes en el ámbito contractual para, por caso, desentrañar el carácter abusivo de cierto tipo de cláusulas que usualmente se insertan en los contratos celebrados con consumidores<sup>241</sup>.

b) Por otra parte, y para conflictos que no se encuentren explícitamente resueltos a través de mecanismos propios del microsistema protectorio de los consumidores y usuarios, se utilizarán también -supletoriamente- el resto de los instrumentos provenientes de la legislación protectoria del ambiente.

En esta segunda variante, por ejemplo, el instituto de la evaluación de impacto ambiental -aún no encontrándose previsto en la legislación consumeril- deberá exigirse en todas aquellas relaciones de consumo susceptibles de impactar positiva o negativamente en los bienes comunes.

Además de la normativa ya reseñada, todos estos postulados que brevemente referenciamos encuentran fundamento positivo en el Derecho Argentino en lo

---

<sup>240</sup> En Argentina: Art. 65 de la ley 24.240 y Art. 3 de la ley 25.675.

<sup>241</sup> El inc. XIV del artículo 51 del Código de Defensa del Consumidor de Brasil incluye dentro del catálogo de cláusulas abusivas a aquellas que *“infrinjan o posibiliten la violación de las normas ambientales”*. En Argentina, la Resolución 53/2003 - 21/4/2003 de la Secretaría de la Competencia, la Desregulación y la Defensa del Consumidor alega que *“Son consideradas abusivas las cláusulas que: (...) k) Infrinjan normas de protección del medio ambiente o posibiliten su violación”*.

normado por el artículo 1.094 del Código Civil y Comercial, según el cual *“Las normas que regulan las relaciones de consumo deben ser aplicadas e interpretadas conforme con el principio de protección del consumidor y el de acceso al consumo sustentable”*.

En base a este dispositivo, concluimos en que la normativa ambiental concurrirá y asistirá al Derecho del Consumidor a la hora de aplicar e interpretar las vicisitudes de cada relación de consumo que se someta al testeo de constitucionalidad.

## CAPÍTULO VI. LA SENTENCIA

Primera Parte. Características de la sentencia colectiva

- I). La sentencia sobre intereses individuales homogéneos.
  - 1). Efectos expansivos de la sentencia.
    - A) Sentencia favorable a la acción.
    - B) Sentencia que rechaza la demanda.
    - C) Sentencia que rechaza la demanda por falta de pruebas.
    - D).Cosa juzgada en materia ambiental
  - 2). Procesos múltiples y litispendencia
- II). La sentencia sobre bienes colectivos.

Segunda Parte: sentencias atípicas

- I). Distinción entre sentencia declarativa y sentencia de ejecución.
  - 1) Sentencia declarativa
  - 2) Sentencia de ejecución
- II). Exhortaciones.
- III). Mandatos de innovar y de no innovar.
- IV). Mandatos dirigidos a la administración.
  - 1). Orden orientada hacia un resultado sustantivo.
  - 2). Orden orientada referida al modo en que se ejecuta
- V). Mandatos dirigidos al Congreso.
- VI. Problemas de implementación de sentencias atípicas
  - 1). El problema del tiempo en la ejecución.
  - 2). Garantías de implementación. Creación de un micro-institucionalidad.
  - 3). Órdenes de organización de la implementación.

Tercera Parte: el problema constitucional

## CAPÍTULO VI. LA SENTENCIA

### **Primera Parte. Características de la sentencia colectiva**

En los casos individuales, la decisión judicial declara el derecho y ordena su satisfacción, lo que es relativamente sencillo porque se ajusta a los criterios desarrollados durante muchos años de tradición jurídica. Para los fines de este estudio, no interesa que exista una formulación genérica, como ocurre, por ejemplo, con el derecho al agua o a la alimentación, sino el dato de que la solución de la controversia no excede la repercusión que tiene para las partes. Ello sin perjuicio de que pueda constituirse en un precedente con un valor ejemplar para otros, pero la sentencia no causa obligaciones jurídicas hacia terceros.

En los conflictos colectivos, en cambio, la sentencia no sólo tiene valor para las partes, sino también para terceros, con lo cual puede decirse que sus efectos exceden a las partes en una dimensión que puede ser variable y referirse a un grupo de diez, cien, mil, un millón de personas o a toda una población.

En este aspecto corresponde hacer una distinción:

*Sentencia de efectos generales:* cuando se declara la inconstitucionalidad de una ley, hay efectos generales en el sentido de que se invalida una norma destinada a regular una serie de situaciones jurídicas. Sin embargo, en un sistema de control difuso y casuístico de constitucionalidad, estos efectos se limitan al caso, y los demás sujetos no están alcanzados por la sentencia, la que sólo vale como precedente; en otro juicio estos terceros alcanzados por una ley que ha sido declarada inconstitucional, pueden invocar el precedente. En un sistema de control de constitucionalidad concentrado y abstracto, la sentencia invalida la ley para todos los ciudadanos, pero para ello no es necesario un proceso colectivo.

*Sentencia de efectos colectivos:* en este caso la decisión judicial se extiende a todos los sujetos que están alcanzados por los elementos comunes del caso (intereses individuales homogéneos) o bien, a todos los que pretenden accionar en relación con un bien colectivo.

*El aspecto más relevante de la sentencia colectiva es que, al tener efectos normativos “erga omnes”, obligan al juez a pensar como un legislador o un administrador gubernamental.*

Esta característica plantea numerosos problemas que estudiaremos en este capítulo:

*La sentencia colectiva:* ¿cuál es el fundamento para obligar a sujetos individuales que no participaron en el proceso?, ¿qué tipo de decisiones procesales (*remedies*) puede adoptar un juez cuando debe resolver un caso sobre un bien colectivo?

*La implementación:* ¿cómo se hace para que las sentencias de este tipo no sean meramente declarativas?, ¿cómo se puede lograr efectividad teniendo en cuenta que la capacidad institucional del Poder Judicial es limitada?

*La división de poderes:* ¿hasta qué punto el activismo judicial en las decisiones generales es constitucionalmente defendible en un sistema de división de poderes?

### **I). La sentencia sobre intereses individuales homogéneos.**

En los casos ambientales es frecuente que surjan litigios que involucran intereses individuales homogéneos. Normalmente no se trata del “ambiente” como bien colectivo, sino de las repercusiones sobre los derechos subjetivos. Por ejemplo, cuando la contaminación causa daños a grandes grupos de personas, o una catástrofe destruye hogares, o una alteración del paisaje impide a los vecinos gozar del mismo. Por esta razón se lo ha llamado “efecto rebote”, ya que la lesión al bien colectivo derrama sobre el ámbito privado.

En estos supuestos existe una causa común, y multiplicidad de perjuicios, razón por la cual hay que examinar los efectos que produce la sentencia.

En este campo hay que distinguir dos situaciones que se pueden presentar:

- Un proceso en el que se dicte una sentencia con efectos que se extienden a sujetos que no participaron.
- Varios procesos que den lugar a la posibilidad de sentencias contradictorias.

Estudiaremos los dos supuestos por separado.

#### **1) Efectos expansivos de la sentencia**

La cuestión de los efectos expansivos de la sentencia<sup>242</sup> puede variar según la decisión que adopte el legislador en cada país de acuerdo a las

---

<sup>242</sup> CASSAGNE, Juan C. “Derechos de incidencia colectiva. Los efectos erga omnes de la sentencia. Problemas de reconocimiento de la acción colectiva”, LL, 2009-B, 649. GARCIA PULLES, Fernando R., “Las sentencias que declaran la inconstitucionalidad de las leyes que vulneran los derechos de incidencia colectiva. ¿El fin del paradigma de los límites subjetivos de la cosa juzgada? ¿El nacimiento de los procesos de clase?”, LL, 2009-B, 189.- DANERI CONTE GRAND, Emilio: “Alcance de las sentencias dictadas en las causas promovidas por el defensor del pueblo y las asociaciones de consumidores (legitimación. Encuadre constitucional. Class action)” p. 207 en Estudio de Derecho administrativo IV, Dike, foro de Cuyo 2000. GOZAINI, Osvaldo: “Sobre sentencias constitucionales y la extensión erga

experiencias que existen, el contexto institucional y el comportamiento de los ciudadanos. Es decir que no hay una valoración *a priori* sobre la bondad de uno u otro sistema.

Se pueden señalar varias opciones posibles.

#### **A). Sentencia favorable a la acción**

Si la acción colectiva termina con una resolución favorable, la eficacia de esta última es para todos los integrantes del sector colectivo.

La ley ha consagrado la cosa juzgada *secundum eventum litis*, es decir que el pronunciamiento proyecta sus efectos respecto de todos los que, aun cuando no hayan intervenido en el proceso, resultan beneficiados por la decisión.

#### **B). Sentencia que rechaza la demanda**

Si la pretensión se deniega por falta de fundamentación suficiente, el juez debe señalar muy especialmente las razones que le hicieron tomar tal decisión.

Los efectos son generales, a pesar de que se puede replantear con nuevos hechos.

#### **C). Sentencia que rechaza la demanda por falta de pruebas**

Cuando la acción colectiva se rechaza por falta de pruebas, el fallo sólo tiene validez para las partes. Así, cualquier otra persona podrá replantear la petición.

#### **D). Cosa juzgada en materia ambiental**

De conformidad al artículo 33 de la ley 25.675, la sentencia hará cosa juzgada y tendrá efectos *erga omnes*, salvo que la acción sea rechazada, aunque fuere parcialmente, por cuestiones probatorias. La excepción procede únicamente cuando la desestimación de la demanda por daño ambiental colectivo obedece a cuestiones probatorias –una prueba que no fue producida porque la parte actora no la conocía o por su negligencia–, supuesto en que cualquier miembro del grupo que no intervino directamente en el proceso y que cuente con la prueba dirimente para la decisión del caso, no estaría alcanzado por los efectos de la sentencia y podría promover una nueva acción<sup>243</sup>.

---

omnes”, LL, 2007-D, 1242. LIEBMAN, Enrico Tullio: “Eficacia y autoridad de la sentencia y otros estudios sobre la cosa juzgada (con adiciones al Derecho brasileño)”, trad. de Santiago Sentís Melendo, Ediar, Buenos Aires, 1946. MORELLO, Augusto M. “La expansión subjetiva de los contratos y sentencias. A propósito de los APE y los contratos colectivos”, ED, 17/03/05.

<sup>243</sup> PERETTI, Enrique: “La sentencia ambiental. Su eficacia”, p. 321, Revista de Derecho Público, 2009- II, Derecho Ambiental–II, Rubinzal- Culzoni Editores, Noviembre de 2009.

Sin perjuicio de la utilidad de los efectos expansivos recién descritos, existe la necesidad de preservar los designios de la voluntad de cada uno de los individuos integrantes del sector. El reclamo compartido y su trámite colectivo no pueden, pues, avasallar la autonomía de la voluntad de quienes no desean verse alcanzados por la sentencia que a resultas de aquéllos recaiga. Lo contrario implicaría un retroceso en la teoría de las libertades individuales (art. 19, CN) e instaurar una nueva modalidad de dictadura de las mayorías.

En esta inteligencia, numerosas regulaciones del Derecho Comparado prevén mecanismos tendientes a impedir que alguien se vea afectado en sus derechos sin la concurrencia de su voluntad.

Se trata de un recorte –a la vinculatoriedad de la decisión final– *subjetivo*, ya que no depende del resultado favorable del litigio (*one way preclusion* o cosa juzgada *secundum eventum litis*) sino de la perspectiva personal del sujeto potencialmente inmerso en el grupo que promueve la acción. Por alguna razón sustancial (que lo lleva a no compartir la decisión de litigar) o práctica (conveniencia) ese sujeto no quiere quedar relacionado con la situación colectiva, y debe ser respetado.

Básicamente, los sistemas se bifurcan en dos líneas:

- *Opt in*, caso en que la cosa juzgada surte efectos sólo respecto de los miembros que expresamente accedieron a ser incluidos en el grupo o autorizaron a una asociación dedicada a la defensa del bien de que se trate a representar sus intereses en juicio a través de un documento firmado.
- *Opt out*, que permite la exclusión tanto del trámite del proceso como de los efectos de la sentencia, a los sujetos que así lo manifiesten, expresa e indubitadamente, y dentro de un plazo establecido. Normalmente este mecanismo tiene lugar en la etapa de certificación, aunque también hay normas que admiten el ejercicio de la opción hasta cierto tiempo antes del dictado de la sentencia.

En ambos supuestos el conocimiento de la acción resulta crucial, pues como es lógico, nadie puede excluirse respecto de un acontecimiento que ignora. En el sistema *opt in* ese anoticiamiento se produce principalmente mediante la notificación, en cambio, en el *opt out* prevalecen los mecanismos de publicidad (en medios periodísticos locales, por edictos en el *Boletín Oficial* o publicación estatal semejante, etc.).

---

LORENZETTI, Pablo: “Particularidades de la sentencia ambiental: posibilidad de fallar extra y ultra petita y cosa juzgada erga omnes”, JA, 2010-IV, fascículo n. 12, p. 67.

## 2).Procesos múltiples y litispendencia

Como lo señalamos al inicio, es frecuente que cada conflicto genere múltiples procesos colectivos que se superponen entre sí en distintas jurisdicciones, o pleitos individuales que coinciden con los colectivos. En general, el problema de la litispendencia ha sido motivo de preocupación en la doctrina, de regulación en algunos países y de decisiones jurisprudenciales en otros.

El Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica establece (art. 30) que “El primer proceso colectivo produce litispendencia respecto de los posteriores en los que se hagan valer pretensiones sobre el mismo bien jurídico, aun cuando sean diferentes los legitimados activos o las causas de pedir”. Seguidamente (art. 31) fija una regla para las relaciones entre la acción colectiva y las acciones individuales: “La acción colectiva no genera litispendencia respecto de las acciones individuales, pero los efectos de la cosa juzgada colectiva (art. 33) no beneficiarán a los actores en los procesos individuales, si no fuera requerida la suspensión del proceso individual en el plazo de 30 (treinta) días, a contar desde el conocimiento efectivo del proceso colectivo”. “Parágrafo único. Corresponde al demandado informar en el proceso por la acción individual sobre la existencia de una acción colectiva con el mismo fundamento bajo la pena de que, de no hacerlo, el actor individual se beneficiará de la cosa juzgada colectiva aun en el caso de que la demanda individual sea rechazada”.

En Estados Unidos, la “Regla 23, b” permite certificar la clase cuando el ejercicio de acciones individuales podría crear un riesgo de sentencias inconsistentes o contradictorias. Por otra parte, el “Judicial Panel on Multidistrict Litigation” tiene la autoridad de transferir casos federales relacionados a un solo juez a fin de prevenir sentencias contradictorias.

En Brasil, el Supremo Tribunal Federal reconoce que debe ser estimulado el surgimiento de un “macroproceso”, evitándose la proliferación de causas individuales, justamente por el riesgo de contradicción.

En Argentina, no habiendo reglas procesales precisas, la Corte Suprema fijó algunos criterios en la denominada causa del “Riachuelo”, sobre la que hacemos referencia en la parte casuística. El plan que se debía ejecutar y cuyo control de ejecución se delegó en el juez federal de Quilmes, doctor Armella, comprendía una región muy amplia y un régimen especial, mediante el cual los recursos que se interponían ante ese tribunal, eran elevados directamente a la Corte, con la finalidad de evitar dilaciones (*Fallos*. 331:1622), y del especial régimen recursivo que se diseñó para ser aplicado en las causas que se radicaran ante aquel estrado al ponerse en ejercicio la intervención ordenada (considerandos 20 a 22), se vienen suscitando ciertas divergencias interpretativas entre tribunales de distinta naturaleza, sede y grado acerca del recto alcance de las reglas establecidas.

Ello planteaba el siguiente problema: el espacio geográfico de ejecución del plan abarcaba muchas jurisdicciones federales y provinciales. En virtud de ello era lógico que se pudieran plantear acciones en la justicia provincial y federal que comprendieran aspectos vinculados al plan y dificultaran su ejecución.

Por esta razón, la Corte estableció una regla general mediante la cual otorgó la competencia al juez delegado en todo lo atinente a la ejecución del plan.

Al poco tiempo se planteó otro problema: en una jurisdicción diferente se denuncia un hecho de naturaleza criminal, en el que se acusa a unos funcionarios y abogados en relación con la vigilancia de empresas que volcaban líquidos contaminantes al río, parte de la cuenca. El juez federal de Quilmes solicita la intervención de la Corte con el objeto de que se pronuncie acerca de la competencia para conocer en dicho asunto.

La cuestión era difícil, porque se trataba de una materia penal, en la que había que respetar el derecho del imputado a ser juzgado por el juez natural, es decir, el de su jurisdicción, y por la necesidad de que exista doble instancia, que no se daba en el caso de que interviniera el juez delegado en la ejecución, porque las apelaciones iban directamente a la Corte Suprema.

El 11 de junio de 2009, la Corte decidió que el juez delegado no era competente. Sin embargo, algunos jueces aclararon que sería competente en dos casos: a) delitos ambientales: que afectaran la tierra, el agua o el aire del territorio de la cuenca cuyo saneamiento se ha dispuesto; b) delitos en que la materialidad de los hechos consistiera en alzamiento, desobediencia o resistencia respecto de los mandatos dictados por el tribunal delegado.

En la sentencia del 10 de noviembre de 2009, la Corte avanzó en otra precisión. En su anterior sentencia, había dicho que los litigios relativos a la ejecución del plan debían ser tramitados ante el Juzgado Federal de Quilmes, y en caso de que se hubieran iniciado ante otro tribunal, debía declararse la litispendencia y se debían remitir a dicho juzgado. Ello con la finalidad de concentrar todas las causas y agilizar el proceso de ejecución.

Los litigios a los que se hacía referencia eran aquellos que tuvieran por objeto la ejecución del plan sobre el mismo bien colectivo, aunque fueran diferentes los actores o demandados.

En esta sentencia la Corte aclaró:

Que la litispendencia (que significa desplazar la radicación del proceso hacia el juzgado que tiene a su cargo la ejecución) alcanzará inclusive “a las cuestiones que, pese a haber sido introducidas –por vía de pretensiones accesorias, cautelares, de medidas informativas o probatorias de carácter preliminar, o bajo cualquier otro *nomen juris*– en procesos que por su objeto principal quedan excluidos de su radicación ante el juzgado de Quilmes,

exhiben un contenido que está –expresa o virtualmente– comprendido dentro de los mandatos impuestos a la autoridad de cuenca en la mencionada sentencia del 8 de julio, y cuya ejecución fue encomendada al juzgado indicado. En estos casos, la causa continuará tramitando ante el tribunal competente (federal o provincial), con la única exclusión de la reclamación o medida que guarda conexidad en los términos señalados con la causa ‘Mendoza’ y que, por ende, interfiere en la jurisdicción federal de naturaleza originaria delegada por esta Corte en el juzgado de Quilmes, para ejecutar el fallo del 8 de julio de 2008”.

Que la listispendencia no alcanza a aquellos casos en que lo que se discute es el efecto que tiene el daño al bien colectivo sobre cada uno de los individuos. “Esta segunda clase de asuntos en que no se reclama la tutela de un bien colectivo y en que la Corte se declaró incompetente desde su primera intervención en ‘Mendoza’ en la resolución del 20 de junio de 2006 (*Fallos*: 329:2316) es, precisamente, la que está excluida de la declaración de litispendencia efectuada en la sentencia del 8 de julio de 2008 y, por ende, de su radicación ante el Juzgado Federal de Quilmes, debiendo tramitar ante el tribunal –provincial o federal– que resultare competente según las normas generales establecidas en las leyes, con el alcance sentado en diversas reglas jurisprudenciales establecidas por esta Corte para discernir la competencia federal y provincial en asuntos de naturaleza ambiental”.

Que respecto de la regla anterior, la Corte deja a salvo la posibilidad de producir un ordenamiento de una multiplicidad de casos individuales para el supuesto en que se lo considere conveniente.

Que todos los diferendos de competencia vinculados al plan son directamente resueltos por la Corte, aun cuando no tengan superior un tribunal común.

## **II). La sentencia sobre bienes colectivos**

La sentencia puede tener efectos sobre bienes colectivos que son indivisibles, como, por ejemplo, cuando se discute la contaminación de un río, la integridad del paisaje, o el agua potable de una región.

Este supuesto es muy diferente del anterior porque ubica al Juez en la posición de regulador de un bien que tiene dimensiones públicas y presenta múltiples aspectos que requieren de sentencias “atípicas”.

## **Segunda Parte: sentencias atípicas**

### **I). Distinción entre sentencia declarativa y sentencia de ejecución**

En este tipo de causas se debe distinguir entre la decisión y la ejecución.

En los casos que analizamos no hay una sola sentencia sino varias, que configuran un proceso adaptativo de aproximación a la solución definitiva. Por ejemplo: se condena a la ejecución de un plan para limpiar un río, pero luego se deben dictar varias decisiones sobre aspectos concretos del plan y su implementación hasta que se logra una definición razonable (sentencia “Mendoza”, CSJN argentina);

Por esta razón el tribunal debe distinguir entre:

### 1). **Sentencia declarativa:**

Las sentencias declarativas son importantes. Son sentencias vinculantes de un tribunal que define la relación jurídica entre las partes y sus derechos en el asunto ante el tribunal. A pesar de que en una sentencia declarativa no se prevé ninguna ejecución, se afirma la opinión autorizada de la corte con respecto a la naturaleza exacta de la materia jurídica sin requerir ningún comportamiento adicional.

Las sentencias declarativas se consideran un tipo de justicia preventiva, ya que, al informar a las partes acerca de sus derechos, las ayudan a evitar la violación de leyes específicas o los términos de un contrato. La característica principal de una sentencia declarativa, que la distingue de otros juicios, es el hecho de que, por medio de su acto de otorgamiento, los tribunales están facultados para determinar, acerca de los derechos legales en disputa, si un recurso adicional podría ser reclamado.<sup>244</sup>

La legislación y la práctica de las sentencias declarativas en general se desarrollaron en Inglaterra a partir de 1883, y en Estados Unidos desde 1919<sup>245</sup>.

Los casos resueltos en Estados Unidos desde la aprobación formal de los estatutos declarativos ejemplifican una extraordinaria y variada gama de recursos judiciales en situaciones de hecho. A la luz del mismo desarrollo en Reino Unido y en el continente europeo, los profesionales y los tribunales tienen también a su disposición una gran cantidad de experiencia. Como ha sido señalado por algunos autores, en la protección de los diversos intereses legales normalmente no protegidos, en la determinación de las cuestiones en su inicio, en la adjudicación de disputas sin el requisito de la infracción, en la eliminación de la incertidumbre y de las relaciones jurídicas y en el suministro de un recurso más suave frente a un remedio más drástico, la sentencia declarativa ha demostrado su utilidad como instrumento de justicia preventiva y como un valioso ejemplo de la terapéutica judicial.

---

<sup>244</sup> Edwin Borchard, 'Federal Declaratory Judgments Act', (1934) 21 Virginia L Rev 35.

<sup>245</sup> El proyecto de ley de sentencias declarativas ingresó al Senado de Estados Unidos el 7 de enero de 1919, siguiendo el modelo del reglamento de la Corte Supremo de Reino Unido 1883.

En pocas palabras, las sentencias declarativas son una herramienta importante ya que permiten a las partes o individuos que buscan una decisión judicial en las primeras etapas de una controversia, reduciendo así al mínimo la incertidumbre.

Cuando hay incertidumbre en cuanto a las obligaciones legales o derechos asociados a un posible curso futuro de la acción, el recurso declarativo ofrece un medio inmediato para resolver dicha incertidumbre antes de que se continúe con un curso futuro de la conducta.

Las sentencias declarativas se refieren al conflicto inicial, ya que surgen de la relación procesal, y a menudo dan lugar a una "ruptura" o un "cambio de concepción". Por ejemplo, declarar que la contaminación del aire en Nueva Delhi es relevante es el primer paso hacia el cambio con respecto a una situación pre-existente y consolidada <sup>246</sup>. Del mismo modo, la Corte Suprema de Estados Unidos estableció que la noción de "gases productores de efecto invernadero" debía ser comprendida dentro de la definición de "contaminante del aire" considerada por la Ley de Aire Limpio de ese país <sup>247</sup>.

En los casos de sentencias declarativas, la primera de ellas es referida al conflicto inicial conforme surge de la relación jurídico-procesal, y suele provocar una "ruptura", un "cambio de concepción". Declarar que se debe terminar con la contaminación del aire en Nueva Delhi o que se debe limpiar un río es un cambio respecto de una situación preexistente y consolidada.

Repite el párrafo con alguna mínima modificación

Asimismo, es característico de estas sentencias una declaración de principios y una condena general, que producen un alto impacto mediático y social, dada la importancia del bien afectado.

## 2) Sentencia de ejecución:

Una vez que un tribunal declara la constitucionalidad o no de una ley, los ciudadanos se preguntan: ¿qué sigue?

Surge un proceso complejo con otras etapas judiciales y nuevos recursos. Ello produce una línea borrosa entre el activismo judicial y la separación de poderes. Después de que se llega a una decisión, la sentencia debe ser ejecutada, lo que generalmente implica numerosas etapas judiciales en las que tienen lugar diferentes discusiones y especificaciones. La primera sentencia proporciona un marco general y las siguientes lo ejecutan. A pesar de que la primera decisión es cosa juzgada, las siguientes son provisionales ya

---

<sup>246</sup> MC Mehta v Union of India', 1987 SCR (1) 819

<sup>247</sup> Massachusetts v Environmental Protection Agency 549 US 497 (2007). Vale la pena señalar que la decisión sobre este caso no fue una sentencia declarativa per se. Lo se cuestionaba cuestionado era la denegación de la petición de reglamentación. Si bien la Corte dejó en claro que ciertas justificaciones no podían ser utilizadas para no hacer una regla, no se ordenó tal norma.

que las medidas ordenadas son generalmente temporales y de adaptación y, por lo tanto, pueden ser anuladas por una medida posterior.

Luego viene la ejecución, que normalmente importa numerosas etapas en las que se producen discusiones y precisiones. La primera sentencia da el marco general y las posteriores van ejecutando. Si bien la primera produce cosa juzgada, las segundas son provisorias, porque las medidas que se dictan son, generalmente, temporales y adaptativas, y una medida posterior puede dejar sin efecto la anterior.

En la sentencia que declara el derecho y condena, el juez tiene un amplio espectro de opciones que estudiaremos seguidamente.

## II). Exhortaciones.

La sentencia exhortativa<sup>248</sup> contiene una declaración sobre la vigencia de un valor o principio constitucional cuya implementación corresponde a otros poderes, y una “exhortación” para que lo haga efectivo. No se consagra una obligación jurídica determinada, sino indeterminada y de valor político. No hay un derecho a exigir el cumplimiento, y su finalidad es llamar la atención fortaleciendo el debate sobre un tema.

Este procedimiento es usualmente accesorio de una condena relativa a la controversia.

El campo específico de aplicación está relacionado con dos tipos de situaciones:

La sentencia que se dicta tiene efecto entre las partes, pero podría ser una solución general para una serie de supuestos similares, lo que justifica una exhortación al Congreso para que legisle o al Ejecutivo para que instrumente una política pública.

El juez observa un aspecto de la controversia que tiene relevancia institucional pero que no le ha sido planteado debidamente, y por esta razón llama la atención al Congreso o al Poder Ejecutivo sobre su relevancia.

En ambos supuestos la sentencia exhortativa es una solución adecuada.

En el resto de los casos, la sentencia contiene un mandato o una prohibición, tema que, en los procesos sobre bienes colectivos, presenta numerosas particularidades que analizaremos seguidamente.

---

<sup>248</sup> EGUIGUREN PRAELI, Francisco José: Las sentencias interpretativas o manipulativas y su utilización por el tribunal constitucional peruano, p. 263, en Aspectos del Derecho Procesal Constitucional, 2009, IDEMSA. SAGÚES, Pedro N. “Compendio de Derecho Procesal Constitucional”, p. 86, Astrea, 2009. “Las sentencias exhortativas (apelativas o con aviso) y su recepción en Argentina”, (LL, 2005-F, 1461).

### III). Mandatos de innovar y de no innovar.

La norma jurídica puede contener una permisión, un mandato o una prohibición.

Cuando el juez recibe un reclamo judicial puede ordenar, de modo cautelar, que el conflicto no cambie durante la tramitación del proceso. El juez se encuentra con una situación que inmoviliza, por precaución, hasta que resuelva. Es un acto conservatorio de lo que las partes han hecho, no interviene ni modifica, sólo congela lo actuado en previsión de que se siga haciendo algo disvalioso.

Se inmoviliza la situación porque de seguir el curso normal, es previsible que se produzca o agrave un daño.

El problema que tiene el mandato de no innovar es que puede consolidar situaciones de hecho injustas o bien es inútil en algunos supuestos.

Uno de los casos es aquel en que hay una parte fuerte que “gana” posiciones de hecho antes del litigio y se ve altamente beneficiada con el congelamiento dispuesto por el juez, ya que disfrutará durante todo el proceso de lo obtenido fácticamente. La sentencia será desvirtuada por el contexto situacional creado por una de las partes.

Otro de los supuestos es el de bienes que no consienten la espera. En conflictos ambientales, la espera “consume” el bien jurídico protegido, de modo tal que mantener la situación es fallar cuando ya no existe interés por extinción natural e injusta del conflicto.

Estas razones son las que hicieron pensar en dos mecanismos de solución complementarios, como la medida innovativa.

La innovación es una modificación sobre el objeto del litigio adoptada por el juez antes de la decisión final. Se trata de decir: “esperemos la decisión final, pero cambiando la situación de hecho injusta”.

El desarrollo de esta facultad puede tener incluso autonomía funcional y no estar atada al amparo o a la medida cautelar. Puede ser concebida como una orden judicial dada dentro del proceso, o incluso al final en protección de terceros, como veremos luego.

En el Derecho anglosajón ha adquirido autonomía bajo el nombre de *injunction*, que es una suerte de mandato de hacer.

En Argentina y Brasil, tanto en el amparo como en el *mandado de segurança* se reconoce la posibilidad de que el juez ordene alterar una situación de hecho. Se ha dicho que es una garantía directa en especie, valiéndose aun de la fuerza pública para su cumplimiento efectivo.

Se trata de una acción que confiere al titular del derecho una prestación *in natura*. Esta acción consigue no sólo una suspensión liminar del acto impugnado, sino también la expedición de un mandato con ejecución específica, destinado a dejar sin efecto el procedimiento ilegal de la administración.

Sus elementos son los siguientes:

- Es una orden judicial que impone una obligación de hacer, a la que le son aplicables las reglas sustantivas sobre el tema existente en la legislación civil. Esta obligación puede existir con anterioridad causada por alguna fuente obligacional o ser creada por el juez en el supuesto concreto.
- Es preventiva o precautoria: tiene una finalidad que es impedir que el contexto desnaturalice la realización del derecho, es decir, pretende evitar la consolidación de una situación irreparable.
- En el aspecto procesal, puede ser dictada como medida cautelar sustancial, antes del proceso; en una acción de amparo autónoma, o bien al final del proceso en la sentencia definitiva, para prevenir situaciones de hecho perjudiciales para terceros.
- El incumplimiento da lugar a la ejecución por otro. El juez puede adoptar todas las providencias adecuadas para la tutela específica de las obligaciones de hacer o de no hacer. Puede imponer astreintes, y determinar medidas para la obtención del resultado práctico equivalente al cumplimiento de la obligación.

#### **IV). Mandatos dirigidos a la administración.**

El mandato de no innovar o de innovar puede estar dirigido a la Administración pública nacional o estadual. En estos supuestos el tribunal declara el derecho, dicta una condena y ordena a otro poder del Estado la implementación, pero puede hacerlo según dos tipos de modelos

En el primero se respeta la discrecionalidad propia de la administración en la definición de cuáles son los medios más apropiados para aplicar en el caso,

En el segundo el Poder Judicial avanza y los define por sí mismo.

Puede haber alguna confusión según el lenguaje utilizado para nombrar estos modelos, porque en diferentes idiomas y tradiciones jurídicas se usa procedimiento o resultado con significados distintos. Lo importante es el grado de avance respecto de la discrecionalidad de la administración.

Seguidamente mostraremos ejemplos de ambas opciones.

### 1). Orden orientada hacia un resultado sustantivo.

En este caso el tribunal reconoce la discrecionalidad de la administración y le ordena que cumpla un objetivo, sin decirle cómo, ya que los medios son ajenos a la decisión judicial. Por ejemplo, se ordena que haga un plan de limpieza de un río (caso “Riachuelo”), que implemente una solución de emergencia para atender la salud de las personas que sufren contaminación (caso “La Oroya”), que dicte una regulación sobre las emisiones de gas (caso “Massachusetts”), que se investigue el estado de situación que se denuncia (realizar estudios epidemiológicos o sobre las fuentes de contaminación).

La decisión judicial respeta una frontera constitucional y no avanza en la definición de los procedimientos. Ello no significa que la declaración sea genérica, sino que puede fijar objetivos intermedios a cumplir por etapas o prioridades. Por ejemplo, en el plan de atención médica, atender en forma prioritaria a niños y mujeres gestantes (caso “La Oroya”).

La orden puede tener un plazo de ejecución y establecer un régimen de presentación de informes ante el tribunal. Ello permite impulsar la ejecución cuando se demora, acortar o prolongar plazos, aplicar sanciones, etcétera.

El tribunal puede asumir el rol de control del cumplimiento, por sí mismo o delegándolo en otro tribunal.

### 2). Orden orientada referida al modo en que se ejecuta

En este supuesto el tribunal avanza mucho más que en el caso anterior, ya que no sólo define el objetivo sino también los medios, reduciendo la discrecionalidad estatal a algunos aspectos técnicos de menor entidad. Por ejemplo, la Corte de la India no ordenó simplemente que se elaborara un plan para limpiar el río Ganges, sino que definió cómo debía hacerse, dispuso el traslado de las curtiembres, se involucró en la discusión sobre la creación de un centro común de tratamiento de efluentes, el lugar, su costo. El tribunal no se limitó a ordenar que se haga un plan de educación ambiental, sino que dispuso cómo debían ser elaborados los planes definiendo contenidos y frecuencias. En el caso de las emisiones en Delhi fue más allá de la orden general y dispuso la implementación del GNC.

### V). Mandatos dirigidos al Congreso.

Como ya dijéramos al definir las sentencias exhortativas, el tribunal puede dictar sentencias que tengan mandatos dirigidos al Congreso para legislar sobre un tema específico, con la fijación de un plazo razonable. Este procedimiento es genérico, pero tiene una gran importancia porque en numerosas situaciones existe la necesidad de regular de un modo general y con un debate sobre el tema que excede totalmente las posibilidades del proceso judicial.

Una vez que el Congreso recibe el mandato, puede legislar o no, y en este último supuesto, el tribunal decidirá si adopta una decisión sustitutiva.

De ser así, el tribunal enfrenta el problema de suplir una decisión que debe adoptar el Congreso, lo cual, normalmente, no está dentro de sus facultades. Para que ello sea posible, debe darse el supuesto de una pretensión relativa a la operatividad de un derecho fundamental.

Esta pretensión requiere:

- La existencia del derecho en alguna fuente normativa, como, por ejemplo, en un tratado internacional.
- Una falta de regulación legal dentro de un plazo razonable.

El titular del derecho fundamental tiene un derecho a que, pasado un tiempo prudencial, el juez adopte las medidas necesarias que el legislador no ha tomado a fin de lograr ese objetivo de la implementación.

## **VI. Problemas de implementación de sentencias atípicas**

Es importante considerar algunos problemas prácticos que un tribunal tiene que afrontar en relación con este tipo de recursos judiciales complejos.

Ellos son: su diseño hacia el futuro; su flexibilidad, el carácter policéntrico del proceso y la relevancia del tiempo.

### **1). El problema del tiempo en la ejecución.**

La primera cuestión a considerar es la naturaleza prospectiva de los recursos judiciales.

La sentencia judicial es, normalmente, una valoración del pasado, un análisis retrospectivo, ya que el Juez debe analizar los hechos y decir qué pasó, cuál es la solución justa de un conflicto que ya ocurrió. En materia ambiental ello sucede cuando se discute la responsabilidad civil o pena.

En cambio, cuando se trata de la prevención de un daño ambiental, o de la recomposición de un bien colectivo dañado el análisis se enfoca en el futuro.

Se requiere información sobre el futuro, la determinación de cuáles son las partes en la mejor posición para prevenir y restaurar el bien, y otras obligaciones legales.

Es inevitable un lapso prolongado en la ejecución, porque se trata de modificar situaciones que involucran instituciones, conductas, reglas, culturas, y su concreción lleva mucho tiempo. Existen procesos de cinco años y otros de veinte con numerosos pasos intermedios.

Por lo tanto, el Juez debe hacer un análisis encaminado hacia las consecuencias futuras de su decisión.

La decisión debe ser necesariamente flexible.

Este tipo de decisiones “prospectivas” plantean problemas relativos a la falta de precisión en cuanto a la posibilidad de evitar el daño futuro y, por lo tanto, se requiere flexibilidad. Una decisión rígida está destinada a perder su eficacia cuando las circunstancias cambian, que suele ser el caso en el ámbito del medio ambiente. Por lo tanto, las condiciones requeridas por el ecosistema en cuestión deben tenerse en cuenta para adaptar las decisiones en lugar de pretender que ocurre a la inversa. Las resoluciones judiciales se basan en los datos existentes en el momento de su adopción, pero las condiciones pueden cambiar en el futuro. Lo mismo es aplicable en relación con la medida adoptada.

La flexibilidad implica que las decisiones deben adaptarse a los cambios en las circunstancias. La experimentación o ensayo significan que la decisión produce ciertos efectos -si las circunstancias cambian o no- que a menudo son desconocidos.

La flexibilidad también requiere cierto nivel de experimentación.

Cuando se ordena una medida, y su aplicación se limita a un campo específico, sus consecuencias se observan y luego, si es correcto, se extienden a otros casos; de lo contrario, se modifican. Es habitual observar una prueba y modelar los efectos y resultados; y si los resultados no se producen, el sistema se corrige con el fin de lograr soluciones de compromiso.

El transcurso del tiempo plantea otro tipo de problemas en los tribunales colegiados, porque podrían cambiar los jueces que lo integran o sus ideas, y consecuentemente las mayorías. Entonces puede darse la situación en la que un Tribunal dicta una sentencia y luego de algunos años su implementación se paralice o se deje de llevar a cabo. Por eso es tan importante que la sentencia declarativa tenga un carácter de cosa juzgada en aspectos sustantivos.

En el caso de los procedimientos policéntricos, las nociones de parte “actora” y “demandada” no se encuentran directa e inmediatamente relacionadas con el significado que estos términos tienen en la adjudicación clásica del derecho civil o penal. Los procedimientos de esta naturaleza pueden tener varias partes interesadas en lugar de sólo dos. Es decir que tiene lugar un cambio de paradigma, de un esquema bipolar con sólo dos partes a un esquema de varios interesados, lo cual debe ser considerado en la implementación de la sentencia.

Por ejemplo, la decisión podría ser de interés para los empresarios, los trabajadores, los ciudadanos locales, y los diferentes niveles de la administración. Los procedimientos siempre deben centrarse en la protección del bien colectivo y en la asignación de los derechos de aquellos que están en una mejor posición para ejecutar, informar, prevenir, restaurar y reparar.

A medida que pasa el tiempo, las decisiones judiciales devienen en gestión administrativa, y la frontera entre ambas se vuelve difusa, lo que socava la separación de poderes y el concepto de una justicia basada meramente en las cortes.

Problemas de gestión típicos del ejecutivo son incluso atribuidos a las cortes, como sucedió en el caso mencionado de la Corte Suprema de India. Como analizaré más adelante, en las causas de contaminación del aire *Mehta v Union of India*, la Corte de India no se limitó a ordenar la elaboración de un plan con un objetivo, sino que definió cómo debía hacerse. Ordenó la reubicación de industrias y otras cuestiones administrativas. El Tribunal no se limitó a ordenar el diseño del plan de educación ambiental sino que estableció la forma en que dicho plan debería estar diseñado, la definición de su contenido y el calendario de ejecución<sup>249</sup>. En casos como este, los jueces no están en condiciones de gestionar la administración, ya que no tienen el tiempo, la información, los recursos y los medios para hacerlo; y ello puede dar lugar a la adopción de decisiones equivocadas y pobres.

El último punto, aunque no menos importante, es el de las expectativas sociales que producen los recursos complejos. Cuando los jueces se involucran en un conflicto, las expectativas sociales de su participación en todos los demás casos a menudo aumentan, lo cual es en sí mismo imposible. Puede ser factible llevar a cabo un procedimiento colectivo, pero si al cabo de unos meses se iniciaran varios procedimientos colectivos, la infraestructura de un tribunal sería abrumada.

Por estas razones, vale la pena señalar que es aconsejable que los tribunales tengan la sabiduría para limitar los procedimientos y para dejar que los otros poderes del Estado cumplan su función.

## **2). Garantías de implementación. Creación de una microinstitucionalidad.**

Como mencionamos anteriormente, a medida que pasa el tiempo, se identifica la decisión judicial con la gestión administrativa, y los límites se vuelven difusos, con perjuicio para la división de poderes y la imagen del servicio de justicia. Puede ocurrir incluso que los problemas de gestión, que son propios del Poder Ejecutivo, terminen siendo imputados al tribunal, como ocurrió en los casos de la Corte de la India.

Los jueces no están en condiciones de gestionar, porque no tienen el tiempo ni poseen la información, recursos ni medios, y esto puede derivar en decisiones equivocadas.

---

<sup>249</sup> *M.C. Mehta And Anr vs Union Of India & Ors* on 20 December, 1986

Citas equivalentes: *1987 AIR 1086, 1987 SCR (1) 819*

Cuando se interviene en un conflicto suele incrementarse la expectativa social de que se lo haga en todos los demás, lo cual es imposible. Puede ser factible llevar adelante un proceso colectivo, pero luego de unos meses, cuando se suman varios, la infraestructura del tribunal se satura.

Por estas razones es aconsejable que el tribunal tenga la sabiduría de poner un límite al proceso y dejar que los otros poderes cumplan su rol. Una de las críticas más duras al activismo de la Corte de la India ha sido que impidió la formación de una burocracia profesional en la administración, porque todo pasó por el tribunal y nadie tomaba decisiones autónomas por temor a la sanción.

El juez debe respetar los límites constitucionales de la división de funciones entre los distintos poderes y no puede avanzar.

Ello significa que la sentencia puede contener una formulación que diga: “hay que limpiar el río” y ordena presentar un plan; “hay que terminar con la emisión de gases contaminantes de los automotores” y ordena que se dispongan medidas. No dice cuál es el contenido del plan ni cuáles son las medidas, lo que está en el campo de la reserva de la Administración.

Los jueces que han pasado esta frontera lo han hecho porque estaban convencidos de que la Administración no iba a cumplir lo ordenado. Pero si el problema consiste en controlar, el tribunal puede hacerlo sin necesidad de entrometerse en los detalles, ordenando la presentación de informes periódicos.

La otra razón invocada es que no hay seguridad alguna de que la Administración esté en condiciones de aplicar las medidas correctas. Tampoco existen garantías de que los jueces estén en mejores condiciones que la Administración para desempeñar estas tareas, no sólo porque –como dijimos– carecen de medios, sino porque también puede haber opiniones muy distintas dentro del ámbito de autonomía judicial.

Para solucionar el problema de las garantías de implementación, puede diseñarse una “microinstitucionalidad”.

En la sentencia dictada por la Corte Suprema argentina en el caso del “Riachuelo”, se fijaron objetivos, se describieron etapas según las distintas fuentes de contaminación y los plazos para cumplir. Se designó a un encargado responsable de llevar adelante la ejecución del plan, que es un sector de la Administración. También se designaron encargados del control de cumplimiento que eran organizaciones no gubernamentales que participaron del proceso y un control de la transparencia financiera del plan, que es un ente público de auditoría.

De este modo se creó una institución dedicada al cumplimiento del objetivo, que actúa de modo autónomo, aunque bajo la supervisión lejana del tribunal. Este mecanismo permite que los diversos centros de interés

interactúen de modo rápido, flexible, dinámico. Se incrementa la cantidad de información disponible al ser aportada por diversos grupos, se mejoran los procesos de toma de decisiones al existir un proceso de debate previo y se aumenta el control social sobre el ritmo de la ejecución y su sentido.

### 3). Órdenes de organización de la implementación.

Un aspecto muy importante es la organización de la implementación de una sentencia referida a un bien colectivo. Es necesario que el juez tenga en mente este aspecto, aunque no siempre se lo hace de un modo explícito. En el supuesto en que se decida hacerlo, es importante el uso de las facultades de superintendencia que se dispongan y otras medidas como las que se mencionan a continuación:

a) *Delegación de la ejecución*: el tribunal puede dictar medidas para ordenar la ejecución de la sentencia, porque considera que esta etapa excede sus posibilidades. En el caso “Massachusetts” se ordenó a una agencia de protección ambiental la regulación de la emisión de gas; en el caso “Riachuelo” se delegó en un juez federal.

b) *División de la ejecución por etapas*: cuando el objeto del litigio es demasiado amplio y la sentencia es comprensiva de situaciones diversas, puede separarse la ejecución en etapas o secciones. En el primer caso se puede dividir en diferentes periodos temporales que facilitan el control progresivo. En el segundo, la separación es por temas, como lo hizo la Corte de la India, al tratar la situación de un municipio, de un grupo de curtiembres, y así sucesivamente.

c) *Aplicación de sanciones al funcionario público*: cuando se delega en la Administración la ejecución de un determinado mandato, el tribunal puede establecer varios tipos de medidas para asegurar el cumplimiento. Si se aplican sobre el patrimonio público, suelen ser ineficaces porque no hay un responsable claro y termina pagando un fondo público, es decir, todos los ciudadanos. Puede ser muy diferente el incentivo cuando se obliga de modo solidario al funcionario y se le aplican multas civiles sobre su patrimonio –astreintes– o bien se lo hace penalmente responsable por el incumplimiento de una orden judicial en los términos del artículo 239 del Código Penal argentino del siguiente modo: “Será reprimido con prisión de quince días a un año, el que resistiere o desobedeciere a un funcionario público en el ejercicio legítimo de sus funciones o a la persona que le prestare asistencia a requerimiento de aquél o en virtud de una obligación legal”.

Es que el dictado de una sentencia judicial comporta la potestad de hacerla cumplir.

### Tercera Parte: el problema constitucional

Puede señalarse que en Occidente existe una tradición, consolidada durante muchos años, en el sentido de que la división de funciones de los poderes hace que cada uno tenga su propio ámbito de actuación.

Una de sus consecuencias es que el Poder Judicial no puede juzgar lo que hace la administración, en ejercicio de las materias que le han sido constitucional y legalmente conferidas. A su vez, la delimitación de lo que a cada esfera le incumbe funciona como un sistema de controles recíprocos, conocido como “frenos y contrapesos” (*checks and balances*).

En los últimos tiempos se advierte un cambio importante en este sentido y casi todas las Cortes han ido ampliando la noción de justiciabilidad de las decisiones del Poder Ejecutivo, aunque en grados muy diversos.

La primera ventaja que exhibe el activismo en temas de interés público (*Public Interest Litigation*) es que puede aportar “visibilidad” a los problemas colectivos, los expone. Y esto resulta importante cuando es preciso llamar la atención sobre situaciones de desatención o incumplimiento de los deberes estatales en relación con el ambiente.

La segunda ventaja es que permite mejor eficacia en la aplicación de la ley. Ello es particularmente relevante en sistemas legales donde ha proliferado el derecho declarativo, pero no hay una decisión concreta de implementación.

La tercera ventaja es que permite avanzar en el desarrollo progresivo de los derechos fundamentales. Con todas sus imperfecciones, el activismo en casos puntuales y excepcionales de interés público es siempre un grado de avance en la consolidación del Estado de Derecho.

Existen posiciones contrarias al activismo.

En primer lugar, los jueces no tienen capacitación suficiente en temas científicos, ni la información, ni los recursos para adoptar decisiones sobre procedimientos propios de la administración. Por ejemplo, es muy difícil para un magistrado definir cuál es el sistema que mejor permite la disminución de los gases emitidos por los vehículos, o cuál es el lugar donde deben instalarse las curtiembres (casos de la Corte Suprema de la India).

En segundo lugar, el Poder Judicial tiene recursos limitados. Aun suponiendo que intervenga exitosamente en un caso donde avance sobre la administración, no sucederá lo mismo con el segundo, menos con el tercero, y con los próximos que lleguen al tribunal, directamente no podrá actuar. Deberá armar un gabinete de expertos y, en definitiva, reproducir la burocracia de la administración para poder sustituirla. Las críticas que se hacen a la administración se trasladarán al Poder Judicial que la sustituye, y éste verá disminuido su prestigio al desarrollar tareas para las que no está preparado.

En tercer lugar, la avocación permanente del Poder Judicial respecto de asuntos que sustancialmente no le conciernen puede llevar a una deformación que es el “populismo judicial”, es decir, hacer sentencias de

grandes declaraciones que conciten la atención pública, pero que se despreocupen del impacto real.

Una manera de sortear estos peligros consiste, para nosotros, en distinguir entre la intervención orientada hacia el resultado sustantivo dejando librado a la administración el modo en que se realiza, como lo hemos señalado.

Una democracia constitucional implica afirmar que rige el principio de la decisión mayoritaria con el límite de los derechos fundamentales.

## CAPÍTULO VII. LA PROTECCIÓN DEL AMBIENTE EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS.

### **1) Instrumentos Regionales de Derechos Humanos.**

1.a) Convención Americana sobre Derechos Humanos (“Pacto de San José de Costa Rica”).

1.b) Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (“Protocolo de San Salvador”).

1.c) Acuerdo Marco sobre Medio Ambiente del MERCOSUR.

1.d) Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe (“Acuerdo de Escazú”).

1.e) Declaración sobre Principios Jurídicos Medioambientales para un Desarrollo Ecológicamente Sostenible. Elaborada en el marco de la IXX Asamblea Plenaria de la Cumbre Judicial Iberoamericana (Quito, 2018).

### **2) La Organización de Estados Americanos.**

2.a) Instrumentos y resoluciones.

2.b) Cumbres de las Américas.

2.c) El Departamento de Desarrollo Sostenible (DDS).

### **3) Rol de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.**

3.a) Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

3.b) Casos contenciosos tramitados por ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

3.c) Opinión Consultiva 23/2017.

### **4) El constitucionalismo ambiental latinoamericano.**

4.a) La constitución de Ecuador.

4.b) La constitución de Bolivia.

## CAPÍTULO VII. LA PROTECCIÓN DEL AMBIENTE EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS.

### **1) Instrumentos Regionales de Derechos Humanos.**

Analizamos en este capítulo algunas de las aristas que pueden extraerse del Sistema Interamericano de Derechos Humanos en relación a la tutela de los bienes comunes y a la consolidación del Estado de Derecho Ambiental.

En dicho contexto, destacamos que el Derecho Ambiental Latinoamericano se ha nutrido del Derecho Internacional producido principalmente en las Declaraciones emanadas de las denominadas “Cumbres de la Tierra”.

En lo relativo a las convenciones y pactos instrumentados particularmente en el ámbito del Sistema Interamericano de Derechos Humanos existen referencias explícitas e implícitas que han sido utilizadas en cada uno de los Estados como herramientas para la tutela del ambiente, algunas de las cuales referimos a continuación.

#### **1.a) Convención Americana sobre Derechos Humanos (“Pacto de San José de Costa Rica”).**

Inicialmente, se verifican en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (“Pacto de San José de Costa Rica”, año 1969) menciones directas a derechos civiles y políticos, tales como la vida, integridad, dignidad, libertad en sus diferentes variantes, propiedad privada, circulación, entre otros.

En lo que hace particularmente a los derechos económicos, sociales y culturales, el artículo 26 de la Convención expone que los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.

Este dispositivo posee una relación directa con la protección de los bienes ambientales y ha operado como fundamento para la resolución de

diversos conflictos que se han suscitado en el continente y cuyo análisis ofreceremos en el título respectivo de este capítulo.

La referencia al “bien común” como limitante al ejercicio de los derechos individuales que contiene el artículo 32 del Pacto funciona también como cláusula tuitiva de los derechos de incidencia colectiva.

Más allá de los contenidos resaltados en los párrafos que anteceden, el Pacto de San José de Costa Rica regula -principalmente y tal como adelantamos- derechos de tipo civil y político, circunstancia que motivó la adopción posterior del Protocolo (complementario de Convención en materia de derechos económicos, sociales y culturales) que analizamos a continuación.

### **1.b) Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (“Protocolo de San Salvador”).**

El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (“Protocolo de San Salvador”, año 1988), regula de modo explícito en su artículo 11 el derecho a un ambiente sano.

Dispone de esta manera que toda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos; agregando que los Estados partes promoverán la protección, preservación y mejoramiento del medio ambiente.

En cuanto a la tutela de los bienes culturales, el artículo 14 del instrumento afirma que los Estados deberán adoptar medidas tendientes a la conservación, desarrollo y difusión de la ciencia, la cultura y el arte; reconociendo los beneficios que se derivan del fomento y desarrollo de la cooperación y de las relaciones internacionales en cuestiones científicas, artísticas y culturales.

Es importante también la referencia que efectúa el Protocolo en relación a los principios de efectividad y progresividad en la satisfacción de los derechos fundamentales.

Los Estados partes se comprometen así a adoptar las medidas necesarias, hasta el máximo de los recursos disponibles y tomando en cuenta su grado de desarrollo, a fin de lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos.

Resulta relevante colocar en diálogo al Protocolo de San Salvador con la Convención Americana ya que para que las cuestiones relativas al derecho a un ambiente sano sean analizadas por la Comisión y por la Corte Interamericana, es necesario demostrar -en principio- que la presunta lesión ambiental implica violaciones de los dispositivos de la Convención Americana.

Se ha expuesto que el mecanismo reseñado en el párrafo que antecede podría derivar en un obstáculo a la celeridad en la protección internacional del medio ambiente; aunque cabe que señalar que en la actual estructura normativa esta tutela por la vía refleja o indirecta se demuestra como una trascendente ruta de maduración y de mejora de los mecanismos de protección<sup>250</sup>.

### **1.c) Acuerdo Marco sobre Medio Ambiente del MERCOSUR.**

Incluimos también en el repaso que estamos formulando bajo los presentes acápite al Acuerdo Marco sobre Medio Ambiente del MERCOSUR, suscripto en Asunción del Paraguay el 22 de junio de 2001.

En dicho instrumento, los Estados Partes reafirman su compromiso con los principios enunciados en la Declaración de Río de Janeiro sobre Medio Ambiente y Desarrollo de 1992 y asumen una serie de acciones tendientes a lograr una mayor efectividad en la tutela de los bienes colectivos.

Ello, según reza el Acuerdo, teniendo en miras el desarrollo sustentable y la protección del medio ambiente, a través de la articulación de las dimensiones económicas, sociales y ambientales, contribuyendo a una mejor calidad del ambiente y de la vida de la población.

### **1.d) Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe (“Acuerdo de Escazú”).**

El Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe (“Acuerdo de Escazú”) fue adoptado el 4 de marzo de 2018 y tuvo su origen en el año 2012 como resultado de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible (Río+20)<sup>251</sup>.

Previo a ello y relacionado con el instrumento en comentario, se adoptó en la Cumbre de la Tierra (Brasil, 1992) el denominado “Principio 10”, el cual destaca que el mejor modo de enfrentar los desafíos ambientales es con acceso a la información, a la participación y a la justicia (los denominados “derechos de acceso”).

El Acuerdo de Escazú configura un instrumento jurídico pionero en materia de protección ambiental, pero también es un tratado de derechos

---

<sup>250</sup> Valerio de Oliveira Mazzuoli - Gustavo de Faria Moreira Teixeira. “Protección jurídica del medio ambiente en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. Revista Internacional de Derechos Humanos / ISSN 2250-5210 / 2015 Año V – N 5.

<sup>251</sup> “Declaración sobre la aplicación del Principio 10 de la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo en América Latina y el Caribe” (A/CONF.216/13).

humanos cuyos principales beneficiarios son la población de la región y en particular los grupos y comunidades más vulnerables<sup>252</sup>.

Se establecen como objetivos en el primero de los artículos del acuerdo los de garantizar la implementación plena y efectiva en América Latina y el Caribe de los derechos de acceso a la información ambiental, participación pública en los procesos de toma de decisiones y acceso a la justicia en asuntos ambientales; así como la creación y el fortalecimiento de las capacidades y la cooperación, contribuyendo a la protección del derecho de cada persona, de las generaciones presentes y futuras, a vivir en un medio ambiente sano y al desarrollo sostenible.

Consagra el instrumento principios tales como los de igualdad y no discriminación, transparencia y rendición de cuentas, no regresión y progresividad, buena fe, preventivo, precautorio, equidad intergeneracional, máxima publicidad, soberanía permanente de los Estados sobre sus recursos naturales, igualdad soberana de los Estados y principio pro persona.

Se establecen además medidas para facilitar el ejercicio de los derechos que se reconocen (información, participación y acceso a la justicia) y también se regulan mecanismos para llevarlos a efecto.

Entre otras medidas a adoptar por los Estados, se incluyen las de formar y capacitar en derechos de acceso en asuntos ambientales a autoridades y funcionarios públicos; desarrollar y fortalecer programas de sensibilización y creación de capacidades en derecho ambiental y derechos de acceso; dotar a las instituciones y organismos competentes con equipamiento y recursos adecuados; medidas específicas para personas o grupos en situación de vulnerabilidad y reconocer la importancia de las asociaciones, organizaciones o grupos que contribuyan a formar o sensibilizar al público en derechos de acceso.

Vale destacar que los principios, reglas y mecanismos de tutela establecidos en el tratado actúan a modo de “piso mínimo o básico” para cada Estado, tal como se deriva del artículo 4; de manera que cuando en algún país se encontraran regulados internamente dispositivos que optimicen, potencien, mejoren o fortalezcan la participación, se aplicarán por sobre los que se hallan establecidos en el Acuerdo de Escazú, en todo lo que superen el piso establecido por este último<sup>253</sup>.

---

<sup>252</sup> Bárcena, Alicia (Secretaría Ejecutiva de la CEPAL). Prefacio al Acuerdo de Escazú, 2018.

<sup>253</sup> Falbo, Aníbal J. “Acuerdo de escazú (ley 27.566): una maquinaria eficaz, concreta y sofisticada para la participación ambiental de los habitantes”. Publicado en: La Ley 09/11/2020, 1.

### 1.e) Declaración sobre Principios Jurídicos Medioambientales para un Desarrollo Ecológicamente Sostenible. Elaborada en el marco de la XIX Asamblea Plenaria de la Cumbre Judicial Iberoamericana (Quito, 2018).

El último de los documentos al que aludiremos en el presente título corresponde al ámbito de los poderes judiciales y fue redactado en el marco de la XIX Asamblea Plenaria de la Cumbre Judicial Iberoamericana (Quito, 2018).

Según puede leerse en la introducción de la Declaración sobre Principios Jurídicos Medioambientales para un Desarrollo Ecológicamente Sostenible<sup>254</sup>, se trata de una obra de construcción colaborativa, en la cual han intervenido la Comisión Medioambiental de la Cumbre Judicial Iberoamericana, el Instituto Judicial Global del Ambiente, la Comisión Mundial de Derecho Ambiental de la UICN y los Embajadores de Buena Voluntad de la Organización de Estados Americanos; el cual pretende dar cuenta del estado del arte de los principios que se enuncian y servir de orientación para lineamientos futuros, puesto que de esta forma cuidamos la “Casa Común” y se permite reconocer “más derechos para más personas”.

Dentro de la gran cantidad de directrices y principios que se consagran en el documento, pueden resaltarse brevemente los siguientes:

- Cada Estado, entidad pública o privada y los particulares tienen la obligación de cuidar y promover el bienestar de la naturaleza, independientemente de su valor para los seres humanos, al igual que de imponer limitaciones a su uso y explotación.

- Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo, rápido y efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra los actos que atenten contra sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o las normas internacionales vigentes, en especial las relacionadas con el medio ambiente.

- Toda persona deberá tener acceso adecuado a la información sobre el medio ambiente de que dispongan las autoridades públicas, incluida la información sobre los materiales y las actividades que ofrecen peligro en sus comunidades, así como la oportunidad de participar en los procesos de adopción de decisiones.

- Los tribunales deben considerar la responsabilidad socioambiental en sus planes estratégicos, previendo y adoptando políticas de protección al medio ambiente, exigiendo responsabilidad ambiental de sus jueces y servidores en el ejercicio de sus funciones, y privilegiando la adopción de

---

<sup>254</sup> Texto completo en [http://www.cumbrejudicial.org/content\\_page/62-conclusiones/633-declaraciones-suscriptas](http://www.cumbrejudicial.org/content_page/62-conclusiones/633-declaraciones-suscriptas).

prácticas que combatan el desperdicio de recursos naturales y eviten daños al medio ambiente.

- En caso de duda, todos los procesos ante tribunales, órganos administrativos y otros tomadores de decisión deberán ser resueltos de manera tal que favorezcan la protección y conservación del medio ambiente, dando preferencia a las alternativas menos perjudiciales. No se emprenderán acciones cuando sus potenciales efectos adversos sean desproporcionados o excesivos en relación con los beneficios derivados de los mismos.

- El aspecto ambiental debe ser considerado en la toma de decisiones, convirtiéndose en una regla de gobernanza ambiental para la ejecución de proyectos, desarrollados tanto por el Estado, como por las empresas y la población en general.

- Las mujeres desempeñan un papel fundamental en la ordenación del medio ambiente y el desarrollo sostenible. Es, por tanto, imprescindible reconocer la igualdad de género en todas las políticas, decisiones y prácticas para el reconocimiento de los impactos de la degradación ambiental frecuentemente desproporcionados en mujeres y niñas.

- El derecho de propiedad y la propiedad misma se integra como un todo, en la medida que importe obtener un beneficio responsable, y que entre sus funciones sociales comprenda la ecológica y el respeto al medio ambiente.

## **2) La Organización de Estados Americanos.**

La Organización de Estados Americanos (OEA) ha desempeñado un papel trascendental para la tutela del ambiente en el continente.

Desarrollamos a continuación algunos de los principales contenidos que ha impulsado la institución en lo que hace a la materia que estudiamos.

### **2.a) Instrumentos y resoluciones.**

De los variados documentos que ha producido la Organización merece destacarse en primer lugar lo expuesto en la Carta de la OEA.

Este instrumento recibió una modificación importante en 1967 cuando se aprobó el llamado Protocolo de Buenos Aires.

En lo relativo al objeto de este capítulo, se destacaron allí aspectos concretos concernientes al disfrute y goce de los derechos económicos, sociales y culturales.

Por su parte, en la reforma a la Carta de la OEA aprobada en Managua (Nicaragua) durante el año 1993, se creó el Consejo Interamericano para el Desarrollo Integral, que depende directamente de la Asamblea General de la Organización.

Se lee en los documentos reseñados que para realizar sus diversos fines, el Consejo Interamericano para el Desarrollo Integral deberá promover, coordinar y responsabilizar de la ejecución de programas y proyectos de desarrollo a los órganos subsidiarios y organismos correspondientes, con base en las prioridades determinadas por los Estados miembros, en áreas tales como el desarrollo económico y social, incluyendo el comercio, el turismo, la integración y el medio ambiente<sup>255</sup>.

Posteriormente, mediante la resolución AG/RES. 1440 (XXVI-O/96), la Asamblea General enfatizó en la importancia del desarrollo sostenible como marco conceptual en que debe dirigir sus trabajos la OEA y encomenó la elaboración de un Programa Interamericano para el Desarrollo Sostenible, el cual se centraría en los siguientes ejes:

- Servir como foro hemisférico para el fomento del diálogo y la coordinación de los avances en materia de desarrollo sostenible.
- Apoyar el intercambio de información relativa al desarrollo sostenible y facilitar el intercambio de experiencias entre países, instituciones y organizaciones.
- Actuar como socio en la cooperación entre las partes involucradas en el desarrollo sostenible.

Por su parte, la Resolución de la Asamblea General aprobada en la tercera sesión plenaria celebrada el 5 de junio de 2001 y titulada “Derechos humanos y medio ambiente”, resaltó la importancia de estudiar el vínculo que existe entre el medio ambiente y los derechos humanos, reconociendo la necesidad de promover la protección de los bienes comunes.

Emergen conclusiones importantes también de lo dispuesto por el artículo 15 de la Carta Democrática Interamericana -adoptada el 11 de septiembre de 2001-, al expresarse que el ejercicio de la democracia facilita la preservación y el manejo adecuado del medio ambiente, siendo esencial que los Estados implementen políticas y estrategias de protección ambientales para lograr un desarrollo sostenible en beneficio de las futuras generaciones.

## **2.b) Cumbres de las Américas.**

Las Cumbres de las Américas conforman espacios de intercambio a los cuales los Estados asisten con el objeto de promover la búsqueda de soluciones a problemas y necesidades comunes de la región.

Los documentos aprobados en estos encuentros (declaraciones y programas de acción) no son jurídicamente vinculantes pero constituyen directrices que complementan a las normas sobre derechos económicos, sociales y culturales adoptadas en el Sistema Interamericano de Derechos

---

<sup>255</sup> Artículo 95 inc. c.1) de la Carta de la OEA.

Humanos y son usualmente tomados por las instituciones de la sociedad civil a los efectos de evaluar si los gobiernos cumplimentan progresivamente con los compromisos asumidos<sup>256</sup>.

En ese marco, se han adoptado mandatos tendientes a la protección del ambiente en las diferentes Cumbres de las Américas, algunos de las cuales citamos a continuación:

- Fortalecer y continuar con los esfuerzos hemisféricos orientados a avanzar en materia de desarrollo sostenible y cambio climático para aumentar la capacidad de adaptación de las comunidades y de los ecosistemas vulnerables, así como redoblar esfuerzos para mitigar las emisiones de gases de efecto invernadero (VII Cumbre de las Américas, Ciudad de Panamá, 2015).

- Procurar que los procesos de planificación y ordenamiento territorial que se realizan a nivel nacional y subnacional tomen en cuenta planes de prevención, mitigación, adaptación y resiliencia a riesgos ambientales y desastres naturales. Asimismo, a través de inversiones y políticas, promover un desarrollo urbano en base a ciudades sostenibles (VII Cumbre de las Américas, Ciudad de Panamá, 2015).

- Reconocer que el desarrollo social y económico y la protección del medio ambiente -incluyendo la gestión sostenible de los recursos naturales- son pilares interdependientes del desarrollo sostenible que se refuerzan mutuamente (Declaración de Puerto España, 2009).

- Promover la buena gestión ambiental mediante, entre otros, el avance de los esfuerzos de conservación y fortalecimiento, implementación y efectiva aplicación de las leyes ambientales nacionales, de conformidad con las prioridades de desarrollo sostenible y el derecho internacional (Declaración de Puerto España, 2009).

- Propiciar la implementación de acuerdos ambientales multilaterales, incluyendo la elaboración y cumplimiento efectivo de las leyes nacionales necesarias y reiterando las responsabilidades comunes pero diferenciadas establecidas en el Principio 7 de la Declaración de Río de 1992 sobre Medio Ambiente y Desarrollo (Plan de Acción de Québec, 2001).

- Reforzar los programas para aumentar el acceso al agua segura y potable, controlar y mejorar la calidad del aire, así como mejorar las condiciones de salud para disminuir las tasas de mortalidad y morbilidad en la niñez y en las madres, y establecer normas de calidad ambientales con participación de la sociedad civil (Plan de Acción de Santa Cruz de la Sierra, 1996).

---

<sup>256</sup> Salvioli, Fabián. “La protección de los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema interamericano de derechos humanos”. Publicado en Revista IIDH, Vol. 39, Corte Interamericana de Derechos Humanos, pág. 125.

- Fomentar el intercambio de información y experiencias que promueva la utilización de tecnologías ambientalmente sanas, incluyendo normas apropiadas de construcción de viviendas populares (Plan de Acción de Santa Cruz de la Sierra, 1996).

- Crear condiciones regulatorias e institucionales favorables para reducir las barreras a las inversiones en eficiencia energética y al desarrollo y uso para proyectos de energía renovables y tecnologías limpias que sean económicamente viables y socialmente deseables (Plan de Acción de Santa Cruz de la Sierra, 1996).

### **2.c) El Departamento de Desarrollo Sostenible (DDS).**

Dentro del esquema de la OEA, el Departamento de Desarrollo Sostenible (DDS) se erige como el organismo técnico y ente de apoyo a los Estados en el diseño y la implementación de políticas, programas y proyectos orientados a integrar las prioridades ambientales con el alivio de la pobreza y las metas de desarrollo socioeconómico.

En esa línea, el DDS ha ejecutado gran cantidad de proyectos de cooperación técnica tendientes a consolidar las temáticas vinculadas al desarrollo sostenible en el continente.

Estas iniciativas buscan abordar los mandatos de los órganos políticos de la OEA y el proceso de las Cumbres de las Américas, incluyendo la Cumbre de las Américas sobre el Desarrollo Sostenible de 1996 en Santa Cruz de la Sierra, Bolivia, donde los Estados Miembros establecieron el Foro Interamericano de Derecho Ambiental (FIDA)<sup>257</sup>.

Este foro fue concebido como una red hemisférica de funcionarios y expertos en Derecho Ambiental para el intercambio de conocimientos y experiencias. El FIDA también opera como punto focal para los esfuerzos cooperativos para desarrollar y fortalecer las leyes, políticas e instituciones ambientales, promover su cumplimiento y facilitar el fortalecimiento de capacidad en el Derecho Ambiental.

Entre los temas y áreas de acción principales se encuentran los relativos a política de agua, comercio, inversión y medio ambiente, responsabilidad ambiental, instrumentos económicos y regulatorios de gestión ambiental, producción limpia y fortalecimiento de instituciones y jurisprudencia.

En otro orden, la OEA ha impulsado la consolidación del Estado de Derecho Ambiental en el marco de importantes encuentros, tales como los desarrollados en los Congresos Interamericanos sobre el Estado de Derecho

---

<sup>257</sup> <http://www.oas.org/dsd/spanish/DerechoAmbientalandtrade.htm> (consultado en fecha 4.02.2021).

en Materia Medioambiental, cuya primera edición tuvo lugar en el mes de marzo de 2015 en Montego Bay, Jamaica.

Se debatieron en este evento temas relativos al marco legal para el manejo de recursos hídricos, inversión comercial y medio ambiente, manejo y prevención de conflictos, cumplimiento y acceso a fuentes de información y participación y acceso a la justicia en las Américas.

Los participantes solicitaron la inclusión del Estado de Derecho Ambiental en la agenda de desarrollo sostenible de la OEA, e hicieron un llamado a la Organización y sus socios para que continúen desarrollando el Congreso de manera periódica como un espacio común para el intercambio de información y experiencias entre los poderes judiciales, ejecutivos y legislativos.

El segundo Congreso Interamericano sobre el Estado de Derecho Ambiental sesionó en Santiago de Chile durante el mes de septiembre de 2017, foro en el cual se acordaron también importantes conclusiones.

Por un lado, se destacó la necesidad de que se apliquen e implementen de manera integral leyes adecuadas, acceso a la justicia, acceso a la información, participación pública, equidad e inclusión, rendición de cuentas, transparencia, responsabilidad por daños ambientales; teniendo en cuenta que en el abordaje de este tipo de asuntos se requiere de soluciones complejas a mediano y largo plazo.

Se apuntó también que los derechos ambientales constitucionales - junto con otros principios emergentes como el mínimo existencial ecológico, la protección de la función ecológica de la propiedad e in dubio pro natura- son una importante contribución al desarrollo sostenible y deben garantizarse para lograr vivir en un mundo libre de contaminación que beneficie a todos los pueblos de las Américas.

Se resaltó, por último, la importancia de fortalecer alianzas estratégicas en apoyo del Estado de Derecho Ambiental tales como la que existe entre la OEA y ONU Medio Ambiente, incluyendo otras organizaciones intergubernamentales, la sociedad civil y otros actores como la Comisión Mundial de Derecho Ambiental de la UICN.

### **3) Rol de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.**

La protección de los derechos fundamentales -en general- y del ambiente -en particular- que consagran los instrumentos vigentes en el continente ha sido desarrollada en los casos particulares que se han presentado en los Estados fundamentalmente por la Comisión y por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (conf. arts. 33 a 73 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 19 del Protocolo de San Salvador).

Si bien un repaso exhaustivo de los conflictos canalizados por ante estos organismos excedería los límites del presente trabajo, podría apuntarse aquí que gran parte de los casos con contenido ambiental que aporta el sistema interamericano surge del uso de zonas forestales rurales para la extracción de materias primas, alimentos, agua, combustible y la utilización de zonas de disposición de residuos.

En este contexto, se ha apuntado que los más vulnerables a la desregulada explotación económica de los recursos naturales han sido las comunidades indígenas y campesinas del continente americano<sup>258</sup>.

Exploramos a continuación algunos de los procesos que ofrece el sistema interamericano.

### **3.a) Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.**

A modo de breve repaso, referenciamos en primer término lo actuado por la Comisión Interamericana en el caso “Yanomani”<sup>259</sup>, el cual se originó en la omisión del gobierno brasileño de tomar medidas de protección a este pueblo indígena frente a incursiones masivas de personas al área en que vivían. Según se lee en el informe, estas incursiones ocasionaban la ruptura de la organización social e introducían enfermedades que derivaron en gran número de muertes.

Se concluye en que la política indígena del gobierno derivó en la pérdida de tierras y en traslados forzosos y en que la ley que creó el Parque Indígena Yanomani fue permanentemente conculcada. Los peticionarios alegaron violación a varios derechos, entre ellos la preservación de la salud y el bienestar y la educación.

La Comisión Interamericana concluyó que el Estado había violado los derechos a la vida, la libertad y seguridad, la residencia y el tránsito y también el derecho a la preservación de la salud y el bienestar.

En otro orden, la Comisión declaró también admisible una petición respecto a Ecuador, por la presunta violación de los derechos humanos del pueblo Kichwa de Sarayaku<sup>260</sup>, al permitir el Estado la realización de actividades por parte de una empresa petrolera en el territorio ancestral de

---

<sup>258</sup> Valerio de Oliveira Mazzuoli - Gustavo de Faria Moreira Teixeira. “Protección jurídica del medio ambiente en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. Revista Internacional de Derechos Humanos / ISSN 2250-5210 / 2015 Año V – N 5.

<sup>259</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Caso Yanomani (caso n° 7615). Resolución n° 12/85 de fecha 5 de marzo de 1985.

<sup>260</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku y sus miembros (caso n°167/03). Informe de admisibilidad de fecha 13 de octubre de 2004.

dicho pueblo sin su consentimiento. Los peticionarios alegaron violaciones de diferentes derechos, entre ellos la salud y la cultura.

La Comisión consideró que los hechos denunciados incurren prima facie en la violación de varios derechos establecidos en el artículo 26 de la Convención Americana.

Por su parte, en los casos “San Mateo de Huanchor vs. Perú” (conflicto derivado de la utilización de un minero en las afueras de las comunidades rurales como un vertedero de residuos tóxicos) y “Pueblo Inuit vs. Estados Unidos” (responsabilidades del gobierno en relación con los impactos del calentamiento global en el modo de vida de los esquimales)<sup>261</sup>, la Comisión se expidió en relación a la degradación del ambiente y sus consecuencias sobre los medios de vida de los pueblos tradicionales, en particular en lo relativo a los derechos a la vida, la libertad, la seguridad, la residencia y la cultura.

### **3.b) Casos contenciosos tramitados por ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos.**

En el caso “Claude Reyes y otros vs. Chile”<sup>262</sup> (sobre la negativa del gobierno de Chile para proporcionar información sobre un proyecto de deforestación a cuatro ciudadanos) la Corte entendió que el término “libertad de pensamiento y de expresión” contenido en el art. 13 de la Convención Americana, también incluye el “derecho y la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole”.

Esta decisión se basa en la observancia del principio 10 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, que asegura a todo individuo el acceso adecuado a la información ambiental de que dispongan autoridades públicas.

Merece también destacarse el caso “Kawas Fernández vs. Honduras”<sup>263</sup>, relacionado con el asesinato de una defensora ambientalista que había denunciado la contaminación de las lagunas y la depredación de los bosques de la región de la Bahía de Tela.

Los demandantes alegaron que la privación de la vida de la Sra. Jeanette Kawas sucedió como consecuencia de “su lucha incansable por la protección al ambiente” y que su ejecución tuvo un efecto intimidador en el movimiento ambientalista en Honduras.

---

<sup>261</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Caso San Mateo Huanchor vs. Perú. Informe N° 69/04 de fecha 15 de octubre de 2004. Caso Inuit People vs. The United States, December 7, 2005. Cf. Osofsky, 2007, 675–698.

<sup>262</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile. Sentencia de fecha 19 de septiembre de 2006.

<sup>263</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Kawas Fernández vs. Honduras. Sentencia de fecha 3 de abril de 2009.

La Corte refirió en su sentencia a la relación entre medio ambiente y derecho humanos y mencionó expresamente la recepción del derecho al ambiente sano en el Protocolo de San Salvador. Sin embargo, todos los derechos que la Corte declaró violados en este caso son de la categoría de civiles y políticos.

Por otro lado, en el caso de la comunidad “Mayagna Awas Tigni”<sup>264</sup>, el derecho a la propiedad establecido en la Convención Americana sobre Derechos Humanos ha sido interpretado por la Corte Interamericana desde la perspectiva colectiva o comunal de los pueblos indígenas y ligado indisolublemente a aspectos relacionados tanto al derecho al ambiente como al ejercicio de derechos culturales.

El Tribunal enfatizó que el artículo 21 de la Convención Americana protege el derecho a la propiedad en un sentido que comprende, entre otros, los derechos de los miembros de las comunidades indígenas en el marco de la propiedad comunal.

La Corte formuló además precisiones sobre el concepto de propiedad en las comunidades indígenas, su forma comunal, la estrecha relación de los aborígenes con la tierra como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Sostuvo que para estas comunidades, la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción, sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras.

Referenciamos por último, en este breve repaso, la sentencia dictada en el caso “Comunidades Indígenas miembros de la Asociación Lhaka Honhat (nuestra tierra) vs. Argentina”<sup>265</sup>.

En esta resolución, el Tribunal declaró la responsabilidad internacional de la República Argentina por violación de distintos derechos de 132 comunidades indígenas, entre los cuales se destacan el de propiedad comunitaria, identidad cultural, medio ambiente sano, alimentación adecuada y agua.

Surge de la sentencia que en el territorio reclamado por las comunidades se han desarrollado actividades ilegales de tala, ganadería e instalación de alambrados por parte de las familias criollas; circunstancias que generaron una merma de recursos forestales y de biodiversidad, afectando la

---

<sup>264</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tigni. Sentencia de fecha 31 de agosto de 2001.

<sup>265</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Comunidades Indígenas miembros de la Asociación Lhaka Honhat (nuestra tierra) vs. Argentina. Sentencia de fecha 6 de febrero de 2020.

forma en que tradicionalmente los aborígenes procuraban su acceso a agua y alimentos.

En relación a la propiedad comunitaria indígena, sostuvo la Corte que la posesión tradicional de las tierras debería bastar para el reconocimiento oficial de la propiedad; destacándose que el Estado debe otorgar título jurídico que haga oponible el derecho de propiedad ante las propias autoridades o a terceros y asegurando su goce pacífico, sin interferencia externa.

Señaló asimismo el Tribunal que el derecho de propiedad implica que las comunidades tengan participación efectiva -con base en procesos adecuados de consulta- en la realización -por parte del Estado o de terceros- de actividades que puedan afectar la integridad de sus tierras y recursos naturales.

Resulta relevante esta sentencia que comentamos porque en ella la Corte analizó por primera vez en un caso contencioso los derechos a un medio ambiente sano, a la alimentación adecuada, al agua y a la identidad cultural en forma autónoma a partir del artículo 26 de la Convención Americana; y lo hizo en su interdependencia y de conformidad a sus especificidades respecto a pueblos indígenas.

Se alegó en este punto que la tala ilegal, la ganadería y la instalación de alambrados afectaron bienes ambientales, incidiendo en el modo tradicional de alimentación de las comunidades indígenas y en su acceso al agua; situación que alteró su forma de vida y lesionó su identidad cultural.

### **3.c) Opinión Consultiva 23/2017.**

El 15 de noviembre de 2017 la Corte Interamericana de Derechos Humanos resolvió una solicitud de opinión consultiva presentada por Colombia a raíz de la construcción de grandes obras de infraestructura con potencial impacto en el medio ambiente marino de la región del Gran Caribe.

El documento titulado “Medio ambiente y derechos humanos” contiene desarrollos sustanciales acerca de las obligaciones estatales en relación con el ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal.

De entre todas estas reflexiones resalta la consistente en que existe una relación innegable entre la protección del medio ambiente y la realización de otros derechos humanos, en tanto la degradación ambiental y los efectos adversos del cambio climático afectan el goce efectivo de los derechos humanos<sup>266</sup>.

Recuerda la Corte en la misma línea que la Comisión Interamericana ha resaltado que varios derechos de rango fundamental requieren, como una

---

<sup>266</sup> Parágrafo 47.

precondición necesaria para su ejercicio, una calidad medioambiental mínima y se ven afectados en forma profunda por la degradación de los recursos naturales<sup>267</sup>.

En relación a la autonomía y justiciabilidad del derecho humano a un ambiente sano, la Opinión Consultiva se enrola en la posibilidad de acceder a los organismos del sistema interamericano mediante la invocación directa -sin su necesaria vinculación con otros derechos fundamentales consagrados en la Convención- de violaciones a derechos económicos, sociales, culturales y ambientales.

En tal inteligencia y más allá del vínculo con los demás derechos fundamentales, la Corte califica al medio ambiente sano como un derecho autónomo, conceptualizándolo como aquel que protege los componentes del ambiente, tales como bosques, ríos, mares y otros, como intereses jurídicos en sí mismos, aún en ausencia de certeza o evidencia sobre el riesgo a las personas individuales.

Agrega que se trata de proteger la naturaleza y el medio ambiente no solamente por su conexidad con una utilidad para el ser humano o por los efectos que su degradación podría causar en otros derechos de las personas, como la salud, la vida o la integridad personal, sino por su importancia para los demás organismos vivos con quienes se comparte el planeta, también merecedores de protección en sí mismos<sup>268</sup>.

Finalmente, el Tribunal define una serie de obligaciones estatales que se desprenden del deber de respetar y garantizar los derechos a la vida y a la integridad personal, en el contexto de la protección del ambiente.

Menciona la Corte, entre otros, los siguientes deberes a cargo de los Estados:

- Prevenir daños significativos al medio ambiente, dentro o fuera de su territorio.
- Aplicar el principio de precaución en casos en que no existe certeza científica sobre el impacto de una actividad.
- Cooperar con otros Estados ante actividades que puedan generar daños ambientales transfronterizos.
- Cumplir con obligaciones de procedimiento que incluyen a las de respeto y garantía en materia de acceso a la información relacionada con posibles daños al medio ambiente, así como las vinculadas con la participación pública y el acceso a la justicia.

---

<sup>267</sup> Parágrafo 49.

<sup>268</sup> Parágrafo 62.

#### 4) El constitucionalismo ambiental latinoamericano.

A la par del desarrollo de los instrumentos regionales e internacionales analizados en los títulos que anteceden, gran parte de los países del continente han incorporado cláusulas de protección ambiental en sus constituciones nacionales, lo que ha conducido a la doctrina a calificar a este proceso como un “Constitucionalismo Verde”<sup>269</sup>.

En orden cronológico, se destacan las incorporaciones efectuadas en las constituciones de Panamá (1972), Cuba (1976), Perú (1979, sustituida en 1993), Chile (1980), Honduras (1982), Haití (1982), El Salvador (1983), Guatemala (1985), Nicaragua (1987), Brasil (1988), Colombia (1991), Paraguay (1992), Argentina (1994), Costa Rica (1994), Uruguay (1996), Venezuela (1999), México (1999), Ecuador (2008), Bolivia (2009), República Dominicana (2010), entre otras.

Todas estas constituciones contienen normas que con mayor o menor especificidad e intensidad protegen los bienes ambientales.

El proceso de constitucionalización del derecho fundamental al disfrute de un ambiente sano persigue como principal objetivo el de jerarquizar la tutela de los bienes comunes, al incluirla dentro de la principal norma del ordenamiento jurídico interno de cada país y, con ello, propiciar la “medioambientalización” de los demás contenidos normativos que rigen en los Estados.

En el plano infraconstitucional, la gran mayoría de estos países cuentan con leyes generales de protección del ambiente y luego también con normas sectoriales dirigidas a tutelar a cada uno de los micro bienes ambientales.

Se debate entonces acerca de un constitucionalismo ambiental latinoamericano en virtud de que existe una cosmovisión común en los países de la región dirigida a suministrar una fuerte tutela a estos derechos de incidencia colectiva a través de principios, valores y reglas compartidos por cada uno de los Estados.

De entre las regulaciones mencionadas, suelen destacarse las previstas en las constituciones de Ecuador (2008) y Bolivia (2009), respecto de las cuales se ha apuntado que expresan un nuevo constitucionalismo pluralista, que incluye a los pueblos indígenas y a otros grupos históricamente sin voz

---

<sup>269</sup> Brañes Ballesteros, Raúl. “Tres décadas de evolución del derecho ambiental y su aplicación en América Latina”. Publicado en Primeras Jornadas Nacionales de Derecho Ambiental, 28 y 29 de Noviembre de 2001, Comisión Nacional del Medio Ambiente y Centro de Derecho Ambiental de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Pág. 94.

como actores sociales protagonistas de un proceso de reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derechos<sup>270</sup>.

#### 4.a) La constitución de Ecuador.

En el caso de la constitución de Ecuador, ya desde el preámbulo se valora a la naturaleza, la Pacha Mama, la que es vital para la existencia de los seres humanos.

Decide el Estado construir una nueva forma de convivencia ciudadana, en diversidad y armonía con la naturaleza para alcanzar el buen vivir, el *sumak kawsay*, enunciando luego en el artículo 10 de la norma que la naturaleza será sujeto de aquellos derechos que le reconozca la Constitución.

El artículo 14 consagra el derecho de la población a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, que garantice la sostenibilidad y el buen vivir; declarando asimismo de interés público la preservación del ambiente, la conservación de los ecosistemas, la biodiversidad y la integridad del patrimonio genético del país, la prevención del daño ambiental y la recuperación de los espacios naturales degradados.

El capítulo séptimo de la Constitución ecuatoriana trata de los derechos de la naturaleza, señalando el artículo 71 que la Pacha Mama tiene derecho a que se respete íntegramente su existencia, el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos. Reza además el artículo que el Estado debe incitar la protección de la naturaleza y promover el respeto a todos los elementos del ecosistema.

Se agrega a continuación que la naturaleza tiene derecho a la restauración, independiente de la obligación de indemnizar a los afectados (artículo 72); disponiéndose también medidas de precaución y restricción a actividades que puedan conducir a la extinción de especies, la destrucción de ecosistemas o la alteración permanente de los ciclos naturales (artículo 73).

En definitiva, esta Constitución expresa un gran cambio en el paradigma del Derecho contemporáneo, abandonando una visión estrictamente antropocéntrica para adoptar una concepción ecocéntrica, que incluye la naturaleza como sujeto de derechos, cuyos valores intrínsecos deben ser preservados.

---

<sup>270</sup> Morato Leite, José Rubens – Dinnebier, Flávia Franca. “Derechos de la naturaleza: fundamentos y protección por el Estado Ecológico de Derecho en América Latina”. Publicado en Peña Chacón, Mario (Editor), “Derecho Ambiental del Siglo XXI”. Editorial Isolma. Costa Rica, 2019.

#### 4.b) La constitución de Bolivia.

En el caso de la Constitución de Bolivia, su preámbulo contiene diversas menciones a la naturaleza.

En otro orden, dentro de las funciones y fines del Estado incluye el artículo 9.6 de la Constitución el de promover y garantizar el aprovechamiento responsable y planificado de los recursos naturales e impulsar su industrialización, a través del desarrollo y del fortalecimiento de la base productiva en sus diferentes dimensiones y niveles, así como la conservación del medio ambiente, para el bienestar de las generaciones actuales y futuras.

Los artículos 33 y 34 reconocen concretamente el derecho al medio ambiente saludable, protegido y equilibrado, apuntando que el ejercicio de este derecho debe permitir a los individuos y colectividades de las presentes y futuras generaciones, además de otros seres vivos, desarrollarse de manera normal y permanente.

Los dispositivos dedicados a la organización económica del Estado -la cual se califica como plural y orientada a mejorar la calidad de vida y el vivir bien de todas las bolivianas y los bolivianos- incluyen también contenidos ambientales.

Señala de este modo el artículo 306.III) que la economía social y comunitaria complementará el interés individual con el vivir bien colectivo.

Se establece también en el artículo 312.III) que todas las formas de organización económica tienen la obligación de proteger el medio ambiente.

Luego de la entrada en vigencia de la Constitución Boliviana, se sancionaron en dicho país la Ley de los Derechos de la Madre Tierra (2010) y la Ley Marco de la Madre Tierra y Desarrollo Integral para Vivir Bien (2012).

La primera de las normas caracteriza a La Madre Tierra como un sistema viviente dinámico conformado por la comunidad indivisible de todos los sistemas de vida y los seres vivos, interrelacionados, interdependientes y complementarios, que comparten un destino común.

Enuncia asimismo que las actividades humanas deben lograr equilibrios dinámicos con los ciclos y procesos inherentes a la Madre Tierra, agregándose que el interés de la sociedad, en el marco de los derechos de la Madre Tierra, prevalece en toda actividad humana y por sobre cualquier derecho adquirido.

De este modo, el ejercicio de los derechos individuales está limitado por el ejercicio de los derechos colectivos y cualquier conflicto entre derechos debe resolverse de manera que no se afecte irreversiblemente la funcionalidad de los sistemas de vida.

La ley comentada asigna derechos a la Madre Tierra, tales como los de la vida, diversidad, agua, aire limpio, equilibrio, restauración y vivir libre de contaminación.

Para garantizar estas prerrogativas, la norma impone obligaciones y deberes concretos tanto al Estado como a los ciudadanos.

Por su parte, la Ley Marco de la Madre Tierra y Desarrollo Integral para Vivir Bien consagra el desarrollo integral en armonía y equilibrio con la Madre Tierra para vivir bien, garantizando la continuidad de la capacidad de regeneración de los componentes y sistemas de vida de la Madre Tierra, recuperando y fortaleciendo los saberes locales y conocimientos ancestrales, en el marco de la complementariedad de derechos, obligaciones y deberes; así como los objetivos del desarrollo integral como medio para lograr el Vivir Bien.

Se consagran además derechos de la Madre Tierra como sujeto colectivo de interés público; armonía entre humanos y naturaleza; protección de bienes colectivos y restauración de los ecosistemas; no comercialización de la naturaleza ni su tratamiento como propiedad privada; defensa a la Madre Tierra calificada como sistema vivo dinámico, indivisible, interrelacionado e interdependiente; prevención y precaución; justicia climática y social; entre otros dispositivos de interés.

# ANEXO I

## LEGISLACIÓN AMBIENTAL DE AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE

I. Constitución Política Ambiental en América Latina y el Caribe. II. Leyes Marco, General del Ambiente, de Base u Orgánica del Medio Ambiente. II.- Daño Ambiental y Contaminación. IV.- Aspectos procesales de la legislación ambiental

### I. Constitución Política Ambiental en América Latina y el Caribe

Constituciones de Panamá (1972), Cuba (1976), Perú (1979, sustituida en 1993), Ecuador (1979, sustituida en 1998), Chile (1980), Honduras (1982), Haití (1982), El Salvador (1983), Guatemala (1985), Nicaragua (1987), Brasil (1988), Colombia (1991), Paraguay (1992) y Argentina (1994)". Y se agregan Costa Rica (1994), Bolivia (1994), Venezuela (1999), Uruguay (1996), México (1999), Ecuador (2008), República Dominicana (2010).

**Constitución de Panamá de 1972 (art. 114):** "Es deber fundamental del Estado garantizar que la población viva en un ambiente sano y libre de contaminación, en donde el aire, el agua y los alimentos satisfagan los requerimientos del desarrollo adecuado de la vida humana". Y a su vez, recoge por primera vez esta idea, "en lo que se refiere al deber del Estado de proteger el medio ambiente",

**Constitución de Cuba 1976 (art. 270):** "El Estado protege el medio ambiente y los recursos naturales del país. Reconoce su estrecha vinculación con el desarrollo económico y social sostenible para hacer más racional la vida humana y asegurar la supervivencia, el bienestar y la seguridad de las generaciones actuales y futuras. Corresponde a los órganos competentes aplicar esta política. Es deber de los ciudadanos contribuir a la protección del agua, la atmósfera, la conservación del suelo, la flora, la fauna y todo el rico potencial de la Naturaleza".

**Constitución de Chile 1980 (art. 19):** "«El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación». Es deber del Estado velar para que este derecho no sea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza. La ley podrá establecer

restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos o libertades para proteger el medio ambiente".

**Constitución de Honduras 1982 (art. 145):** "Se reconoce el derecho a la protección de la salud. Es deber de todos participar en la promoción y preservación de la salud personal y de la comunidad. El Estado conservará el medio ambiente adecuado para proteger la salud de las personas".

**Constitución de Guatemala 1985 (art. 97):** "El Estado, las municipalidades y los habitantes del territorio nacional están obligados a propiciar el desarrollo social, económico y tecnológico, que prevenga la contaminación ambiental y mantenga el equilibrio ecológico. Constitución de Nicaragua 1987 (art. 60): Estatuye el derecho de habitar en un ambiente saludable. Es obligación del Estado la preservación, conservación y rescate del medio ambiente y de los recursos naturales".

**Constitución Política del Brasil 1988 (art. 225):** "Todos tienen derecho al medio ambiente ecológicamente equilibrado, bien de uso común del pueblo y esencial para la sana calidad de la vida, imponiéndose al poder público y a la colectividad el deber de defenderlo y preservarlo para las presentes y futuras generaciones: 1° Para asegurar la efectividad de este derecho, incumbe al poder público preservar y restaurar los procesos ecológicos esenciales y procurar el tratamiento ecológico de las especies y ecosistemas; preservar la diversidad y la integridad del patrimonio genético del país y fiscalizar las entidades dedicadas a la investigación y manipulación de material genético; definir en todas las unidades de la Federación, espacios territoriales y sus componentes para ser objeto de especial protección, permitiéndose la alteración y la supresión solamente a través de ley, prohibiéndose cualquier uso que comprometa la integridad de los elementos que justifican su protección; exigir, en la forma de la ley, para la instalación de obras o actividades potencialmente causantes de degradación significativa del medio ambiente, un estudio previo del impacto ambiental, al que se dará publicidad; controlar la producción, la comercialización y el empleo de técnicas, métodos y sustancias que supongan riesgos para la vida, para la calidad de vida y para el medio ambiente; promover la educación ambiental en todos los niveles de enseñanza y la conciencia pública para la preservación del medio ambiente; proteger la fauna y la flora, prohibiéndose, en la forma de la ley, las prácticas que pongan en riesgo su fusión ecológica, provoquen la extinción de especies o sometan a los animales a la crueldad. 2° Los que explotasen recursos minerales quedan obligados a reponer el medio ambiente degradado, de acuerdo con la solución técnica exigida por el órgano público competente, en la forma de la ley. 3° Las conductas y actividades consideradas lesivas al medio ambiente sujetan a los infractores, personas físicas o jurídicas, a sanciones penales y administrativas, independientemente de la obligación de reparar el daño causado. 4° La Floresta Amazónica brasileña, la Mata Atlántica, la Sierra del Mar, el Pantanal Mato-Grossense y la zona Costera son

patrimonio nacional, y su utilización se hará en la forma de la ley, dentro de las condiciones que aseguren la preservación del medio ambiente, incluyendo lo referente al uso de los recursos naturales. 5° Son indisponibles las tierras desocupadas o las adquiridas por los Estados, a través de acciones discriminatorias, necesarias para la protección de los ecosistemas naturales. 6° Las fábricas que operen con reactor nuclear deberán tener su localización definida en ley federal, sin la cual no podrán instalarse.

**Constitución Política de Colombia de 1991** (Artículo 79): Todas las personas tienen derecho a gozar de un ambiente sano. La ley garantizará la participación de la comunidad en las decisiones que puedan afectarlo. Es deber del Estado proteger la diversidad e integridad del ambiente, conservar las áreas de especial importancia ecológica y fomentar la educación para el logro de estos fines. (Artículo 80). El Estado planificará el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales, para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución. Además, deberá prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental, imponer las sanciones legales y exigir la reparación de los daños causados. Así mismo, cooperará con otras naciones en la protección de los ecosistemas situados en las zonas fronterizas. (Artículo 81). Queda prohibida la fabricación, importación, posesión y uso de armas químicas, biológicas y nucleares, así como la introducción al territorio nacional de residuos nucleares y desechos tóxicos. El Estado regulará el ingreso al país y la salida de él de los recursos genéticos, y su utilización, de acuerdo con el interés nacional.

**Constitución Política de Paraguay 1992** (art. 7°): "Toda persona tiene derecho a habitar en un ambiente saludable y ecológicamente equilibrado. Constituyen objetivos prioritarios de interés social la preservación, la conservación, la recomposición y el mejoramiento del ambiente, así como su conciliación con el desarrollo humano integral. (art. 8°): "De la protección ambiental". Las actividades susceptibles de producir alteración ambiental serán reguladas por la ley. Asimismo, ésta podrá restringir o prohibir aquellas que califique peligrosas. Se prohíbe la fabricación, el montaje, la importación, la comercialización, la posesión o el uso de armas nucleares, químicas y biológicas, así como la introducción al país de residuos tóxicos. La ley podrá extender esta prohibición a otros elementos peligrosos; también, regulará el tráfico de recursos genéticos y de su tecnología, precautelando los intereses nacionales. El delito ecológico será definido y sancionado por la ley. Todo daño al ambiente importará la obligación de recomponer e indemnizar". (Art. 38): Toda persona tiene derecho, individual o colectivamente, a reclamar a las autoridades públicas medidas para la defensa del ambiente, de la integridad del hábitat, de la salubridad pública, del acervo cultural nacional, de los intereses del consumidor y de otros que, por su naturaleza jurídica, pertenezcan a la comunidad y hagan relación con la calidad de vida y con el patrimonio colectivo.

**Constitución del Perú de 1993:** (art. 66): Del ambiente y los recursos naturales. Los recursos naturales, renovables y no renovables son patrimonio de la Nación. El Estado es soberano en su aprovechamiento. Por ley orgánica se fijan las condiciones de su utilización y de su otorgamiento a particulares. La concesión otorga a su titular un derecho real, sujeto a dicha norma legal. (Art. 67). El Estado determina la política nacional del ambiente. Promueve el uso sostenible de sus recursos naturales. Art. 68). El Estado está obligado a promover la conservación de la diversidad biológica y de las áreas naturales protegidas. (Art. 69). El Estado promueve el desarrollo sostenible de la Amazonía con una legislación adecuada.

**Constitución Argentina de 1994 (art. 41):** "Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley. Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, 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. Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquéllas alteren las jurisdicciones locales. Se prohíbe el ingreso al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos, y de los radiactivos".

**Constitución Política de Costa Rica de 1994** (art. 50): establece que "Toda persona tiene derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado. Por ello, está legitimada para denunciar los actos que infrinjan ese derecho y para reclamar la reparación del daño causado. El Estado garantizará, defenderá y preservará ese derecho. La ley determinará las responsabilidades y las sanciones correspondientes".

**Constitución Bolivariana de Venezuela de 1999** (Art. 127): "Es un derecho y un deber de cada generación proteger y mantener el ambiente en beneficio de sí misma y del mundo entero. Toda persona tiene derecho individual y colectivamente a disfrutar de una vida y de un ambiente seguro, sano y ecológicamente equilibrado". Entre ellas encomienda en cabeza del Estado la protección del "ambiente, la diversidad biológica, genética, los procesos ecológicos, los parques nacionales y monumentos naturales y demás áreas de especial importancia ecológica". "El genoma de los seres vivos no podrá ser patentado, y la ley que se refiera a los principios bioéticos regulará la materia". Y pone bajo deber estatal, como "obligación fundamental del Estado, con la activa participación de la sociedad, garantizar que la población se desenvuelva en un ambiente libre de contaminación, en donde el aire, el agua, los suelos, las costas, el clima, la capa de ozono, las especies vivas, sean especialmente protegidos, de conformidad con la ley". (Art. 128): "El Estado desarrollará una

política de ordenación del territorio atendiendo a las realidades ecológicas, geográficas, poblacionales, sociales, culturales, económicas, políticas, de acuerdo con las premisas del desarrollo sustentable, que incluya la información, consulta y participación ciudadana. Una ley orgánica desarrollará los principios y criterios para este ordenamiento". (Art. 129). "Todas las actividades susceptibles de generar daños a los ecosistemas deben ser previamente acompañadas de estudios de impacto ambiental y sociocultural. El Estado impedirá la entrada al país de desechos tóxicos y peligrosos, así como la fabricación y uso de armas nucleares, químicas y biológicas. Una ley especial regulará el uso, manejo, transporte y almacenamiento de las sustancias tóxicas y peligrosas". "En los contratos que la República celebre con personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, o en los permisos que se otorguen, que involucren los recursos naturales, se considerará incluida aun cuando no estuviera expresa, la obligación de conservar el equilibrio ecológico, de permitir el acceso a la tecnología y la transferencia de la misma en condiciones mutuamente convenidas y de restablecer el ambiente a su estado natural si éste resultara alterado, en los términos que fije la ley".

**Constitución de México de 1999** (art. 4°): Toda persona tiene derecho a un medio ambiente adecuado para su desarrollo y bienestar (adicionado mediante decreto publicado en el diario oficial de la Federación el 28 de junio de 1999).

**Constitución del Ecuador de 2008:** En el (Preámbulo) declara que "celebrando a la naturaleza, la Pacha Mama, de la que somos parte y que es vital para nuestra existencia [...] apelando a la sabiduría de todas las culturas que nos enriquecen como sociedad [...] y con un profundo compromiso con el presente y el futuro. Decidimos construir una nueva forma de convivencia ciudadana, en diversidad y armonía con la naturaleza para alcanzar el buen vivir, el *sumak kawsay*. Una sociedad que respeta, en todas sus dimensiones, la dignidad de las personas y las colectividades...". Asimismo, contiene las siguientes disposiciones (Art. 10): declara que la naturaleza será sujeto de aquellos derechos que le reconozca la Constitución. (Art. 12): reconoce "el derecho humano al agua es fundamental e irrenunciable. El agua constituye patrimonio nacional estratégico de uso público, inalienable, imprescriptible, inembargable y esencial para la vida". (Art. 14): Se reconoce el derecho de la población a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, que garantice la sostenibilidad y el buen vivir, *sumak kawsay*. Se declara de interés público la preservación del ambiente, la conservación de los ecosistemas, la biodiversidad y la integridad del patrimonio genético del país, la prevención del daño ambiental y la recuperación de los espacios naturales degradados. (Art. 21) Las personas tienen derecho a construir y mantener su propia identidad cultural, a decidir sobre su pertenencia a una o varias comunidades culturales y a expresar dichas elecciones; a la libertad estética; a conocer la memoria histórica de sus culturas y a acceder a su patrimonio cultural; a difundir sus propias expresiones culturales y tener acceso a expresiones culturales diversas. No se podrá invocar la cultura cuando se atente contra los

derechos reconocidos en la Constitución. (Art. 71) La naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos. Toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá exigir a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la naturaleza. Para aplicar e interpretar estos derechos se observarán los principios establecidos en la Constitución, en lo que proceda. El Estado incentivará a las personas naturales y jurídicas, y a los colectivos, para que protejan la naturaleza, y promoverá el respeto a todos los elementos que forman un ecosistema. (Art. 72): La naturaleza tiene derecho a la restauración. Esta restauración será independiente de la obligación que tienen el Estado y las personas naturales o jurídicas de indemnizar a los individuos y colectivos que dependan de los sistemas naturales afectados. En los casos de impacto ambiental grave o permanente, incluidos los ocasionados por la explotación de los recursos naturales no renovables, el Estado establecerá los mecanismos más eficaces para alcanzar la restauración, y adoptará las medidas adecuadas para eliminar o mitigar las consecuencias ambientales nocivas. (Art. 73): El Estado aplicará medidas de precaución y restricción para las actividades que puedan conducir a la extinción de especies, la destrucción de ecosistemas o la alteración permanente de los ciclos naturales. Se prohíbe la introducción de organismos y material orgánico e inorgánico que puedan alterar de manera definitiva el patrimonio genético nacional. (Art. 74): Las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades tendrán derecho a beneficiarse del ambiente y de las riquezas naturales que les permitan el buen vivir. Los servicios ambientales no serán susceptibles de apropiación; su producción, prestación, uso y aprovechamiento serán regulados por el Estado. (Art. 395): 1. El Estado garantizará un modelo sustentable de desarrollo, ambientalmente equilibrado y respetuoso de la diversidad cultural, que conserve la biodiversidad y la capacidad de regeneración natural de los ecosistemas, y asegure la satisfacción de las necesidades de las generaciones presentes y futuras. 2. Las políticas de gestión ambiental se aplicarán de manera transversal y serán de obligatorio cumplimiento por parte del Estado en todos sus niveles y por todas las personas naturales o jurídicas en el territorio nacional. 3. El Estado garantizará la participación activa y permanente de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades afectadas, en la planificación, ejecución y control de toda actividad que genere impactos ambientales. 4. En caso de duda sobre el alcance de las disposiciones legales en materia ambiental, éstas se aplicarán en el sentido más favorable a la protección de la naturaleza. (Art. 396): "El Estado adoptará las políticas y medidas oportunas que eviten los impactos ambientales negativos, cuando exista certidumbre de daño. En caso de duda sobre el impacto ambiental de alguna acción u omisión, aunque no exista evidencia científica del daño, el Estado adoptará medidas protectoras eficaces y oportunas. La responsabilidad por daños ambientales es objetiva. Todo daño al ambiente, además de las sanciones correspondientes, implicará también la obligación de restaurar

integralmente los ecosistemas e indemnizar a las personas y comunidades afectadas. Cada uno de los actores de los procesos de producción, distribución, comercialización y uso de bienes o servicios asumirá la responsabilidad directa de prevenir cualquier impacto ambiental, de mitigar y reparar los daños que ha causado, y de mantener un sistema de control ambiental permanente. Las acciones legales para perseguir y sancionar por daños ambientales serán imprescriptibles". (Art.397): En caso de daños ambientales el Estado actuará de manera inmediata y subsidiaria para garantizar la salud y la restauración de los ecosistemas. Además de la sanción correspondiente, el Estado repetirá contra el operador de la actividad que produjera el daño las obligaciones que conlleve la reparación integral, en las condiciones y con los procedimientos que la ley establezca. La responsabilidad también recaerá sobre las servidoras o servidores responsables de realizar el control ambiental. Para garantizar el derecho individual y colectivo a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, el Estado se compromete a:

1. Permitir a cualquier persona natural o jurídica, colectividad o grupo humano, ejercer las acciones legales y acudir a los órganos judiciales y administrativos, sin perjuicio de su interés directo, para obtener de ellos la tutela efectiva en materia ambiental, incluyendo la posibilidad de solicitar medidas cautelares que permitan cesar la amenaza o el daño ambiental materia de litigio. La carga de la prueba sobre la inexistencia de daño potencial o real recaerá sobre el gestor de la actividad o el demandado.
2. Establecer mecanismos efectivos de prevención y control de la contaminación ambiental, de recuperación de espacios naturales degradados y de manejo sustentable de los recursos naturales.
3. Regular la producción, importación, distribución, uso y disposición final de materiales tóxicos y peligrosos para las personas o el ambiente.
4. Asegurar la intangibilidad de las áreas naturales protegidas, de tal forma que se garantice la conservación de la biodiversidad y el mantenimiento de las funciones ecológicas de los ecosistemas. El manejo y administración de las áreas naturales protegidas estará a cargo del Estado.
5. Establecer un sistema nacional de prevención, gestión de riesgos y desastres naturales, basado en los principios de inmediatez, eficiencia, precaución, responsabilidad y solidaridad.

(Art. 398). Toda decisión o autorización estatal que pueda afectar al ambiente deberá ser consultada a la comunidad, a la cual se informará amplia y oportunamente. El sujeto consultante será el Estado. La ley regulará la consulta previa, la participación ciudadana, los plazos, el sujeto consultado y los criterios de valoración y de objeción sobre la actividad sometida a consulta. El Estado valorará la opinión de la comunidad según los criterios establecidos en la ley y los instrumentos internacionales de derechos humanos. Si del referido proceso de consulta resulta una oposición mayoritaria de la comunidad respectiva, la decisión de ejecutar o no el proyecto será adoptada por resolución debidamente motivada de la instancia administrativa superior correspondiente de acuerdo con la ley. La Constitución Política de la República de Ecuador contiene, a continuación, una serie de disposiciones

sobre biodiversidad (arts. 400 a 403), patrimonio natural y ecosistemas (arts. 404 a 407) y recursos naturales (arts. 408 y ss.).

**Constitución de la República Dominicana.** Artículo 14.- Recursos naturales. Son patrimonio de la Nación los recursos naturales no renovables que se encuentren en el territorio y en los espacios marítimos bajo jurisdicción nacional, los recursos genéticos, la biodiversidad y el espectro radioeléctrico. Artículo 15.- Recursos hídricos. El agua constituye patrimonio nacional estratégico de uso público, inalienable, imprescriptible, inembargable y esencial para la vida. El consumo humano del agua tiene prioridad sobre cualquier otro uso. El Estado promoverá la elaboración e implementación de políticas efectivas para la protección de los recursos hídricos de la Nación. Párrafo.- Las cuencas altas de los ríos y las zonas de biodiversidad endémica, nativa y migratoria, son objeto de protección especial por parte de los poderes públicos para garantizar su gestión y preservación como bienes fundamentales de la Nación. Los ríos, lagos, lagunas, playas y costas nacionales pertenecen al dominio público y son de libre acceso, observándose siempre el respeto al derecho de propiedad privada. La ley regulará las condiciones, formas y servidumbres en que los particulares accederán al disfrute o gestión de dichas áreas. Artículo 16.- Áreas protegidas. La vida silvestre, las unidades de conservación que conforman el Sistema Nacional de Áreas Protegidas y los ecosistemas y especies que contiene, constituyen bienes patrimoniales de la Nación y son inalienables, inembargables e imprescriptibles. Los límites de las áreas protegidas sólo pueden ser reducidos por ley con la aprobación de las dos terceras partes de los votos de los miembros de las cámaras del Congreso Nacional. Artículo 17.- Aprovechamiento de los recursos naturales. Los yacimientos mineros y de hidrocarburos y, en general, los recursos naturales no renovables, sólo pueden ser explorados y explotados por particulares, bajo criterios ambientales sostenibles, en virtud de las concesiones, contratos, licencias, permisos o cuotas, en las condiciones que determine la ley. Los particulares pueden aprovechar los recursos naturales renovables de manera racional con las condiciones, obligaciones y limitaciones que disponga la ley. En consecuencia: 1) Se declara de alto interés público la exploración y explotación de hidrocarburos en el territorio nacional y en las áreas marítimas bajo jurisdicción nacional; 2) Se declara de prioridad nacional y de interés social la reforestación del país, la conservación de los bosques y la renovación de los recursos forestales; 3) Se declara de prioridad nacional la preservación y aprovechamiento racional de los recursos vivos y no vivos de las áreas marítimas nacionales, en especial el conjunto de bancos y emersiones dentro de la política nacional de desarrollo marítimo; 4) Los beneficios percibidos por el Estado por la explotación de los recursos naturales serán dedicados al desarrollo de la Nación y de las provincias donde se encuentran, en la proporción y condiciones fijadas por ley. De los derechos colectivos y del medio ambiente. Artículo 66.- Derechos colectivos y difusos. El Estado reconoce los derechos e intereses colectivos y difusos, los cuales se ejercen en

las condiciones y limitaciones establecidas en la ley. En consecuencia protege:

- 1) La conservación del equilibrio ecológico, de la fauna y la flora;
- 2) La protección del medio ambiente;
- 3) La preservación del patrimonio cultural, histórico, urbanístico, artístico, arquitectónico y arqueológico.

Artículo 67.- Protección del medio ambiente. Constituyen deberes del Estado prevenir la contaminación, proteger y mantener el medio ambiente en provecho de las presentes y futuras generaciones. En consecuencia:

- 1) Toda persona tiene derecho, tanto de modo individual como colectivo, al uso y goce sostenible de los recursos naturales; a habitar en un ambiente sano, ecológicamente equilibrado y adecuado para el desarrollo y preservación de las distintas formas de vida, del paisaje y de la naturaleza.
- 2) Se prohíbe la introducción, desarrollo, producción, tenencia, comercialización, transporte, almacenamiento y uso de armas químicas, biológicas y nucleares y de agroquímicos vedados internacionalmente, además de residuos nucleares, desechos tóxicos y peligrosos.
- 3) El Estado promoverá, en el sector público y privado, el uso de tecnologías y energías alternativas no contaminantes.
- 4) En los contratos que el Estado celebre o en los permisos que se otorguen que involucren el uso y explotación de los recursos naturales, se considerará incluida la obligación de conservar el equilibrio ecológico, el acceso a la tecnología y su transferencia, así como de restablecer el ambiente a su estado natural, si éste resulta alterado.
- 5) Los poderes públicos prevendrán y controlarán los factores de deterioro ambiental, impondrán las sanciones legales, la responsabilidad objetiva por daños causados al medio ambiente y a los recursos naturales y exigirán su reparación. Asimismo, cooperarán con otras naciones en la protección de los ecosistemas a lo largo de la frontera marítima y terrestre.

Artículo 68. Garantías de los derechos fundamentales. La Constitución garantiza la efectividad de los derechos fundamentales, a través de los mecanismos de tutela y protección, que ofrecen a la persona la posibilidad de obtener la satisfacción de sus derechos, frente a los sujetos obligados o deudores de los mismos. Los derechos fundamentales vinculan a todos los poderes públicos, los cuales deben garantizar su efectividad en los términos establecidos por la presente Constitución y por la ley.

Artículo 69.- Tutela judicial efectiva y debido proceso. Toda persona, en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, tiene derecho a obtener la tutela judicial efectiva, con respeto del debido proceso que estará conformado por las garantías mínimas que se establecen a continuación: (...)

Artículo 72.- Acción de amparo. Toda persona tiene derecho a una acción de amparo para reclamar ante los tribunales, por sí o por quien actúe en su nombre, la protección inmediata de sus derechos fundamentales, no protegidos por el hábeas corpus, cuando resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de toda autoridad pública o de particulares, para hacer efectivo el cumplimiento de una ley o acto administrativo, para garantizar los derechos e intereses colectivos y difusos. De conformidad con la ley, el procedimiento es preferente, sumario, oral, público, gratuito y no sujeto a formalidades.

Párrafo.- Los actos adoptados durante los Estados de Excepción que vulneren derechos

protegidos que afecten irrazonablemente derechos suspendidos están sujetos a la acción de amparo. Artículo 75.- Deberes fundamentales. Los derechos fundamentales reconocidos en esta Constitución determinan la existencia de un orden de responsabilidad jurídica y moral, que obliga la conducta del hombre y la mujer en sociedad. En consecuencia, se declaran como deberes fundamentales de las personas los siguientes: 1) Acatar y cumplir la Constitución y las leyes, respetar y obedecer las autoridades establecidas por ellas; 9) Cooperar con el Estado en cuanto a la asistencia y seguridad social, de acuerdo con sus posibilidades; 10) Actuar conforme al principio de solidaridad social, respondiendo con acciones humanitarias ante situaciones de calamidad pública o que pongan en peligro la vida o la salud de las personas; 11) Desarrollar y difundir la cultura dominicana y proteger los recursos naturales del país, garantizando la conservación de un ambiente limpio y sano; 12) Velar por el fortalecimiento y la calidad de la democracia, el respeto del patrimonio público y el ejercicio transparente de la función pública.

## **II. Leyes Marco, General del Ambiente, de Base u Orgánica del Medio Ambiente**

Ley 6.938/81 Política Nacional del Medio Ambiente de Brasil. Ley 7347/85 Acción Civil Pública de Brasil. Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente de México de 1987, normas complementarias Ley 99/93 General del Ambiente de Colombia. Ley 19.300/94 sobre Bases Generales del Medio Ambiente de Chile. Ley 217/96 General del Ambiente y los Recursos Naturales de Nicaragua. Ley 81/97 del Medio Ambiente de Cuba. La Ley 7554 Orgánica del Ambiente de Costa Rica. Decreto 233/98. Ley Protección, Conservación y Recuperación Medio Ambiente de El Salvador. Ley 41/1999 de Protección Ambiental de Panamá. Ley 64/00 General sobre Medio Ambiente y Recursos Naturales de República Dominicana. Ley 17.283/00 General del Ambiente de la República Oriental del Uruguay. Ley 25.675/02 General del Ambiente de la Argentina. Ley 28.611/05 General del Ambiente del Perú.

### **Principios de derecho ambiental**

Ley 25.675 General del Ambiente de la Argentina (2002) instituye en el artículo 4° los siguientes principios de política ambiental: 1. principio de congruencia; 2. principio de prevención; 3. principio precautorio; 4. principio de equidad intergeneracional; 5. principio de progresividad; 6. principio de responsabilidad; 7. principio de subsidiariedad; 8. principio de sustentabilidad; 9. principio de solidaridad; 10. Principio de cooperación.

Ley 28.611 General del Ambiente del Perú (2005), los que se mencionan: 1. principio de sostenibilidad; 2. principio de prevención; 3. principio precautorio; 4. principio de internalización de costos; 5. principio de responsabilidad ambiental; 6. principio de equidad; 7. principio de gobernanza ambiental.

Ley 071/2010 Estado Plurinacional de Bolivia. Ley de Derechos de la Madre Tierra Artículo 2. (PRINCIPIOS). Los principios de obligatorio cumplimiento, que rigen la presente ley son: 1. Armonía. Las actividades humanas, en el marco de la pluralidad y la diversidad, deben lograr equilibrios dinámicos con los ciclos y procesos inherentes a la Madre Tierra. 2. Bien Colectivo. El interés de la sociedad, en el marco de los derechos de la Madre Tierra, prevalecen en toda actividad humana y por sobre cualquier derecho adquirido. 3. Garantía de regeneración de la Madre Tierra. El Estado en sus diferentes niveles y la sociedad, en armonía con el interés común, deben garantizar las condiciones necesarias para que los diversos sistemas de vida de la Madre Tierra puedan absorber daños, adaptarse a las perturbaciones, y regenerarse sin alterar significativamente sus características de estructura y funcionalidad, reconociendo que los sistemas de vida tienen límites en su capacidad de regenerarse, y que la humanidad tienen límites en su capacidad de revertir sus acciones. 4. Respeto y defensa de los Derechos de la Madre Tierra. El Estado y cualquier persona individual o colectiva respetan, protegen y garantizan los derechos de la Madre Tierra para el Vivir Bien de las generaciones actuales y las futuras. 5. No mercantilización. Por el que no pueden ser mercantilizados los sistemas de vida, ni los procesos que sustentan, ni formar parte del patrimonio privado de nadie. 6. Interculturalidad. El ejercicio de los derechos de la Madre Tierra requiere del reconocimiento, recuperación, respeto, protección, y diálogo de la diversidad de sentires, valores, saberes, conocimientos, prácticas, habilidades, trascendencias, transformaciones, ciencias, tecnologías y normas, de todas las culturas del mundo que buscan convivir en armonía con la naturaleza.

La Madre Tierra es el sistema viviente dinámico conformado por la comunidad indivisible de todos los sistemas de vida y los seres vivos, interrelacionados, interdependientes y complementarios, que comparten un destino común. La Madre Tierra es considerada sagrada, desde las cosmovisiones de las naciones y pueblos indígena originario campesinos.

Ley 300/ 2012 Ley Marco de la Madre Tierra y Desarrollo Integral Para Vivir Bien del Estado Plurinacional de Bolivia. 1. Compatibilidad y complementariedad de derechos, obligaciones y deberes. 2. No Mercantilización de las Funciones Ambientales de la Madre Tierra. 3. Integralidad. 4. Precautorio. 5. Garantía de Restauración de la Madre Tierra. 6. Garantía de Regeneración de la Madre Tierra. 7. Responsabilidad Histórica. El Estado y la sociedad asumen la obligación de impulsar las acciones que garanticen la mitigación, reparación y restauración de los daños de magnitud a los componentes, zonas y sistemas de vida de la Madre Tierra. 8. Prioridad de la Prevención. Ante la certeza de que toda actividad humana genera impactos sobre los componentes, zonas y sistemas de vida de la Madre Tierra, se deben asumir prioritariamente las medidas necesarias de prevención y protección que limiten o mitiguen dichos impactos. 9. Participación Plural. El Estado Plurinacional de Bolivia y el pueblo boliviano, para la defensa de los derechos

de la Madre Tierra, utilizan procedimientos consensuados y democráticos con participación amplia en sus diversas formas. 10. Agua Para la Vida. 11. Solidaridad Entre Seres Humanos. El Estado Plurinacional de Bolivia promueve acciones de desarrollo integral que priorizan a las personas de menores ingresos económicos y con mayores problemas en la satisfacción de sus necesidades materiales, sociales y espirituales, y goce pleno de sus derechos fundamentales. 12. Relación Armónica. 13. Justicia Social. El Estado Plurinacional de Bolivia tiene como fin construir una sociedad justa, equitativa y solidaria sin pobreza material, social y espiritual, que significa que el pueblo boliviano en su conjunto cuenta con las capacidades, condiciones, medios e ingresos económicos necesarios para satisfacer sus necesidades materiales, sociales y afectivas, en el marco del respeto a la pluralidad económica, social, jurídica, política y cultural para la plena realización del Vivir Bien. 14. Justicia Climática. 15. Economía Plural. 16. Complementariedad y Equilibrio. El Estado Plurinacional de Bolivia promueve la complementariedad de los seres vivos en la Madre Tierra para Vivir Bien. 17. Diálogo de Saberes. El Estado Plurinacional de Bolivia asume la complementariedad entre los saberes y conocimientos tradicionales y las ciencias

La presente Ley tiene por objeto establecer la visión y los fundamentos del desarrollo integral en armonía y equilibrio con la Madre Tierra para Vivir Bien, garantizando la continuidad de la capacidad de regeneración de los componentes y sistemas de vida de la Madre Tierra, recuperando y fortaleciendo los saberes locales y conocimientos ancestrales, en el marco de la complementariedad de derechos, obligaciones y deberes; así como los objetivos del desarrollo integral como medio para lograr el Vivir Bien, las bases para la planificación, gestión pública e inversiones y el marco institucional estratégico para su implementación.

### **Principio precautorio**

El principio precautorio, que diferencia el Derecho Ambiental del resto de las disciplinas clásicas, está constitucionalizado por la República del Ecuador. Y también, el principio precautorio aparece consagrado en las siguientes leyes de medio ambiente de América Latina y el Caribe: - Ecuador: Constitución Política de 2008, artículo 396. - México: Ley de Bioseguridad OGM, artículo 8°. - Panamá: Ley de Protección Ambiental de 1999, artículo 2°. - El Salvador: decreto 233/98, artículo 2°, inciso e. - Cuba: ley 81/97, artículo 4°, inciso d. - Uruguay: ley 17.283/00, artículo 6°, apartado b. - Argentina: ley 25.675, artículo 4°. - Nicaragua: ley 217/96, artículo 4°, apartado 3°. - República Dominicana: ley 64/00, artículo 8°. - Costa Rica: Ley de Biodiversidad, artículo 11. - Venezuela: Ley de Diversidad Biológica, artículo 105. - Paraguay: Ley de Política Ambiental Nacional. - Perú: ley 28.611, Título Preliminar, artículo VII. Colombia: ley 99/93.

Ley 99 de Colombia: La formulación de las políticas ambientales tendrá en cuenta el resultado del proceso de investigación científica. No obstante, 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.

Ley de Biodiversidad de Costa Rica enuncia el principio precautorio en el artículo 11. La Ley de Diversidad Biológica de la República Bolivariana de Venezuela, lo reconoce en el artículo 105.

La ley 217/96 de Nicaragua, lo consagra en el artículo 4°, apartado 3°: El criterio de prevención prevalecerá sobre cualquier otro en la gestión pública y privada del ambiente. No podrá alegarse la falta de certeza científica absoluta como razón para no adoptar medidas preventivas en todas las actividades que impacten el ambiente.

La Ley del Medio Ambiente de El Salvador, decreto 233/98, artículo 2°, inciso e: En la gestión de protección del medio ambiente prevalecerá el principio de prevención y precaución.

La ley 64/00, artículo 8°, General sobre Medio Ambiente y Recursos Naturales de República Dominicana se declara que el criterio de prevención prevalecerá sobre cualquier otro en la gestión pública y privada del medio ambiente y los recursos naturales. No podrá alegarse la falta de una certeza científica absoluta como razón para no adoptar medidas preventivas y eficaces en todas las actividades que impacten negativamente el medio ambiente conforme al principio de precaución.

La ley 17.283, artículo 6°, apartado b, de la República Oriental del Uruguay dispone que la prevención y previsión son criterios prioritarios frente a cualquier otro en la gestión ambiental y, cuando hubiere peligro de daño grave e irreversible, no podrá alegarse falta de certeza técnica o científica absoluta como razón para no adoptar medidas preventivas. Los principios servirán también de criterios para resolver cuestiones que pudieran suscitarse en la aplicación de las normas y competencias de protección del ambiente.

### **III.- Daño ambiental y contaminación**

Es frecuente, en este sentido, ver en las leyes generales del Ambiente de la región la siguiente definición del daño ambiental, que se transcribe ahora como ejemplo de la *Toda pérdida, disminución, detrimento o menoscabo significativo inferido al medio ambiente o a uno de sus componentes*. En síntesis, prácticamente se repite el concepto, con ínfimas diferencias, en numerosas leyes generales de esta clase: Toda pérdida, disminución o detrimento significativo que se infiera al medio ambiente, según la Ley 64/00 sobre Medio Ambiente y Recursos Naturales República Dominicana. Toda pérdida, disminución, deterioro o menoscabo significativo inferido al medio

ambiente o a uno o más de sus componentes, que se produce contraviniendo una norma o disposición jurídica, del texto de la Ley 81 del Medio Ambiente de Cuba. También adopta esta definición la legislación de la República Oriental del Uruguay, que entiende por daño ambiental: Toda pérdida, disminución o detrimento que se infiera al medio ambiente. Y considera actos que causan depredación, destrucción o contaminación graves del medio ambiente aquellos que contravengan lo establecido en la ley 17.283 y en las demás normas que regulan la protección del Ambiente, conforme Ley 17.283 sobre el Ambiente de la República Oriental del Uruguay. Idéntica fórmula, ya vimos, aparece en general en la legislación de Centroamérica: Toda pérdida, disminución, deterioro o perjuicio que se ocasione al ambiente o a uno o más de sus componentes, en contravención a las normas legales. El daño podrá ser grave cuando ponga en peligro la salud de los grupos humanos, ecosistema o especies de flora y fauna e irreversible, cuando los efectos que produzca sean irreparables y definitivos, en transcripción de la Ley de Protección, Conservación y Recuperación del Medio Ambiente (dec. 233) de El Salvador. Y, consecuentemente con esta regla, daño ambiental es toda pérdida, disminución, deterioro o perjuicio que se ocasione al ambiente o en uno o más de sus componentes, para la Ley 217 General del Medio Ambiente y los Recursos Naturales de Nicaragua. En cambio, algún grado de singularidad presenta el texto de la Ley 28.611 General del Ambiente (2005) del Perú, a partir del cual daño ambiental es todo menoscabo material que sufre el ambiente y/o alguno de sus componentes que puede ser causado contraviniendo o no disposición jurídica y que genera efectos negativos actuales o futuros. Se pueden interponer acciones legales aun en los casos en que no se afecte el interés económico del accionante. El interés moral legitima la acción aun cuando no se refiera directamente al accionante o a su familia. Pero consideramos que la definición más avanzada que se registra en la materia es la que corresponde a la Ley 25.675 General del Ambiente (2002) de Argentina, según la cual: "El presente capítulo establece las normas que regirán los hechos o actos jurídicos, lícitos o ilícitos que, por acción u omisión, causen daño ambiental de incidencia colectiva. Se define el daño ambiental como toda alteración relevante que modifique negativamente el ambiente, sus recursos, el equilibrio de los ecosistemas, o los bienes o valores colectivos".

La noción de contaminación ambiental: Contaminación: presencia en el ambiente, por acción del hombre, de cualquier sustancia química, objetos, partículas, microorganismos, forma de energía o componentes del paisaje urbano o rural, en niveles o proporciones que alteren negativamente el ambiente y/o amenacen la salud humana, animal o vegetal o los ecosistemas. Contaminante: cualquier elemento o sustancia química o biológica, energía, radiación, vibración, ruido, fluido o combinación de estos, cuyos niveles o concentraciones representen peligro para la seguridad y salud humana, animal, vegetal o del ambiente. Texto de la Ley 41 General del Ambiente de Panamá. Contaminación: la presencia en el ambiente de sustancias, elementos, energía

o combinación de ellos, en concentraciones o concentraciones y permanencia superiores o inferiores, según corresponda, a las establecidas en la legislación vigente. Contaminante: todo elemento, compuesto, sustancia, derivado químico o biológico, energía, radiación, vibración, ruido, o una combinación de ellos, cuya presencia en el ambiente, en ciertos niveles, concentraciones o una combinación de ellos, pueda constituir un riesgo a la salud de las personas, a la calidad de vida de la población, a la preservación de la naturaleza o a la conservación del patrimonio ambiental, conforme la Ley 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente. Se entiende por contaminación toda alteración o modificación del ambiente que pueda perjudicar la salud humana, atentar contra los recursos naturales y afectar los recursos en general de la Nación, según la Ley General del Ambiente de Honduras. Contaminación: la presencia y/o introducción al ambiente de elementos nocivos a la vida, la flora o fauna o que degrade la calidad de la atmósfera, del agua, del suelo o de los bienes y recursos naturales en general. Contaminante: todo elemento, compuesto, sustancias, derivados químicos o biológicos, energía, radiación, vibración, ruido o una combinación de ellos en cualquiera de sus estados físicos que al incorporarse o actuar en la atmósfera, agua, suelo, flora, fauna o cualquier otro elemento del ambiente, altere o modifique su composición natural y degrade su calidad, poniendo en riesgo la salud de las personas y la preservación y conservación del ambiente, así se glosa en la Ley 217 General del Medio Ambiente de Nicaragua.

### **Sistema de reparación del daño ambiental**

La Ley 25.675 General del Ambiente contiene un amplio capítulo relativo al daño ambiental, así dispone, en el (Art. 27), que "El presente capítulo establece las normas que regirán los hechos o actos jurídicos, lícitos o ilícitos que, por acción u omisión, causen daño ambiental de incidencia colectiva. Se define el daño ambiental como toda alteración relevante que modifique negativamente el ambiente, sus recursos, el equilibrio de los ecosistemas, o los bienes o valores colectivos". (Art. 28): "El que cause el daño ambiental será objetivamente responsable de su restablecimiento al estado anterior a su producción. En caso de que no sea técnicamente factible, la indemnización sustitutiva que determine la justicia ordinaria interviniente, deberá depositarse en el Fondo de Compensación Ambiental que se crea por la presente, el cual será administrado por la autoridad de aplicación, sin perjuicio de otras acciones judiciales que pudieran corresponder". (Art. 31) "Si en la comisión del daño ambiental colectivo, hubieren participado dos o más personas, o no fuere posible la determinación precisa de la medida del daño aportado por cada responsable, todos serán responsables solidariamente de la reparación frente a la sociedad, sin perjuicio, en su caso, del derecho de repetición entre sí para lo que el juez interviniente podrá determinar el grado de responsabilidad de cada persona responsable. En el caso de que el daño sea producido por personas jurídicas la responsabilidad se hará extensiva a sus autoridades y profesionales, en la medida de su participación".

La Ley 7554 Orgánica del Ambiente de Costa Rica prevé un régimen de sanciones administrativas, que contiene en su artículo 99, la obligación de reparar el daño ambiental, en cuya virtud ante la violación de las normas de protección ambiental o ante conductas dañinas al ambiente claramente establecidas en esta ley, la Administración Pública aplicará las siguientes medidas protectoras y sanciones: "...g) imposición de obligaciones compensatorias o estabilizadoras del ambiente o la diversidad biológicas; h) modificación o demolición de construcciones u obras que dañen el ambiente; i) alternativas de compensación de la sanción, como recibir cursos educativos oficiales en materia ambiental; además, trabajar en obras comunales en el área del ambiente". Estas sanciones podrán imponerse a particulares o funcionarios públicos, por acciones u omisiones violatorias de las normas de esta ley, de otras disposiciones de protección ambiental o de la diversidad biológica. El artículo 101 dispone que sin perjuicio de las responsabilidades que les puedan resultar como partícipes en cualquiera de sus formas, los causantes de las infracciones a la presente ley o a las que regulan la protección del ambiente y la biodiversidad biológica, sean personas físicas o jurídicas, serán civil y solidariamente responsables de los daños y perjuicios causados. Solidariamente también responderán los titulares de las empresas o las actividades donde se causen los daños, ya sea por acción o por omisión. Igual responsabilidad corresponderá a los profesionales o funcionarios públicos que suscriban una evaluación de impacto ambiental contra las disposiciones legales o las normas técnicas imperantes o no den seguimiento debido al procesos originando un daño al ambiente o a la diversidad biológica".

La Ley 81 del Medio Ambiente de Cuba, artículo 3°, establece que es deber del Estado, los ciudadanos y la sociedad en general proteger el medio ambiente mediante: a) su conservación y uso racional; b) la lucha sistemática contra las causas que originan su deterioro; c) las acciones de rehabilitación correspondientes; d) el constante incremento de los conocimientos de los ciudadanos acerca de las interrelaciones del ser humano, la naturaleza y la sociedad; e) la reducción y eliminación de las modalidades de producción y consumo ambientalmente insostenibles; f) el fomento de políticas demográficas adecuadas a las condiciones territoriales. El artículo 4° da prioridad de la prevención a través de la adopción de medidas sobre una base científica y con los estudios técnicos y socioeconómicos que correspondan. En casos de peligro de daño grave e irreversible al medio ambiente, la falta de certeza absoluta no podrá alegarse como razón para dejar de adoptar medidas preventivas. Esta misma ley 81 contiene normas relativas al sistema de responsabilidad civil, cuando dispone en el Capítulo XII, artículo 70, toda persona natural o jurídica que por su acción u omisión dañe el medio ambiente está obligada a cesar en su conducta y a reparar los daños y perjuicios que ocasione. Y en el artículo 72, que para asegurar los resultados del proceso o para evitar que se siga causando un daño se podrán solicitar y adoptar las

medidas que franquea la legislación procesal vigente. Por último, en el artículo 73, que en el resarcimiento de la responsabilidad civil se procurarán de forma preferente, las acciones encaminadas a la rehabilitación del medio ambiente.

Cabe señalar que esta legislación, en el artículo 142, prevé un régimen de preservación del patrimonio cultural asociado al entorno natural.

La Ley del Medio Ambiente de El Salvador, decreto 233, dispone en su artículo 85: Responsabilidad por contaminación y daños al ambiente: Quien por acción u omisión realice emisiones o vertimientos, disposición o descarga de sustancias o desechos que afecten la salud humana, pongan en riesgo o causaren un daño al medio ambiente, o afectaren los procesos ecológicos esenciales o la calidad de vida de la población, será responsable del hecho cometido o la omisión, y estará obligado a restaurar el medio ambiente o ecosistema afectado. En caso de ser imposible esta restauración, indemnizará al Estado y a los particulares por los daños y perjuicios causados.

En el artículo 96 del decreto 233 de El Salvador, establece que Siempre que se imponga sanción administrativa se ordenará al infractor la restauración, restitución o reparación del daño causado al ambiente, concediéndole un plazo prudencial para hacerlo. Caso de incumplimiento se procederá a determinar por peritos nombrados por el Ministerio el valor de la inversión que debe ser destinado a tales objetivos. La certificación del valúo y de la resolución que ordena la restauración, restitución o reparación del daño tendrá fuerza ejecutiva contra el infractor. Por último, el artículo 100, Responsabilidad civil, dispone: "El Estado, entes descentralizados y toda persona natural o jurídica que por acción u omisión deteriore el medio ambiente, está obligado a reparar los daños y perjuicios ocasionados. Cuando sea posible, deberá restaurar los ecosistemas dañados o realizar acciones compensatorias en los casos que el daño sea irreversible. Cuando se tratare de una sociedad u otra persona jurídica colectiva, los actos de sus administradores, trabajadores y empresas con quienes tengan relaciones contractuales, se presume legalmente que actúan por su orden y mandato. En consecuencia, responden solidariamente por los daños ambientales causados. Los contratistas y subcontratistas responden solidariamente. Tratándose de funcionarios y empleados públicos responderán directa y principalmente y el Estado en forma solidaria".

La Ley de Protección y Mejoramiento del Medio Ambiente de 1986, de Guatemala, artículo 31, dispone: Las sanciones que la Comisión Nacional del Medio Ambiente dictamine por las infracciones de la ley son las siguientes: a) advertencia aplicada a juicio de la Comisión Nacional del Medio Ambiente y valorada bajo un criterio de evaluación de la magnitud del impacto ambiental; b) tiempo determinado para cada caso específico para la corrección de factores que deterioran el ambiente con la participación de la Comisión en la búsqueda de alternativas viables para ambos objetivos; c) suspensión cuando

hubiere variación negativa en los parámetros de contaminación establecidos para cada caso específico por la Comisión Nacional del Medio Ambiente; d) comiso de las materias primas, instrumentos, materiales y objetos que provengan de la infracción cometida, pudiéndose destinar a subasta pública o su eliminación cuando fueren nocivos al medio ambiente; e) la modificación o demolición de construcciones violatorias de disposiciones sobre protección y mejoramiento del medio ambiente; f) el establecimiento de multas para restablecer el impacto de los daños causados al medio ambiente y los recursos naturales; g) cualesquiera otras medidas tendientes a corregir o reparar los daños causados y a evitar la contaminación de actos perjudiciales al medio ambiente y los recursos naturales.

El decreto 217/96, Ley General del Medio Ambiente y de los Recursos Naturales de Nicaragua, manda en el artículo 141 que toda persona que deteriore el ambiente, está obligada a reparar los daños y perjuicios que ocasione a los recursos ambientales, el equilibrio del ecosistema, a la salud y calidad de vida de la población. El artículo 143 establece que cuando en la comisión de un hecho participen dos o más personas, éstas serán responsables solidariamente de la totalidad de los daños y perjuicios económicos causados. Además, el artículo 145 dice que la reparación del daño consiste en el restablecimiento de la situación al estado anterior del hecho, en los casos que sea posible, en la compensación económica del daño y los perjuicios ocasionados al ambiente a las comunidades o a los particulares. El artículo 143 dispone que en el caso de personas jurídicas, la responsabilidad prevista en este artículo se establecerá previa investigación para determinar las personas que participaron en estos daños. En el caso de personas jurídicas creadas ad hoc y que causen daños, la autoridad competente investigará los niveles de responsabilidad de terceros en esta simulación de contrato. La eximente de responsabilidad por daños y perjuicios causados, dice el artículo 144, sólo tendrá lugar cuando se establezca que éstos se produjeron no obstante haberse adoptado todas las medidas destinadas a evitarlo. La reparación del daño consiste en el restablecimiento de la situación anterior al hecho, en los casos que sea posible, en la compensación económica del daño y los perjuicios ocasionados al ambiente, las comunidades o a los particulares.

Ley General del Ambiente y Recursos Naturales, decreto 104/93, de República de Honduras que su artículo 86 establece que las acciones u omisiones que infrinjan la ley, serán sancionadas conforme se determinan en este título, sin perjuicio de la correspondiente responsabilidad civil. Artículo 87: Cualquiera acción u omisión de la normativa ambiental que constituye delito o infracción administrativa, dará lugar a la aplicación de las sanciones siguientes: a) reclusión decretada en su caso por autoridad judicial ordinaria, por la comisión de un delito ambiental; b) multa cuya cuantía será establecida por esta Ley y sus reglamentos; c) clausura definitiva o parcial, de actividades o instalaciones,

si la actividad contamina y perjudica la salud humana o el medio ambiente más allá de los límites establecidos en los reglamentos y normas técnicas; ch) suspensión temporal de actividades o instalaciones causantes del daño ambiental; d) decomiso de las artes e instrumentos utilizados en la comisión del delito o infracción; e) cancelación o revocación de autorizaciones generales o beneficios económicos o fiscales concedidos por las autoridades públicas; f) indemnización al Estado o a terceros por los daños y perjuicios ocasionados al ambiente y a los recursos naturales, y g) reposición o restitución de las cosas y objetos afectados a su ser y estado natural si fuera posible.

La Ley 1333/92 del Medio Ambiente de Bolivia estatuye en el artículo 102 que el resarcimiento al Estado ingresará al Fondo Nacional para el Medio Ambiente y se destinará preferentemente a la restauración del medio ambiente dañado. Esta misma ley establece en el artículo 19, como objetivos de control de la calidad ambiental entre otros, preservar, conservar, mejorar y restaurar el medio ambiente y los recursos naturales en beneficio de la sociedad en su conjunto; prevenir, controlar y restringir actividades que conlleven efectos nocivos o peligrosos para la salud y/o deterioren el medio ambiente y los recursos naturales.

La Ley General del Ambiente 41/98 de Panamá establece en el artículo 108 que el que mediante el uso o aprovechamiento de un recurso o por el ejercicio de la actividad, produzca daño al ambiente o a la salud humana, estará obligado a reparar el daño causado, aplicar las medidas de prevención y mitigación y asumir los costos correspondientes. Y el artículo 109, que toda persona natural o jurídica que emita, vierta, disponga o descargue sustancias o desechos que afecten o puedan afectar la salud humana, pongan en riesgo o causen daño al ambiente, afecten o puedan afectar los procesos ecológicos esenciales o la calidad de vida de la población, tendrá responsabilidad objetiva por los daños que puedan ocasionar graves perjuicios, de conformidad con las leyes especiales relacionadas con el ambiente. Dicho de paso, esta Ley General del Ambiente de Panamá instituye: artículo 118, la acción civil ambiental tendrá por objeto restaurar el ambiente afectado o el pago de la indemnización por el daño causado; artículo 119, las acciones ambientales civiles prescriben a los 10 años de la realización o conocimiento del daño; artículo 110, la responsabilidad solidaria de los generadores de desechos peligrosos, y de los transportistas y manipuladores o de manejo; artículo 111, responsabilidad administrativa independiente de la responsabilidad civil por daños al ambiente, así como de la responsabilidad penal; artículo 113, seguro de responsabilidad civil ambiental. Y artículo 114, accesoriamente a la sanción de multa por infracciones administrativas, la Autoridad Nacional del Ambiente queda facultada para ordenar al infractor el pago del costo de limpieza, mitigación y compensación del daño ambiental, sin perjuicio de las responsabilidades civiles y penales que correspondan.

La Ley 64/00 General sobre Medio Ambiente y Recursos Naturales de República Dominicana declara en el artículo 8° que el criterio de prevención prevalecerá sobre cualquier otro en la gestión pública y privada del medio ambiente y de los recursos naturales. No podrá alegarse la falta de una certeza científica absoluta como razón para no adoptar medidas preventivas y eficaces en todas las actividades que impacten negativamente el medio ambiente conforme al principio de precaución. Y consecuente con este criterio, menciona la prevención, regulación y control de cualquiera de las causas o actividades que provoquen deterioro del medio ambiente en el artículo 15, como uno de los objetivos particulares de la ley.

En el Capítulo III, De la responsabilidad civil, la ley 64/00 establece en el artículo 169 que todo el que cause daño al medio ambiente o a los recursos naturales, tendrá responsabilidad objetiva por los daños que pueda ocasionar, asimismo estará obligado a repararlo materialmente, a su costo, si ello fuere posible, e indemnizarlo conforme a la ley. La reparación consiste en el restablecimiento de la situación anterior al hecho, en los casos en que sea posible, en la compensación económica del daño y los perjuicios ocasionados al medio ambiente o a los recursos naturales, a las comunidades o a los particulares.

Además, el artículo 170 dispone que la ley 64/00 establece que para determinar la magnitud o la cuantía de los daños incurridos, el tribunal tomará en cuenta las actas levantadas por los técnicos e inspectores y los informes de carácter formal evacuados de la Secretaría de Estado de Medio Ambiente y Recursos Naturales y otros organismos ambientales del Estado, sin perjuicio de las experticias y peritajes que el propio juez de la causa requiera, de oficio o a petición de parte. El artículo 171 manda que el funcionario que por acción u omisión autorice la realización de acciones, actividades o instalaciones, que causen daños y perjuicios a los recursos naturales, al equilibrio del ecosistema, a la salud y calidad de vida de la población, será solidariamente responsable con quien haya ejecutado. Asimismo, el artículo 172 de la ley de referencia la extiende cuando en la comisión del hecho participen dos o más personas, éstas serán responsables solidariamente de la totalidad de los daños y perjuicios económicos causados. En el caso de personas jurídicas, la responsabilidad prevista en este artículo se establecerá cuando los órganos de dirección o administración de la misma hayan autorizado las acciones que causaron el daño. Por último, el artículo 173 de la ley 64/00 dispone que la Secretaría de Finanzas, a propuesta de la Secretaría de Estado de Medio Ambiente y Recursos Naturales, tomará las disposiciones necesarias para el establecimiento de un seguro obligatorio de responsabilidad civil, para cubrir daños al medio ambiente y a los recursos naturales causados accidentalmente.

La Ley Orgánica de Ambiente de Venezuela, de 1976, en los artículos 25 y 26, normas sobre prevención del daño ambiental, pone en cabeza del infractor la obligación de adoptar medidas necesarias para evitar las consecuencias perjudiciales derivadas del acto de sanción, las que podrán consistir, entre otras, en cualesquiera que tiendan a reparar los daños causados, evitar la contaminación y corregir los actos perjudiciales al ambiente. El organismo competente podrá adoptar en el curso del proceso correspondiente las medidas preventivas que fueren necesarias para evitar las consecuencias degradantes del hecho que se investiga.

Finalmente, el artículo 27 dice que quienes realicen actividades que produzcan degradación de los bienes del dominio público serán responsables ante la República de los daños causados, salvo que demuestren que han sido ocasionados por el hecho de un tercero, por caso fortuito o fuerza mayor. La determinación de la cuantía de los daños será mediante dictamen de tres expertos nombrados por el tribunal de la causa. El dictamen de los expertos tomará en cuenta el deterioro que se haya causado al ambiente, la situación económica del obligado a reparar el daño y los demás elementos que según el caso deban considerarse como indispensables. Las partes pueden impugnar el dictamen si no cumplierse con los requisitos que sobre la materia establece el Código Civil. El juez, si se demostrare la justicia de la impugnación, ordenará por una sola vez, la realización de una nueva experticia.

#### **IV.- Aspectos procesales de la legislación ambiental**

Por último, un breve análisis de aspectos procesales en las leyes generales del ambiente de la región. El primero en lo que hace al régimen de legitimación activa de obrar en defensa del medio ambiente.

La Ley 25.675 General del Ambiente de Argentina, consecuente con los artículos 41 y 43 de la Constitución Nacional, consagra en el artículo 30, el siguiente sistema de legitimación de obrar en causas ambientales: "Producido el daño ambiental colectivo, tendrán legitimación para obtener la recomposición del ambiente dañado, el afectado, el Defensor del Pueblo y las asociaciones no gubernamentales de defensa ambiental, conforme lo prevé el artículo 43 de la Constitución Nacional, y el Estado nacional, provincial o municipal; asimismo, quedará legitimado para la acción de recomposición o de indemnización pertinente, la persona directamente damnificada por el hecho dañoso acaecido en su jurisdicción. Deducida demanda de daño ambiental colectivo por alguno de los titulares señalados, no podrán interponerla los restantes, lo que no obsta a su derecho a intervenir como terceros. Sin perjuicio de lo indicado precedentemente toda persona podrá solicitar, mediante acción de amparo, la cesación de actividades generadoras de daño ambiental colectivo". En el artículo 32 de la Ley 25.675 General del Ambiente se dice que: "La competencia judicial ambiental será la que corresponda a las reglas ordinarias de la competencia. El acceso a la jurisdicción por cuestiones ambientales no admitirá restricciones de ningún tipo o especie. El juez

interviniente podrá disponer todas las medidas necesarias para ordenar, conducir o probar los hechos dañosos en el proceso, a fin de proteger efectivamente el interés general. Asimismo, en su sentencia, de acuerdo a las reglas de la sana crítica, el juez podrá extender su fallo a cuestiones no sometidas expresamente a su consideración por las partes. En cualquier estado del proceso, aun con carácter de medida precautoria, podrán solicitarse medidas de urgencia, aun sin audiencia de la parte contraria, prestando debida caución por los daños y perjuicios que pudieran producirse. El juez podrá, asimismo, disponerlas, sin petición de parte".

La Ley 81/97 del Medio Ambiente de Cuba, artículo 71, preceptúa que: Están habilitados para reclamar la reparación del daño o la indemnización de los perjuicios: a) la Fiscalía General de la República; b) el Ministerio de Ciencia, Tecnología y Medio Ambiente; c) quien haya sufrido personalmente el daño o perjuicio. Los sujetos expresados en los incisos a) y b) podrán actuar en defensa del interés social en la protección del medio ambiente. Bolivia:

La Ley 1333/92 del Medio Ambiente de Bolivia dispone en el artículo 102 que la acción civil derivada de los daños cometidos contra el medio ambiente podrá ser ejercida por cualquier persona legalmente calificada como un representante apropiado de los intereses de la comunidad afectada. Venezuela: La Ley Orgánica del Ambiente de Venezuela, 1976, crea en el artículo 30 la Procuraduría del Ambiente, titular del ejercicio de la representación del interés público en los procesos civiles y administrativos a seguirse contra los infractores. La acción de persecución del delito penal ambiental corresponde a los fiscales del Ministerio Público y a los síndicos municipales.

Nicaragua: La Ley 217 General del Medio Ambiente en su artículo 9° crea la Procuraduría para la Defensa del Ambiente y Recursos Naturales, como rama especializada de la Procuraduría General de Justicia, para ejercer la representación y defensa de los intereses del Estado y la sociedad en esta materia.

El decreto 233, de El Salvador artículo 101, de la Ley del Medio Ambiente dispone: La acción civil de reparación de daños ambientales causados a la comunidad podrá ser ejercida por: a) la persona natural o jurídica que haya sufrido de manera directa e inmediata; b) por cinco ciudadanos miembros de la comunidad que carezca de personalidad jurídica; c) el Fiscal General de la República, así como la Procuraduría para la defensa de los Derechos Humanos. La Ley General del Ambiente de Honduras, decreto 104/93, instituye en el artículo 90 que será pública la acción para denunciar y demandar ante la autoridad judicial o administrativa, todo acto u omisión que viole lo previsto en la normativa ambiental; y el artículo 102, el interés público en la participación de las organizaciones privadas de cualquier tipo en la conservación del medio ambiente y los recursos naturales. La Ley 41 General del Ambiente de la República de Panamá, artículo 111, se reconocen los intereses colectivos y difusos para legitimar activamente a cualquier ciudadano

u organismo civil en los procesos administrativos, civiles y penales por daños al ambiente.

La Ley 64/00 General del Medio Ambiente y Recursos Naturales de República Dominicana, art. 178- 180, disponen lo siguiente: Toda persona o asociación de ciudadanos tiene legitimidad procesal para denunciar y querrellarse por todo hecho, acción, factor, proceso, o la omisión u obstaculización de ellos, que haya causado, esté causando o pueda causar daño, degradación, menoscabo, contaminación y/o deterioro del medio ambiente y los recursos naturales. Son titulares de la acción ambiental, con el solo objeto de detener el daño y obtener la restauración, las personas naturales o jurídicas que hayan sufrido el daño o perjuicio, el Estado dominicano, por intermedio de la Secretaría de Estado de Medio Ambiente y Recursos Naturales y otros organismos del Estado con atribuciones ambientales. Toda persona natural o jurídica que tenga el interés legítimo en la adopción de las medidas que la presente ley ordena podrá intervenir aportando pruebas que sean pertinentes al caso.

México: Ley General de Vida Silvestre: La Procuraduría Federal de Protección Ambiental. La Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente, en sus artículos 190 y siguientes establece que toda persona, grupos sociales, organizaciones no gubernamentales, asociaciones y sociedades podrán denunciar ante la Profepa o ante otras autoridades todo hecho, acto u omisión que produzca o pueda producir desequilibrio ecológico o daños al ambiente o a los recursos naturales, o contravenga las disposiciones de la presente ley y de los demás ordenamientos que regulen materias relacionadas con la protección al ambiente y la preservación y restauración del equilibrio ecológico. Una institución que para los fines de esta investigación resulta de interés es la denominada "Profepa", Procuraduría Federal de Protección Ambiental de México, órgano desconcentrado de la Semarnat, Secretaría de Ambiente y de los Recursos Naturales, con autonomía técnica y operativa, de amplias funciones en materia de vigilancia y evaluación del cumplimiento de las disposiciones jurídicas ambientales.

La Ley Ambiental del Distrito Federal de México dispone que cualquier persona física o moral de las comunidades afectadas tendrá derecho a ejercer la acción de responsabilidad por daño al ambiente siempre que demuestre la existencia del daño y el vínculo con la conducta imputable al demandado, sin necesidad de probar que el daño le afecte directamente en su persona o en sus bienes.

Legislación procesal ambiental del Brasil: Tal como lo enseña magistralmente Silvia Cappelli, la legitimidad del Ministerio Público ganó fuerza impar a partir de la Ley de la Acción Civil Pública, en 1985, culminando con la función institucional de defender el medio ambiente en la propia Constitución Federal. A partir de allí, en el ámbito del Ministerio Público de las provincias o departamentos, se crearon fiscalías especializadas, centros de apoyo operacionales y divisiones de asesoramiento técnico para el área ambiental. El

Ministerio Público, por su parte, creó la Procuraduría de Intereses Difusos y la Cuarta Cámara de Coordinación y Revisión. Esos fiscales se dedican, diariamente, a la investigación de denuncias de actos que atentan contra el medio ambiente, traídas por cualquier persona física o jurídica y por ONG, además de poder iniciar la investigación de oficio. A partir del conocimiento del hecho potencialmente lesivo al ambiente, el Ministerio Público instaura averiguaciones civiles o piezas de información, procedimiento administrativo de carácter preprocesal e inquisitorial, del ámbito interno del Ministerio Público, para recolectar pruebas, denominado Inquérito Civil y formar así convicción de la necesidad de promover un proceso judicial, normalmente una acción civil pública (Ley 7347/85) o la celebración de un acuerdo con el investigado, denominado compromiso de ajuste. Cabe señalar que la legitimación activa para la acción civil pública es concurrente y disyuntiva, en la feliz expresión de Barbosa Moreira, y significa que el Estado a través de sus distintos niveles de gobierno: la Unión, provincias, municipios, los entes autárquicos, empresas públicas, fundaciones, sociedades de economía mixta, y asociaciones, además del Ministerio Público, están legitimados para obrar activamente por vía de la misma. La acción civil pública podrá tener por objeto la condena en dinero o el cumplimiento de obligación de hacer o no hacer. El Ministerio Público no tiene competencia para la tutela del interés individual disponible. La Constitución Federal le atribuye facultades para la investigación y el enjuiciamiento de acciones sobre intereses difusos, colectivos e individuales homogéneos.

### **Valor de los dictámenes del Estado y efectos de la sentencia**

El valor de los dictámenes del Estado. Argentina: La Ley 25.675 General del Ambiente dispone en el artículo 33 que "Los dictámenes emitidos por organismos del Estado sobre daño ambiental, agregados al proceso, tendrán la fuerza probatoria de los informes periciales, sin perjuicio del derecho de las partes a su impugnación..." Panamá: La Ley 41/98 General del Ambiente de Panamá, artículo 116, expresa que los informes elaborados por personas idóneas de la Autoridad Nacional del Ambiente, la Contraloría General de la República o la Autoridad Competente, constituyen prueba pericial y dan fe pública. Bolivia: La Ley 1333/92 del Medio Ambiente de Bolivia, artículo 102, establece que los informes elaborados por los organismos del Estado sobre los daños causados serán considerados como prueba pericial preconstituida. El Salvador: El decreto 233 de la Ley General del Ambiente, artículo 102, dice que los informes de autoridades en el ejercicio de sus funciones constituirán, en los juicios ambientales, un medio probatorio de carácter especial.

Efectos de la sentencia. Argentina: Según el artículo 33 de la Ley 25.675 General del Ambiente, "La sentencia hará cosa juzgada y tendrá efecto 'erga omnes', a excepción de que la acción sea rechazada, aunque sea parcialmente, por cuestiones probatorias". Brasil: La Ley 7347/85 que disciplina la Acción Civil Pública de responsabilidad por daños causados al medio ambiente, al

consumidor, a bienes y derechos de valor artístico, estético, histórico, turístico y paisajístico, dispone que la sentencia civil hará cosa juzgada erga omnes, en los límites de la competencia territorial del órgano propalador, excepto si el pedido fuere juzgado improcedente por insuficiencia de pruebas, hipótesis en que cualquier legitimado podrá intentar otra acción con idéntico fundamento, valiéndose de nueva prueba. El Salvador: El decreto 233, de la Ley General del Ambiente, artículo 103, dispone que cuando la demandante fuese una comunidad sin personalidad jurídica perjudica o aprovecha, según sea el caso, a todos los miembros de la comunidad.

### Legislación ambiental de cambio climático de América Latina y el Caribe

Se destaca que el cambio climático tiene un lugar preponderante en cinco de las Constituciones de América Latina y el Caribe: el Estado Plurinacional de Bolivia (art. 407, “desastres naturales e inclemencias climáticas”), Cuba (art. 16, se refiere al “enfrentamiento al cambio climático que amenaza la sobrevivencia de la especie humana, sobre la base del reconocimiento de responsabilidades comunes pero diferenciadas”), la República Bolivariana de Venezuela (art. 127, en donde el aire ... el clima, la capa de ozono ...), Ecuador (art. 194 “acorde con la adaptación climática”), República Dominicana (art. 194, “acorde con la necesidad de adaptación al cambio climático”).

Por lo demás, nueve países de la región, disponen de leyes especiales en materia de cambio climático. Argentina (ley 27.520 de presupuestos mínimos de adaptación y mitigación al cambio climático), Brasil (ley de política nacional sobre cambio climático, 12.187/2009), Colombia (ley que contiene directrices para la gestión de cambio climático, N° 1931/2018), Dominicana (ley N° 16/2018 “*Climate Resilience Act*”, Ley de Resiliencia Climática), Guatemala (Decreto 7/2013, ley marco regula la adaptación obligatoria ante los efectos del cambio climático y la mitigación de gases de efecto invernadero), Honduras (Ley de Cambio Climático, decreto 297 de 2013), México (ley general del cambio climático, 2012 y reformada en 2018), Paraguay (ley nacional de cambio climático, N° 5875 de 2017), y Perú (Ley marco sobre Cambio Climático, N° 30.754 de 2018).

---

### ACUERDO DE ESCAZÚ

La Argentina, por ley 27.566 del 19/10/2020, aprobó el Acuerdo Regional sobre el acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la

Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe, celebrado en la ciudad de Escazú, República de Costa Rica, del 04/03/2018. Dicho instrumento, de enorme relevancia, cuenta con 12 ratificaciones (Argentina, es el 10º país en aprobarlo) entró en vigor el 22 de abril de 2021.

El Acuerdo de Escazú tiene como finalidad, de manera amplia, efectivizar el "triple acceso", a la información, participación y justicia ambiental, según claramente lo determina el art. 1º: "El objetivo del presente Acuerdo es garantizar la implementación plena y efectiva en América Latina y el Caribe de los derechos de acceso a la información ambiental, participación pública en los procesos de toma de decisiones ambientales y acceso a la justicia ambiental, así como la creación y fortalecimiento de las capacidades y la cooperación, contribuyendo a la protección del derecho de cada persona, de las generaciones presentes y futuras, a vivir en un medio ambiente sano y al desarrollo sostenible".

"Escazú" es el primer acuerdo jurídicamente vinculante para los países de América Latina y el Caribe, fruto de la "Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible" de 2012 (Río + 20) y constituye, "el primer tratado sobre asuntos ambientales de la región y el primero en el mundo que incluye disposiciones sobre los defensores de los derechos humanos en asuntos ambientales".

El Artículo 3 contiene Principios. Cada Parte se guiará por los siguientes principios en la implementación del presente Acuerdo: principio de igualdad y principio de no discriminación; principio de transparencia y principio de rendición de cuentas; principio de no regresión y principio de progresividad; principio de buena fe; e) principio preventivo; f) principio precautorio; g) principio de equidad intergeneracional; h) principio de máxima publicidad; i) principio de soberanía permanente de los Estados sobre sus recursos naturales; j) principio de igualdad soberana de los Estados; y k) principio pro persona.

También, establece normas en materia de acceso a la justicia.

Artículo 8 Acceso a la justicia en asuntos ambientales.

1. Cada Parte garantizará el derecho a acceder a la justicia en asuntos ambientales de acuerdo con las garantías del debido proceso.
2. Cada Parte asegurará, en el marco de su legislación nacional, el acceso a instancias judiciales y administrativas para impugnar y recurrir, en cuanto al

fondo y el procedimiento: a) cualquier decisión, acción u omisión relacionada con el acceso a la información ambiental; b) cualquier decisión, acción u omisión relacionada con la participación pública en procesos de toma de decisiones ambientales; y c) cualquier otra decisión, acción u omisión que afecte o pueda afectar de manera adversa al medio ambiente o contravenir normas jurídicas relacionadas con el medio ambiente.

3. Para garantizar el derecho de acceso a la justicia en asuntos ambientales, cada Parte, considerando sus circunstancias, contará con: a) órganos estatales competentes con acceso a conocimientos especializados en materia ambiental; b) procedimientos efectivos, oportunos, públicos, transparentes, imparciales y sin costos prohibitivos; c) legitimación activa amplia en defensa del medio ambiente, de conformidad con la legislación nacional; d) la posibilidad de disponer medidas cautelares y provisionales para, entre otros fines, prevenir, hacer cesar, mitigar o recomponer daños al medio ambiente; e) medidas para facilitar la producción de la prueba del daño ambiental, cuando corresponda y sea aplicable, como la inversión de la carga de la prueba y la carga dinámica de la prueba; f) mecanismos de ejecución y de cumplimiento oportunos de las decisiones judiciales y administrativas que correspondan; g) y mecanismos de reparación, según corresponda, tales como la restitución al estado previo al daño, la restauración, la compensación o el pago de una sanción económica, la satisfacción, las garantías de no repetición, la atención a las personas afectadas y los instrumentos financieros para apoyar la reparación.

4. Para facilitar el acceso a la justicia del público en asuntos ambientales, cada Parte establecerá: a) medidas para reducir o eliminar barreras al ejercicio del derecho de acceso a la justicia; b) medios de divulgación del derecho de acceso a la justicia y los procedimientos para hacerlo efectivo; c) mecanismos de sistematización y difusión de las decisiones judiciales y administrativas que correspondan; d) y el uso de la interpretación o la traducción de idiomas distintos a los oficiales cuando sea necesario para el ejercicio de ese derecho.

5. Para hacer efectivo el derecho de acceso a la justicia, cada Parte atenderá las necesidades de las personas o grupos en situación de vulnerabilidad mediante el establecimiento de mecanismos de apoyo, incluida la asistencia técnica y jurídica gratuita, según corresponda.

6. Cada Parte asegurará que las decisiones judiciales y administrativas adoptadas en asuntos ambientales, así como su fundamentación, estén consignadas por escrito.

7. Cada Parte promoverá mecanismos alternativos de solución de controversias en asuntos ambientales, en los casos en que proceda, tales como la mediación, la conciliación y otros que permitan prevenir o solucionar dichas controversias.

## ANEXO II

### JURISPRUDENCIA AMERICANA

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Argentina

Brasil

México

Estados Unidos

Canadá

Colombia

Chile

Costa Rica

Jamaica.

El Salvador

Panamá

Perú

---

#### **CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.**

**Opinión Consultiva OC- 23/17.** <sup>271</sup>

**15 de noviembre de 2017 solicitada por la República de Colombia**

#### **MEDIO AMBIENTE Y DERECHOS HUMANOS**

A solicitud de Colombia, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se pronunció a través del mecanismo de la Opinión Consultiva (O.C- 23/17) sobre el efecto de las obligaciones derivadas del derecho ambiental en relación con las obligaciones de respeto y garantía de los derechos humanos.

---

<sup>271</sup> Disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_23\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_23_esp.pdf)

En la Opinión Consultiva, este Tribunal reconoció la existencia de una relación innegable entre la protección del medio ambiente y la realización de otros derechos humanos, en tanto la degradación ambiental afecta el goce efectivo de los derechos humanos. Asimismo, destacó la relación de interdependencia e indivisibilidad que existe entre los derechos humanos, el medio ambiente y el desarrollo sostenible, pues el pleno disfrute de todos los derechos humanos depende de un medio propicio.

Debido a esta estrecha conexión, constató que actualmente (i) múltiples sistemas de protección de derechos humanos reconocen el derecho al medio ambiente sano como un derecho en sí mismo, a la vez que no hay duda que (ii) otros múltiples derechos humanos son vulnerables a la degradación del medio ambiente, todo lo cual conlleva una serie de obligaciones ambientales de los Estados a efectos del cumplimiento de sus obligaciones de respeto y garantía de estos derechos.

El derecho humano a un medio ambiente sano es un derecho con connotaciones tanto individuales como colectivas. En su dimensión colectiva, constituye un interés universal, que se debe tanto a las generaciones presentes y futuras; mientras que su vulneración puede tener repercusiones directas o indirectas sobre las personas, en virtud de su dimensión individual y su conexidad con otros derechos, tales como el derecho a la salud, la integridad personal o la vida, entre otros.

La degradación del medio ambiente puede causar daños irreparables en los seres humanos, por lo cual un medio ambiente sano es un derecho fundamental para la existencia de la humanidad.

Ahora bien, el derecho a un medio ambiente sano como derecho autónomo es distinto al contenido ambiental que surge de la protección de otros derechos, tales como el derecho a la vida o el derecho a la integridad personal.

En la presente Opinión Consultiva, la Corte se pronunció sobre las obligaciones sustantivas y de procedimiento de los Estados en materia de protección del medio ambiente que surgen del deber de respetar y garantizar los derechos a la vida y a la integridad personal, por ser estos los derechos sobre los cuales Colombia consultó al Tribunal.

Los Estados tienen la obligación de prevenir daños ambientales significativos, dentro o fuera de su territorio.

Los Estados deben actuar conforme al principio de precaución, a efectos de la protección del derecho a la vida y a la integridad personal, frente a posibles daños graves o irreversibles al medio ambiente, aún en ausencia de certeza científica.

Los Estados tienen la obligación de cooperar, de buena fe, para la protección contra daños al medio ambiente.

Los Estados tienen la obligación de garantizar el derecho al acceso a la información relacionada con posibles afectaciones al medio ambiente, consagrado en el artículo 13 de la Convención.

Los Estados tienen la obligación de garantizar el derecho a la participación pública de las personas bajo su jurisdicción, consagrado en el artículo 23.1.a de la Convención, en la toma de decisiones y políticas que pueden afectar el medio ambiente.

Los Estados tienen la obligación de garantizar el acceso a la justicia, en relación con las obligaciones estatales para la protección del medio ambiente que han sido enunciadas previamente en esta Opinión.

**Sentencia del Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación LHAKA HONHAT (Nuestra Tierra) Vs. Argentina, la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia del 24-11-2020<sup>272</sup>.**

La Corte encontró al Estado de Argentina responsable internacionalmente por la violación de los derechos a la propiedad comunitaria, a la identidad cultural, al medio ambiente sano, a la alimentación adecuada y al agua de las comunidades indígenas. Por primera vez en un caso contencioso, la Corte analizó los derechos a un medio ambiente sano, a la alimentación adecuada, al agua y a la identidad cultural en forma autónoma a partir del artículo 26 de la Convención Americana, ordenando medidas de reparación específicas para la restitución de esos derechos, incluyendo acciones para el acceso al agua y a la alimentación, para la recuperación de recursos forestales y para la recuperación de la cultura indígena.

En su sentencia, la Corte determinó que el Estado violó el derecho de propiedad comunitaria, al no dotar de seguridad jurídica a la misma y permitir que se mantenga la presencia de pobladores “criollos”, no indígenas, en el territorio. Lo anterior, pese a que el reclamo indígena de propiedad lleva más de 28 años. También concluyó que Argentina no cuenta con normativa adecuada para garantizar en forma suficiente el derecho de propiedad comunitaria.

A su vez, el Tribunal señaló que no se siguieron mecanismos adecuados de consulta a las comunidades indígenas sobre un puente internacional construido en su territorio. Resolvió, asimismo, que autoridades judiciales no siguieron un plazo razonable en la tramitación de una causa judicial en que se decidió dejar sin efecto normas relativas a adjudicaciones fraccionadas de tierra.

La Corte, además, determinó que el Estado violó los derechos a la identidad cultural, a un medio ambiente sano, a la alimentación adecuada y al agua, a

---

<sup>272</sup> En [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_420\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_420_esp.pdf)

causa de la falta de efectividad de medidas estatales para detener actividades que resultaron lesivas de los mismos. En su sentencia, el Tribunal entendió que la tala ilegal, así como otras actividades, desarrolladas en el territorio por población criolla, puntualmente la ganadería e instalación de alambrados, afectaron bienes ambientales, incidiendo en el modo tradicional de alimentación de las comunidades indígenas y en su acceso al agua. Lo anterior alteró la forma de vida indígena, lesionando su identidad cultural.

El Tribunal ordenó al Estado la adopción de diversas medidas de reparación.

Al fijar las medidas de reparación correspondientes, la Corte Interamericana ordenó la adopción de medidas legislativas y/o de otro carácter y recordó que las regulaciones normativas existentes no eran “suficientes para dotar de seguridad jurídica al derecho de propiedad comunitaria indígena, previendo procedimientos específicos adecuados para tal fin”. En tal sentido, en el punto resolutivo 15, la sentencia dispuso: “El Estado, en un plazo razonable, adoptará las medidas legislativas y/o de otro carácter que fueren necesarias para dotar de seguridad jurídica al derecho de propiedad comunitaria indígena”. Esa medida tuvo por objeto reparar la insuficiencia del derecho interno en relación con el derecho de propiedad comunitaria indígena, respecto de los medios para poder reclamar la propiedad comunitaria indígena y su reconocimiento.

Más adelante, la sentencia dejó claro que “asegurar la participación efectiva” de los pueblos o comunidades indígenas, “de conformidad con sus costumbres y tradiciones”, requiere que el Estado, en las circunstancias correspondiente, realice consultas, de buena fe, a través de procedimientos culturalmente adecuados, con el fin llegar a acuerdos. Por el incumplimiento de este deber, en relación con la construcción de un puente internacional, la Corte Interamericana determinó que el Estado no había observado el proceso de consulta previa, libre e informada, por lo que se vieron vulnerados los derechos a la propiedad comunitaria indígena y a la participación de las comunidades víctimas. Según lo expresado por la Corte, corresponde tener en cuenta las consideraciones aludidas pues es procedente realizar una lectura integral de la sentencia y no considerar cada párrafo como si fuese independiente del resto.

Por lo dicho, la Corte Interamericana precisó que las medidas que debe adoptar el Estado, en los términos ordenados por el punto resolutivo 15 y el párrafo 354 de la sentencia, deben ser aptas para posibilitar medios adecuados de reclamación y reconocimiento de la propiedad comunitaria indígena, en una forma que dote de seguridad jurídica al derecho de propiedad comunitaria, considerando los diversos aspectos que integran ese derecho, y de los que la sentencia da cuenta, de acuerdo con sus párrafos 93 a 98, 115 y 116, entre ellos, la “garantía de la participación efectiva” de comunidades indígenas, mediante la consulta previa, libre e informada, de conformidad con las consideraciones efectuadas en la sentencia de interpretación.

---

## CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN ARGENTINA

### Estado de Derecho Ambiental:

La Constitución Nacional tutela al ambiente de modo claro y contundente y esta Corte Suprema ha desarrollado esa cláusula de un modo que permite admitir la existencia de un componente ambiental del Estado de Derecho (F.: 339:515).

In re “Asociación Argentina de Abogados Ambientalistas de la Patagonia c/ Santa Cruz, Provincia de y otros s/ amparo ambiental”, 26/04/2016. Fallos: 339:515. Ídem, “Saavedra, Silvia Graciela y otro c/ Administración Nacional de Parques Nacionales- Estado Nacional y otros s/ amparo ambiental”, 25/02/2021. Fallos 344:174.

### Moderna concepción protectoria del medio ambiente

Que a raíz de lo expresado y de la moderna concepción de las medidas necesarias para la protección respecto del medio ambiente -que se basan esencialmente en los principios preventivo y de reparación del daño ambiental- no surge de la lectura de los escritos sub examine que se encuentre configurado en el caso un supuesto que haga admisible la excepción invocada, ya que la forma en que la demandante ha planteado su reclamo no le impide a las demandadas el ejercicio amplio de su derecho de defensa para invocar en esta etapa constitutiva del proceso y demostrar durante el período probatorio la inexistencia de los presupuestos que condicionan la especial responsabilidad que se les imputa en la causa.

«Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios ambiental (derivados de la contaminación ambiental del río Matanza- Riachuelo)», 19/02/2015. Fallos: 338:80

---

---

En el particular ámbito de las demandas encuadradas en las prescripciones de la Ley General del Ambiente, la interpretación de la doctrina conforme la cual las resoluciones que se refieren a medidas cautelares no autorizan el otorgamiento del recurso extraordinario en tanto no revisten el carácter de sentencias definitivas, debe efectuarse desde una moderna concepción de las medidas necesarias para protección del medio ambiente, pues el art. 4° de dicha ley introduce en la materia los principios de prevención del daño ambiental y de precaución ante la creación de un riesgo con efectos desconocidos y por tanto imprevisibles.

«Asociación Civil Protección Ambiental del Río Paraná c/ Carboquímica del Paraná SA» 02/07/2020. Fallos 343:519.

-----  
---

También esta Corte en "Cruz (Fallos: 339: 142) ha señalado que en materia ambiental el caso debe ser analizado desde una moderna concepción de las medidas necesarias para la protección del medio ambiente, pues el citado artículo 4° de la Ley General del Ambiente introduce los principios de prevención del daño y de precaución ante la creación de un riesgo con efectos desconocidos y por tanto imprevisibles.

“Mamani, Agustín Pío y otros c/ Estado Provincial Dirección Provincial de Políticas Ambientales y Recursos Naturales y la Empresa Cram SA s/ recurso”. 05/09/2017, Fallos: 340:1193.

-----  
---

Principios de Derecho Ambiental:

Que, por su lado, los principios de prevención, precautorio, de progresividad, de responsabilidad y de solidaridad -según lo dispone el artículo 4° de la mencionada norma- imponen que no deban ser mecánicamente trasladadas, ni con consideraciones meramente superficiales, los principios y reglas propios del derecho patrimonial individual para el examen y subsunción de este tipo de pretensiones que alcanzan al medio ambiente como bien indivisible.

“Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ Daños y Perjuicios (Daños Derivados de la Contaminación Ambiental del Río Matanza- Riachuelo)”. 19/02/2015. Fallos: 338:80.

-----  
----

En el campo ambiental, si se reconociera una competencia excluyente a los municipios, habría que admitir que también pueden dictar regulaciones lesivas del ambiente, violando el principio de no regresión o los presupuestos mínimos establecidos en la legislación federal, pero no lo pueden hacer porque sus disposiciones deben ser armonizadas con la Ley General del Ambiente (Voto del juez Lorenzetti).

“Telefónica Móviles Argentina S.A. c/ Municipalidad de General Güemes s/ acción meramente declarativa”, 02/07/2019. Fallos 342:1061.

-----  
--

Los jueces deben considerar el principio in dubio pro natura que establece que en caso de duda, todos los procesos ante tribunales, órganos administrativos y otros tomadores de decisión deberán ser resueltos de manera tal que favorezcan la protección y conservación del medio ambiente, dando preferencia a las alternativas menos perjudiciales y no se emprenderán acciones cuando sus potenciales efectos adversos sean desproporcionados o excesivos en relación con los beneficios derivados de los mismos. Especialmente el principio in dubio pro aqua, consistente con el principio in dubio pro natura, que en caso de incerteza, establece que las controversias ambientales y de agua deberán ser resueltas en los tribunales, y las leyes de aplicación interpretadas del modo más favorable a la protección y preservación de los recursos de agua y ecosistemas conexos (UICN. Octavo Foro Mundial del Agua. Brasilia *Declaration of Judges on Water Justice*. Brasilia, 21 de marzo de 2018).

“Majul, Julio Jesus c/ Municipalidad de Pueblo General Belgrano y otros s/acción de amparo ambiental”. 11/07/2019. Fallos 342:1203.

-----  
---

En efecto, al tratarse de la protección de un Parque Nacional considerada Reserva de Biosfera y parte integrante de una cuenca hídrica, se debe considerar en el dictado de una medida de esta naturaleza, la aplicación del principio in dubio pro natura.

El principio in dubio pro natura establece que “en caso de duda, todos los procesos ante tribunales, órganos administrativos y otros tomadores de decisión deberán ser resueltos de manera tal que favorezcan la protección y conservación del medio ambiente, dando preferencia a las alternativas menos perjudiciales. No se emprenderán acciones cuando sus potenciales efectos adversos sean desproporcionados o excesivos en relación con los beneficios de los mismos” (Declaración Mundial de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza -UICN- , Congreso Mundial de Derecho Ambiental de la UICN, reunido en la Ciudad de Río de Janeiro en abril de 2016).

“Saavedra, Silvia Graciela y otro c/ Administración Nacional de Parques Nacionales- Estado Nacional y otros s/ amparo ambiental”, 25/02/2021. Fallos 344:174.

-----  
-

Por último la propia normativa de referencia establece que la aplicación y la interpretación de la ley, y de toda otra norma a través de la cual se ejecute la política ambiental, estará sujeta al cumplimiento de los principios, establecidos en el artículo 4° de la ley 25675 General del Ambiente, que se deben integrar (artículo 5°), en todas las decisiones de carácter ambiental.

Fernández, Miguel Ángel s/ infracción ley 24.051”. Cuestión de Competencia: 22/08/2019. Fallos: 342:1327.

-----  
---

### Principio precautorio

El principio precautorio produce una obligación de previsión extendida y anticipatoria a cargo del funcionario público. Por lo tanto, no se cumple con la ley si se otorgan autorizaciones sin conocer el efecto, con el propósito de actuar una vez que esos daños se manifiestan. Por el contrario, el administrador que tiene ante sí dos opciones fundadas sobre el riesgo, debe actuar precautoriamente, y obtener previamente la suficiente información a efectos de adoptar una decisión basada en un adecuado balance de riesgos y beneficios.

La aplicación de este principio implica armonizar la tutela del ambiente y el desarrollo, mediante un juicio de ponderación razonable. Por esta razón no debe buscarse oposición entre ambos, sino complementariedad, ya que la tutela del ambiente no significa detener el progreso, sino por el contrario, hacerlo más perdurable en el tiempo, de manera que puedan disfrutarlo las generaciones futuras.

“Salas, Dino y otros c/ Salta, Provincia de y otro”. 26/03/2009 - Fallos: 332:663

-----  
-

Que al omitir toda referencia a la prueba aludida, la Cámara no realizó un balance provisorio entre la perspectiva de la ocurrencia de un daño grave e irreversible y el costo de acreditar el cumplimiento de las medidas solicitadas, principalmente, a la luz del ya citado principio precautorio, conforme al cual, 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 ambiente –art. 4° de la ley 25.675- (F: 333:748).

Sin hacer mérito de los argumentos de la actora relativos a la vigencia del principio precautorio previsto en el art. 4° de la Ley General del Ambiente, ni de los expresados con relación a la existencia de un informe pericial que acreditaría la contaminación generada por la empresa demandada y su potencial incremento en caso de no disponerse la cesación de la actividad minera en cuestión.

Que el juicio de ponderación al que obliga la aplicación del principio precautorio, exige al juez considerar que todo aquel que cause daño ambiental es responsable de restablecer las cosas al estado anterior a su producción (art. 41 de la Constitución Nacional, A. 27 L. 25.675 y A. 263 del Código de Minería).

“Cruz, Felipa y otros c/ Minera Alumbreira LD y otro s/ sumarísimo”. Fallos: 339:142.

-----  
----

Que debe aplicarse, de manera prioritaria, el principio de prevención (artículo 4°, ley 25.675 General del Ambiente) y en la duda técnica el principio precautorio (Fallos: 337:1361, considerando 12, in fine), que dan fuerza y justifican la anticipación de la prestación jurisdiccional, mediante la cautelar de cesación y suspensión de la actividad petrolera, en el Parque Nacional CALILEGUA y en el pozo Ca.e3, que se ordena por esta Corte.

Esto se ve reforzado en la idea de que a la luz del 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 ambiente -art 4°, ley 25.675-.

“Saavedra, Silvia Graciela y otro c/ Administración Nacional de Parques Nacionales- Estado Nacional y otros s/ amparo ambiental”, 25/02/2021. Fallos 344:174.

-----  
----

Reconocimiento de status constitucional del derecho de un ambiente sano

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. El reconocimiento de status constitucional del derecho al goce de un ambiente sano, es la precisa y positiva decisión del constituyente 1994 de enumerar y jerarquizar con rango supremo a un derecho preexistente.

Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios ambiental (derivados de la contaminación ambiental del río Matanza- Riachuelo)», 20/06/2006. Fallos: 326:2316. Ídem, “Cruz, Felipa y otros c/ Minera Alumbreira y otro si sumarísimo”. 23/02/2016. Fallos: 339:142.

-----  
----

En efecto, la caracterización del ambiente como “*un bien colectivo, de pertenencia comunitaria, de uso común e indivisible*” (Fallos: 340:1695 *La Pampa, Provincia de c/ Mendoza* y 329:2316) cambia sustancialmente el enfoque del problema, que no solo debe atender a las pretensiones de las partes.

“Barrick Exploraciones Argentinas S.A y otro c/Estado Nacional s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”. 04/06/2019. Fallos 342:917

-----  
----

Principio de la sustentabilidad:

El Tribunal Superior provincial (ER) omitió considerar el derecho a vivir en un ambiente sano (art. 41 de la Constitución Nacional y 22 de la Constitución de la Provincia de Entre Ríos) y que el Estado garantiza la aplicación de los principios de sustentabilidad, precaución, equidad intergeneracional, prevención, utilización racional, progresividad y responsabilidad (art. 83 de la Constitución de la Provincia de Entre Ríos).

“Majul, Julio Jesus c/ Municipalidad de Pueblo General Belgrano y otros s/acción de amparo ambiental”. 11/07/2019. Fallos 342:1203.

-----  
----

La medida cautelar tendiente a hacer cesar de modo efectivo e inmediato los focos de incendio producto de la quema de pastizales es procedente, si resulta

con suficiente evidencia, aun en la instancia cautelar del proceso, que hay una afectación severa de un recurso ambiental o ecológico de naturaleza interjurisdiccional; que hay efectiva degradación ambiental o afectación del Delta del Río Paraná que compromete seriamente su funcionamiento y sustentabilidad, en tanto su conservación es prioritaria, no solo en interés de las generaciones presentes, sino también en defensa de las generaciones futuras.

“Equística Defensa del Medio Ambiente Asociación Civil c/ Santa Fe, Provincia de y otros s/ amparo ambiental”, 11/8/2020. Fallos 343:726.

-----  
-----

Esta calificación “cambia sustancialmente el enfoque del problema, cuya solución no sólo debe atender a las pretensiones de los estados provinciales, ya que los afectados son múltiples y comprende una amplia región. Por esta razón, la solución tampoco puede limitarse a resolver el pasado, sino, y fundamentalmente, a promover una solución enfocada en la sustentabilidad futura, para lo cual se exige una decisión que prevea las consecuencias que de ella se derivan.

“La Pampa, Provincia de c/ Mendoza, Provincia de s/ uso de aguas”. 01/12/2017. Fallos: 340:1695.

-----  
-----

La calificación del caso exige “una consideración de intereses que exceden el conflicto bilateral para tener una visión policéntrica, ya que son numerosos los derechos afectados. Por esa razón, la solución tampoco puede limitarse a resolver el pasado, sino, y fundamentalmente, a promover una solución enfocada en **la sustentabilidad futura**, para lo cual se exige una decisión que prevea las consecuencias que de ella se derivan”.

“Barrick Exploraciones Argentinas S.A y otro c/Estado Nacional s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”. 04/06/2019. Fallos 342:917

---

Derecho Humano de acceso al agua potable

No hay duda de que en el caso, existe la necesidad de una tutela judicial urgente, en la medida que está en juego el derecho humano de acceso al agua potable, la salud y la vida de una gran cantidad de personas y al mismo tiempo existe una demora de la demandada en la solución definitiva de esta situación.

Que el acceso al agua potable incide directamente sobre la vida y la salud de las personas, razón por la cual debe ser tutelado por los jueces.

Por esta razón es que en muchos instrumentos internacionales se menciona la tutela del derecho al agua potable. En este sentido, la Resolución A/RES/64/292, del 30/07/2010, de Naciones Unidas, declaró el derecho al agua potable y el saneamiento como derecho humano esencial para el pleno disfrute de la vida y de todos los derechos humanos. Asimismo, numerosos documentos de organizaciones internacionales, incluyen declaraciones en ese sentido, como la que surge de la Observación General N° 15 del “Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales” de Naciones Unidas, que el 15/11/2002, en virtud de la cual se dijo que: “El agua es un recurso natural limitado y un bien público fundamental para la vida y la salud. El derecho humano al agua es indispensable para vivir dignamente y es condición previa para la realización de otros derechos humanos”. La “Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer” (1979), Artículo 14, párr. 2 y el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador” del 17/11/1988, predicen que toda persona tiene derecho a un medio ambiente sano y a contar con los servicios básicos; la “Convención sobre los Derechos del Niño”, Artículo 24, 2° párr. (1989), exige a los Estados Partes que luchen contra las enfermedades mediante el suministro de agua potable salubre. De otro lado, es de recordar que en el mes de septiembre del 2000 los dirigentes de todos los países se comprometieron en la Cumbre del Milenio de las Naciones Unidas a reducir a la mitad para el año 2015 la proporción de personas que carecían de acceso al agua potable o que no podían costearla. Y que en la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible de 2002, celebrada en Johannesburgo, se acordó un objetivo similar para reducir a la mitad, también para el año 2015, las cifras de personas sin saneamiento básico”.

“Kersich, Juan Gabriel y otros c/ Aguas Bonaerenses S.A y otros s/ amparo”. 02/12/2014. Fallos: 337:1361.

-----  
---

El agua como microsistema ambiental

El ambiente es un bien colectivo, de pertenencia comunitaria, de uso común e indivisible (Fallos: 329:2316 y 340:1695). Además del ambiente como macro bien, el uso del agua es un micro bien ambiental y, por lo tanto, también

presenta los caracteres de derecho de incidencia colectiva, uso común e indivisible.

“Buenos Aires, Provincia de c/ Santa Fe, Provincia de s/ sumarísimo - derivación de aguas-“. 03/12/2019. . Fallos 342:2136.

-----  
---

El paradigma jurídico que ordena la regulación del agua es eco-céntrico, o sistémico, y no tiene en cuenta solo los intereses privados o estatales, sino los del mismo sistema, como bien lo establece la Ley General del Ambiente.

“Majul, Julio Jesus c/ Municipalidad de Pueblo General Belgrano y otros s/acción de amparo ambiental”. 11/07/2019. Fallos 342:1203.

-----  
-

Deberes de cuidado al ambiente:

La tutela del ambiente importa el cumplimiento de los deberes que cada uno de los ciudadanos tienen respecto del cuidado de los ríos, de la diversidad de la flora y la fauna, de los suelos colindantes, de la atmósfera. Estos deberes son el correlato que esos mismos ciudadanos tienen a disfrutar de un ambiente sano, para sí y para las generaciones futuras.

“Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ Daños y Perjuicios (Daños Derivados de la Contaminación Ambiental del Río Matanza- Riachuelo)”. 20/06/2006 – Fallos: 326:2316

-----  
---

El ambiente no es para la Constitución Nacional un objeto destinado al exclusivo servicio del hombre, apropiable en función de sus necesidades y de la tecnología disponible, tal como aquello que responde a la voluntad de un sujeto que es su propietario. Ello surge del art. 41 de la Norma Fundamental argentina, que al proteger al ambiente permite afirmar la existencia de deberes positivos en cabeza de los particulares y del Estado. En el derecho infraconstitucional se desarrollan estos deberes en la Ley General del

Ambiente y en el Código Civil y Comercial de la Nación de modo coherente, tanto en el ámbito público como privado (Fallos: 340:1695).

“Buenos Aires, Provincia de c/ Santa Fe, Provincia de s/ sumarísimo - derivación de aguas-“. 03/12/2019. Fallos 342:2136.

-----  
--

Tutela del ambiente como bien colectivo:

En ese sentido la tutela del ambiente importa el cumplimiento de los deberes que cada uno de los ciudadanos tienen respecto del cuidado de los ríos, de la diversidad de la flora y la fauna, de los suelos colindantes, de la atmósfera. Estos deberes son el correlato que esos mismos ciudadanos tienen a disfrutar de un ambiente sano, para sí y para las generaciones futuras (Fallos: 329:2316).

“Saavedra, Silvia Graciela y otro c/ Administración Nacional de Parques y otro s/ amparo Ambiental”, 25/02/2021. Fallos 344:174.

-----  
---

No hay dudas de que la presente causa tiene por objeto la defensa del bien de incidencia colectiva configurado por el ambiente. En este caso, los actores reclaman como legitimados extraordinarios para la tutela de un bien colectivo, el que por naturaleza jurídica, es de uso común, indivisible y está tutelado de manera indisponible por las partes, ya que primero corresponde la prevención, luego la recomposición y en ausencia de toda posibilidad, dará lugar al resarcimiento (Fallos: 326:2316).

Que la ley 25.675 señala concretamente a la protección de un "ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano" por lo que debe tenerse en cuenta que la demanda se refiere a la custodia del ambiente localizado en la Cuenca Hídrica Matanza Riachuelo y, en particular, a la recomposición integral de los daños colectivos ambientales supuestamente causados por la actividad que desarrollan las demandadas.

En este aspecto, cabe mencionar también que la requerida precisión en cuanto a los eventuales casos de contaminación y la determinación de las personas

respectivas se aparta, precisamente, del principio rector establecido en esta materia ya que se atiende a la custodia del ambiente como un todo y no una parte de cada uno de los daños localizados dentro del ámbito exclusivo de las propiedades de los demandados.

“Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ Daños y Perjuicios (Daños Derivados de la Contaminación Ambiental del Río Matanza- Riachuelo)”. 19/02/2015. Fallos: 338:80.

-----  
-

Principio de Resiliencia:

En el campo de los derechos de incidencia colectiva, es fundamental la protección del agua para que la naturaleza mantenga su funcionamiento como sistema y su capacidad de resiliencia.

“Kersich, Juan Gabriel y otros c/ Aguas Bonaerenses S.A y otros s/ amparo”, 02/12/2014. Fallos: 337:1361.

-----  
---

El Tribunal también resaltó que en el presente conflicto tenía una consideración central el derecho humano al agua potable. Sostuvo que el acceso al agua potable incide directamente sobre la vida y la salud de las personas, razón por la cual debe ser tutelado por los jueces y en el campo de los derechos de incidencia colectiva, por lo que es fundamental la protección del agua para que la naturaleza mantenga su funcionamiento como sistema y su capacidad regenerativa y de resiliencia.

“La Pampa, Provincia de c/ Mendoza, Provincia de s/ uso de aguas”. 01/12/2017. Fallos: 340:1695

-----  
-

Importancia del estudio de impacto ambiental

Que la aplicación del principio precautorio en este caso, obliga a suspender las autorizaciones de tala y desmonte y su ejecución en los cuatro departamentos de mención, hasta tanto se efectúe un estudio de impacto acumulativo de dichos procesos.

El estudio referido deberá ser realizado por la Provincia de Salta, en forma conjunta con la Secretaria de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Nación, la que deberá resguardar el respeto de los presupuestos mínimos en la materia. Asimismo, deberá dar amplia participación a las comunidades que habitan en la zona afectada.

Dicho estudio deberá concentrarse en el análisis del impacto ambiental acumulativo de la tala y desmontes señalados sobre el clima, el paisaje y el ambiente en general, así como las condiciones de vida de los habitantes. Deberá proponer asimismo, una solución que armonice la protección de los bienes ambientales con el desarrollo en función de los costos – beneficios involucrados.

“Salas, Dino y otros c/ Salta, Provincia de y otro”. 26/03/2009 - Fallos: 332:663

-----  
---

Que la información aportada muestra que la de autos es **la obra con mayor envergadura** entre las incorporadas al Programa Nacional de Obras Hidroeléctricas (párrafo 6° resolución 932/2011 de la Secretaria de Energía de la Nación); que ello ha sido a pedido de la misma provincia (párrafo 15°, ídem); que formará parte del Sistema Argentino de Interconexión (párrafo 8°, ídem) y que el Poder Ejecutivo Nacional actúa como autoridad concedente (art. 11, 14 Y 15 de la ley 15.336 a los que remite el artículo 4° de la misma resolución).

Tales circunstancias, sumadas a la ausencia de impedimentos fácticos o jurídicos, advertibles a esta altura del proceso, para el cumplimiento de la Ley de Obras Hidráulicas -dictándose la reglamentación pertinente si fuera preciso-, constituyen razones que imponen la suspensión con carácter cautelar de las obras hasta que se implemente el proceso de evaluación de impacto ambiental y audiencia previsto en la ley 23.879, o hasta el momento en que se dicte la sentencia definitiva, lo que suceda en primer término. La suspensión

no incluye las "tareas preliminares" al proyecto ejecutivo y su correspondiente estudio de impacto ambiental.

“Asociación Argentina de Abogados Ambientalistas de la Patagonia c/ Santa Cruz, Provincia de y otro s/ amparo ambiental”, 26/04/2016. Fallos: 339:515.

-----  
----

Facultades judiciales:

En tal contexto, no puede desconocerse que en asuntos concernientes a la tutela del daño ambiental, las reglas procesales deben ser interpretadas con un criterio amplio que, sin trascender el límite de su propia lógica, ponga el acento en su carácter meramente instrumental de medio a fin, que en esos casos se presenta una revalorización de las atribuciones del tribunal al contar con poderes que exceden la tradicional versión del juez espectador (Fallos: 329:3493; 339:201).

La manifiesta verosimilitud del derecho, la relevancia del bien colectivo en juego (Parque Nacional Calilegua), la urgencia en la necesidad de adoptar medidas de prevención, y el ejercicio de las amplias facultades judiciales, dispuestas en el artículo 32 de la Ley 25675, que diseña un papel del juez alejado de la figura del juez espectador, del proceso adversarial clásico, así lo justifican.

“Saavedra, Silvia Graciela y otro c/ Administración Nacional de Parques y otro s/ amparo Ambiental”, 25/02/2021. Fallos 344:174.

-----  
----

Los jueces tienen amplias facultades en cuanto a la protección del ambiente y pueden ordenar el curso del proceso, e incluso darle trámite ordinario a un amparo (causa: “Asociación de Superficiarios de la Patagonia c/ Y.P.F S.A y otros”, Fallos: 327:2967) o bien dividir las pretensiones a fin de lograr una efectiva y rápida satisfacción en materia de prevención (“Mendoza”, Fallos: 329:2316).

“Asociación Multisectorial del Sur en Defensa del Desarrollo Sustentable c/ Comisión Nacional de Energía Atómica”, voto del doctor Ricardo LORENZETTI, 26/05/2010. Fallos: 333:748

---

-

Que de tal manera, el Tribunal como custodio que es de las garantías constitucionales, y con fundamento en la Ley General del Ambiente, en cuanto establece que "el juez interviniente podrá disponer todas las medidas necesarias para ordenar, conducir o probar los hechos dañosos en el proceso, a fin de proteger efectivamente el interés general" (art. 32, ley 25.675), ordenará las medidas que se disponen en la parte dispositiva de este pronunciamiento.

“Asociación Argentina de Abogados Ambientalistas de la Patagonia c/ Santa Cruz, Provincia de y otro s/ amparo ambiental”, 26/04/2016. Fallos: 339:515.

---

----

En virtud de los principios precautorio y de cooperación previstos en la Ley General del Ambiente, dado el carácter binacional del emprendimiento minero, cabe considerar las decisiones jurisdiccionales adoptadas por el país extranjero que ordena la paralización de su construcción y en el marco de las facultades instructorias del juez en el proceso ambiental, corresponde requerir informes sobre el estado de las tareas de Monitoreo y prevención de daños, sin perjuicio de lo que en definitiva se decida respecto de la competencia.

Vargas, Ricardo Marcelo c/ San Juan, Provincia de y otros s/ Daño ambiental”, 01/09/2015. Fallos: 338:811

---

----

Daño ambiental:

Que en este estado de la causa corresponde al Tribunal delimitar las pretensiones con precisión a fin de ordenar el proceso, debiendo a esos fines, distinguirse dos grupos: la primera reclamación se refiere al resarcimiento de la lesión de los bienes individuales, cuyos legitimados activos 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 para la tutela de un bien colectivo, el que por naturaleza jurídica, es de uso común, indivisible y está tutelado de manera no disponible por las partes, ya que primero corresponde la prevención, luego la recomposición y en ausencia de toda posibilidad, dará lugar al resarcimiento.

La presente causa tendrá por objeto exclusivo la tutela del bien colectivo. En tal sentido tiene prioridad absoluta la prevención del daño futuro, ya que según se alega en el presente se trata de actos continuados que seguirán produciendo contaminación. En 2º lugar, debe perseguirse la recomposición de la polución ambiental ya causada conforme a los mecanismos que la ley prevé, y finalmente, para el supuesto de daños irreversibles, el resarcimiento

“Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ Daños y Perjuicios (Daños Derivados de la Contaminación Ambiental del Río Matanza- Riachuelo)”. 20/06/2006. Fallos: 326:2316.

-----  
---

Carácter difuso del daño ambiental:

En particular, es necesario tener en cuenta que la actora ha ejercido su derecho a la recuperación del medio ambiente desde una perspectiva relacionada con la prevención y reparación de un daño que se caracteriza precisamente por su difusión a diversos niveles ecológicos y no a la concentración de lugares concretos.

“Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ Daños y Perjuicios (Daños Derivados de la Contaminación Ambiental del Río Matanza- Riachuelo)”. 19/02/2015. Fallos: 338:80.

Reglas y principios del proceso ambiental:

La circunstancia de que en las actuaciones hayan sido morigerados ciertos principios vigentes en el tradicional proceso adversarial civil y, en general, se hayan elastizado las formas rituales, no configura fundamento apto para permitir la introducción de peticiones y planteamientos en apartamiento de reglas procedimentales esenciales que, de ser admitidos, terminarían por

convertir el proceso judicial en una actuación anárquica en la cual resultaría frustrada la jurisdicción del Tribunal y la satisfacción de los derechos e intereses cuya tutela procura (Fallos 329:3445).

“Provincia de La Pampa c/ Provincia de Mendoza”, 17/03/2009. Fallos: 332:582

-----  
-

---

Proceso colectivo y medidas cautelares

Que concurre en el caso verosimilitud del derecho, puesto que del informe producido a requerimiento de esta Corte se desprende que el Estado Nacional no habría cumplido en su ámbito con ningún procedimiento de evaluación de impacto ambiental y audiencia.

En especial no lo ha hecho en relación con el previsto en los artículos 1º, 2º y 3º de la ley 23.879 (Obras Hidráulicas), sin que se hayan ofrecido, al menos en esta etapa inicial del proceso, razones que expliquen dicha conducta. En su informe, más allá de mencionar que no ha reglamentado la ley –lo cual solo implica un reconocimiento de una omisión de su parte-, no pone en duda su aplicación al caso.

Que también se ve configurado en autos el otro requisito de las decisiones cautelares, el peligro en la demora. Es así, puesto que el 4/02/2015 se impartió la orden de inicio de la obra, en función de la cual se suscribió el 15/02/2015 el acta de inicio. Con posterioridad se realizaron tareas "preliminares o generales destinadas a recopilar información necesaria para la confección del 'Proyecto Ejecutivo de Obra'. Una vez aprobado ese documento se estará en condiciones de comenzar la ejecución de las obras principales". Se agrega, asimismo, que se habían aprobado 13 certificados de obra.

“Asociación Argentina de Abogados Ambientalistas de la Patagonia c/ Santa Cruz, Provincia de y otro s/ amparo ambiental”, 26/04/2016. Fallos: 339:515.

-----  
--

La medida cautelar tendiente a hacer cesar de modo efectivo e inmediato los focos de incendio producto de la quema de pastizales es procedente, si resulta con suficiente evidencia, aun en la instancia cautelar del proceso, que hay una afectación severa de un recurso ambiental o ecológico de naturaleza interjurisdiccional; que hay efectiva degradación ambiental o afectación del

Delta del Río Paraná que compromete seriamente su funcionamiento y sustentabilidad, en tanto su conservación es prioritaria, no solo en interés de las generaciones presentes, sino también en defensa de las generaciones futuras.

Corresponde hacer lugar a la medida cautelar tendiente a que se ordene al Estado Nacional, a las provincias y municipios demandados y a la Provincia de Buenos Aires a hacer cesar de modo efectivo e inmediato los focos de incendio producto de la quema de pastizales, toda vez que el peligro en la demora surge de la necesidad de prevenir y evitar que el daño ambiental colectivo continúe o se agrave la degradación del ambiente (arts. 2, 4, 5, 27 y concordantes de la ley 25.675, y arts. 1710 y 1711, del Código Civil y Comercial de la Nación) en la región del Delta del Paraná.

“Equística Defensa del Medio Ambiente Asociación Civil c/ Santa Fe, Provincia de y otros s/ amparo ambiental”, 11/8/2020. Fallos 343:726.

-----  
-

La sentencia que dejó sin efecto la medida cautelar que dispuso la suspensión de la actividad industrial de la empresa demandada ante posibles emanaciones de efluentes gaseosos y líquidos vertidos sobre el río Paraná, así como por el enterramiento de residuos peligrosos es arbitraria, si el tribunal no realizó el juicio de ponderación al que obliga la aplicación del principio precautorio, según el cual, cuando haya peligro de daño grave e 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 ambiente.

«Asociación Civil Protección Ambiental del Río Paraná c/ Carboquímica del Paraná SA» 02/07/2020. Fallos 343:519.

-----  
--

### Visión policéntrica

Una comprensión completa de tal situación permite concluir que si bien en el sub examine se configura un conflicto específico entre las dos provincias involucradas -que ha sido calificado como interprovincial-, el escenario

subyacente involucra cuestiones de mayor alcance, comprende una amplia región y se vincula con derechos de incidencia colectiva de múltiples afectados, tutelados en la reforma de la Constitución Nacional producida en el año 1994.

Esta calificación de la situación vinculada al presente litigio plantea una consideración de intereses que exceden la dimensión de conflicto bilateral para tener una visión policéntrica, ya que son numerosos los derechos afectados. Por esa razón, su comprensión completa e integral no puede limitarse a resolver el pasado, sino, y fundamentalmente, a promover una solución enfocada en la sustentabilidad futura (Fallos: 340:1695).

Como se ha señalado, la comprensión completa del conflicto relativo a la Laguna "La Picasa", exige una consideración de intereses que exceden el marco de la cuestión debatida en el sub iudice, y demanda superar una dimensión bilateral para tener una visión policéntrica pues requiere de conductas que superan tanto los intereses personales, como los provinciales, en tanto entre otros, hay que tener en cuenta diversos aspectos económicos, sociales, políticos y de ingeniería (art. 10, ley 25.675), que hacen a la sustentabilidad y funcionalidad del ecosistema (art. 240, Código civil y Comercial de la Nación), sino también el interés de las generaciones futuras, cuyo derecho a gozar del ambiente está protegido por el derecho vigente.

“Buenos Aires, Provincia de c/ Santa Fe, Provincia de s/ sumarísimo - derivación de aguas-“. 03/12/2019. . Fallos 342:2136.

-----  
---

Esta Corte, en un reciente pronunciamiento de relevancia en la especialidad (Fallos: 340:1695), dijo que esta calificación del caso exige, por lo tanto, una consideración de intereses que exceden el conflicto bilateral para tener una visión policéntrica, ya que son numerosos los derechos afectados. Por esa razón, la solución tampoco puede limitarse a resolver el pasado, sino, y fundamentalmente, a promover una medida enfocada en la sustentabilidad futura, para lo cual se exige una decisión que prevea las consecuencias que de ella se derivan.

“Saavedra, Silvia Graciela y otro c/ Administración Nacional de Parques y otro s/ amparo Ambiental”, 25/02/2021. Fallos 344:174.

---

-

## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DE BRASIL

**Caso IBAMA c. Municipio de Pitimbu y otros Recurso especial No. 1.782.692 – pb (2018/0268767-7)<sup>273</sup>**

1. La falta o ausencia de vegetación nativa en un sitio, así como su posterior ocupación con construcciones o por actividades prohibidas (non aedificandi), no desaparece la afectación al deber de conservación permanente de las tierras de las que se trate. El daño ambiental ocasionado particularmente por la edificación ilícita en un área de conservación permanente (ACP) produce a cargo de quien lo ocasione el deber de desocupar el sitio protegido, demoler las construcciones, recuperar las áreas afectadas, pagar una indemnización por los daños ambientales generados y, además, restituir los "eventuales" beneficios económicos —directos o indirectos— (plusvalía ambiental) obtenidos por la degradación y por la usurpación de los servicios ecosistémicos del ACP.

2. El derecho a la vivienda no implica el sacrificio del derecho a un medio ambiente ecológicamente equilibrado. Afirmar lo contrario significa negar la esencia ética y jurídica propia del derecho a una ciudad sostenible contemplado en la legislación brasileña. Lo anterior porque el derecho a la vivienda prevé tanto la función social como ecológica de la propiedad. Así, el combate al déficit habitacional no se supera con la degradación ecológica de los ecosistemas y los servicios ambientales.

3. La teoría del hecho consumado no puede utilizarse para tratar de borrar hechos ilícitos. En el derecho ambiental, la devastación de la flora nativa o la ocupación de tierras especialmente protegidas por su importancia para la conservación de sus ecosistemas no protege a quien. Una mirada con lupa a la jurisprudencia de Brasil agradece a la naturaleza. Además, la pretensión del derecho adquirido tampoco puede ser invocada en materia ambiental, porque se basa en un derecho inexistente y porque sería un contrasentido inmoral

---

<sup>273</sup> Sistema Bibliotecario de la Suprema Corte de Justicia de la Nación Catalogación Antología judicial ambiental 2017-2020 : (Diciembre, 2020) / coordinadoras Alejandra Rabasa Salinas, Claudia S. de Windt ; esta obra estuvo a cargo del Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ; en colaboración con el Instituto Judicial Mundial del Ambiente y el Instituto Interamericano de Justicia y Sostenibilidad ; prólogo Ministro Arturo Zaldívar ; prefacio Ministro Michel Wilson, Ministra Michelle Weekes ; autores y colaboradores Jorge Aranda Ortega [y otros diecisiete]. – Primera edición. – Ciudad de México, México : Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2021. 1 recurso en línea (xlix, 301 páginas ; 23 cm.). -- (Derecho y medio ambiente) ISBN 978-607-552-180-0 Material disponible en PDF

admitir que el derecho adquirido puede utilizarse para transgredir el deber de protección al ambiente y validar la generación de daños al ambiente que causa perjuicio tanto a las generaciones presentes como a las futuras.

4. En el sistema jurídico para la protección del medio ambiente y la diversidad biológica de Brasil, que se funda en el principio de la preservación de la integridad climática, toda acción estatal o privada debe tomar en consideración el conocimiento y las advertencias acerca de la ciencia y de los riesgos del cambio climático, para evitar la eliminación o el deterioro de espacios ecológicamente invaluableles como las áreas de conservación.

En esta sentencia emblemática, el TSJ resolvió también que en el Estado social de derecho el derecho a la vivienda no es un derecho fundamental absoluto, pues está limitado por otros derechos igualmente prestigiosos, como el derecho a la salud, a la seguridad o a un medio ambiente ecológicamente equilibrado (pág. 14, párr. 2). Por esta razón, el derecho a la vivienda no implica el sacrificio del derecho a un medio ambiente ecológicamente equilibrado. Sobre este punto, la sentencia del Tribunal señala que afirmar lo contrario es un falso dilema, ya que, de ese modo, se niega la esencia ética y jurídica propia del derecho a una ciudad sostenible, establecido en la Ley 10.257/2001, art. 2, I., toda vez que el derecho fundamental a la vivienda comprende la función social y ecológica de la propiedad (pág. 15, párr. 1).

Para el Tribunal esto implica que el combate al déficit habitacional, por medio de la regulación urbanística de interés social para población de bajos ingresos, no puede realizarse a expensas de una degradación ecológica de los bienes ambientales de la sociedad brasileña (pág. 15, párr. 1). En este mismo sentido, sobre la construcción de casas de veraneo y de establecimientos comerciales, el Tribunal constitucional determinó que estas edificaciones tampoco encajan de ningún modo con las excepciones que prevé la legislación brasileña para la autorización de construcciones en APC (pág. 16, párr. 2 y pág. 17, párr. 1).

## **Función Ecológica de la Propiedad**

### **Superior Tribunal de Justicia Brasil. Recurso especial 948.921, 2005<sup>274</sup>.**

En sentencia, el voto del ministro Herman Benjamín señala que: “Las áreas de protección permanente y la reserva legal dan cuerpo y concretan la función ecológica de la propiedad. Se presentan como imposiciones genéricas, provenientes directamente de la ley. Sinn, por causa de ese enfoque, presupuestos intrínsecos o límites internos del derecho de propiedad y de la posesión. Consecuentemente, las obligaciones de ahí derivadas tienen una clara naturaleza *propter rem* (en razón de la cosa), esto es, se adhieren al

---

274

Disponibile en <http://amazonia.ibam.org.br/jurisprudencia/download/VOD8u&&7C&&7CmfEBOCKyjBJjPtqUITY6Dalk6ODxEnZrIIKYc&&3D>

titular del derecho real y acompañan a los nuevos propietarios y poseedores hasta el infinito, independientemente de su manifestación de voluntad, expresa o tácita”.

Además señala que: “Décadas de uso ilícito de la propiedad rural no dan salvoconducto al propietario o poseedor para que continúe ejecutando actos prohibidos o tornan legales prácticas prohibidas por el legislador, sobre todo en el ámbito de los derechos indisponibles, que todos aprovechan, inocuos generaciones futuras”.

-----  
**Superior Tribunal de Justicia Brasil (STJ). Recurso especial 1.240.122, 2011<sup>275</sup>.**

Específicamente, al respecto de la flora, el propio Código Forestal de 1965, se encarga de decir que los bosques existentes en el territorio nacional y las demás formas de vegetación, reconocidas con utilidad que revisten para la tierra, son bienes de interés común de todos los habitantes del país, ejerciéndose los derechos de propiedad con las limitaciones que la legislación general y especial de este país establecen (art. 1º, encabezado). He ahí uno de los ejemplos más expresivos de la densificación en el ordenamiento jurídico brasileño, de la función ecológica de la propiedad y del principio de solidaridad intra e intergeneracional.

### **Imprescriptibilidad de la Acción.**

Recurso especial 647.493, 2007<sup>276</sup>

Con relación a la prescripción, tratándose de la pretensión que busca la recuperación del medio ambiente degradado, es imprescriptible la acción colectiva. En sentido es relevante transcribir la doctrina de Hugo Nigro Mazzalli: “Tratándose de un derecho fundamental, indisponible, común a toda la humanidad, no se puede someter a la prescripción, pues una generación no puede imponer a las siguientes generaciones la eterna carga de soportar la práctica de comportamientos que pueden destruir el propio hábitat de los seres humanos. También la actividad degradadora continua no se sujeta a la prescripción: la permanencia de la causación del daño también repugna a la prescripción, pues los daños pasados acrecientan los actuales (La defensa de

---

<sup>275</sup> Disponible en <http://amazonia.ibam.org.br/jurisprudencia/download/j87xxlzGNZS9g&&7C&&7Cv9ZgbjvVaK62SjBNb2GLI6M3wIng&&3D>

<sup>276</sup> [http://www.planetaverde.org/arquivos/biblioteca/arquivo\\_20131125214112\\_7037.pdf](http://www.planetaverde.org/arquivos/biblioteca/arquivo_20131125214112_7037.pdf)

los intereses difusos en juicio, 17° edición, p. 515)”. En el presente caso, el Tribunal a quo manifestó en su entendimiento de que el daño apuntado por el Ministerio Público tiene la característica de continuidad, hecho que, inequívocamente, aleja la hipótesis de que corra el plazo de prescripción”.

---

### **Carga de la prueba**

Recurso especial 883.656, 2012<sup>277</sup>

En el proceso civil, la técnica de la carga dinámica de la prueba concreta y aglutina los cánones de solidaridad, de facilitar el acceso a la Justicia, de la efectividad de la prestación jurisdiccional y del combate a las desigualdades, bien como de un renovado debido proceso, todo para exigir una genuina y sincera cooperación entre los sujetos en la demanda, teniendo por aspiración final alejar la *probatio diabólica* del camino de los sujetos vulnerables ... modifica la incidencia del *onus probando*, transfiriéndolo para la parte en mejores condiciones de soportarlo o cumplirlo eficientemente, tanto más en relaciones jurídicas ora que claudiquen derechos indisponibles o intergeneracionales ... El legislador, la doctrina y la jurisprudencia convergen en la suavización de la inflexibilidad del régimen del art. 333 del Código de Proceso Civil particularmente en los procesos colectivos ... En el campo del Derecho Ambiental, son aplicables con mayor razón los fundamentos teórico-dogmáticos de la carga de la prueba dinámica, anteriormente aludidos. Pero no es sólo eso. La propia naturaleza indisponible del bien jurídico protegido (medio ambiente), de proyección intergeneracional, ciertamente favorece una actuación incisiva y proactiva del juez, que sea para salvaguardar los intereses de los incontables sujetos ausentes, por jueces, a saber, toda la humanidad y las generaciones futuras ... La incidencia del principio de precaución, el propio transmisor por excelencia de la inversión de la carga de la prueba en base al principio *in dubio pro natura*, induce a un igual resultado en la dinámica de la prueba ... La manifestación jurídica de la complejidad de los procesos ecológicos y de la creciente estima ética, política y legal de la garantía de calidad ambiental, el principio *in dubio pro natura, pro damnatio* (en caso de duda, a favor del perjudicado o víctima), utilizado principalmente en la tutela física de las personas. Nadie cuestiona que, como derecho fundamental de las presentes y futuras generaciones, el medio ambiente ecológicamente equilibrado reclama tutela judicial comprensiva, eficaz y eficiente, no contentándose con iniciativas materiales y procesales retóricas, cosméticas, teatrales o de fantasía. Consecuentemente, el Derecho Procesal Civil debe ser compatibilizado con esa prioridad, constitucional y legal, dado su carácter instrumental, pero no por eso menos poderoso y decisivo en hacer viable o

---

<sup>277</sup> [http://www.planetaverde.org/archivos/biblioteca/archivo\\_20131123195922\\_9398.pdf](http://www.planetaverde.org/archivos/biblioteca/archivo_20131123195922_9398.pdf)

negando el mayor deseo del legislador – una genuina y objetiva facilitación del acceso a la justicia para los litigios ambientales”.

---

### **Principio in dubio pro natura**

STJ Brasil. Recurso especial 883.656, 2006 <sup>278</sup>

“Dicho de otra forma, puede decirse que, en el contexto del Derecho Ambiental, el adagio *in dubio pro reo* es transmutado, en el rastro del principio de precaución, en *in dubio pro natura*, acarreado consigo una fuerte presunción en favor de la protección de la salud humana y de la biota. Tal, obvio, coloca la responsabilidad por la demostración de la seguridad en cabeza de aquellos que conducen actividades potencialmente peligrosas, o que simboliza claramente “un nuevo paradigma”: antes, el poluidor se beneficiaba con la duda científica, en el futuro, la duda funcionará en beneficio del ambiente (Nicolás de Sadeleer, *Environmental Principles: From Political Slogan to Legal*, Oxford University Pressm 2992, p. 203)”.

---

### **Prohibición de retroceso ambiental (no regresión)**

Recurso especial 302.906, 2010<sup>279</sup>

La definición de estándares de protección considerados esenciales a la dignidad de la vida no pueden ser mitigados y el derecho al ambiente sano es instrumental a la dignidad de la vida.

La regresión de estándares ambientales es inconstitucional si no es justificada por argumentos relevantes e inminentes relativos a otro derecho fundamental.

Se afirma la existencia de derechos adquiridos ambientales.

---

<sup>278</sup> [http://www.planetaverde.org/arquivos/biblioteca/arquivo\\_20131123195922\\_9398.pdf](http://www.planetaverde.org/arquivos/biblioteca/arquivo_20131123195922_9398.pdf)

<sup>279</sup> Disponible en

<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19133048/recurso-especial-resp-302906-sp-2001-0014094-7-stj/relatorio-e-voto-19133050>

## MEXICO

### 1- Sentencia de la Suprema Corte de Justicia de México en el amparo en revisión 410/2013. El proyecto de sentencia fue propuesto por el Ministro José Ramón Cossío Díaz.<sup>280</sup>

La Primera Sala estimó que las normas de protección al medio ambiente no tienen efecto retroactivo alguno. Las prohibiciones y especificaciones contenidas en ellas tienen como propósito, a partir de su entrada en vigor, la protección del medio ambiente y deben ser acatadas por los particulares y por la autoridad competente para aquellos casos en los cuales una obra o actividad pueda poner en peligro un humedal costero, pero de ninguna forma se advierte que tengan por efecto desconocer alguna autorización otorgada con anterioridad.

Además, la Primera Sala de la Corte estimó que la inconforme no contaba con derechos adquiridos con relación al otorgamiento de una prórroga en el plazo concedido para el desarrollo de su predio.

Así, los ministros determinaron que tampoco se trata de una expropiación pues únicamente se establecen modalidades al derecho de propiedad de la quejosa, lo cual es acorde al artículo 27 constitucional. Por último, la Sala sostuvo que no se violó el derecho fundamental a la igualdad de la quejosa pues es claro que el establecimiento de dichas limitaciones atiende a que en los citados predios habitan comunidades de mangle, motivo por el cual su situación fáctica es distinta a la de aquéllos en los que no existen tales. De ahí que se haya resuelto que los actos reclamados constituyen medidas razonables y proporcionales en atención al interés social.<sup>281</sup>

### 2) Primera Sala, amparo en revisión 307/2016, promovido por Liliana Cristina Cruz Piña y otra c. actos del presidente municipal de Tampico, estado de Tamaulipas, y otras autoridades (Laguna del Carpintero)<sup>282</sup>.

---

<sup>280</sup> Disponible en [www2.scjn.gob.mx/juridica/engroses/1/2013/2/2\\_154841\\_1768.do](http://www2.scjn.gob.mx/juridica/engroses/1/2013/2/2_154841_1768.do)

<sup>281</sup> <http://www.poderjudicialchiapas.gob.mx/forms/archivos/3c65constitucional-que-la-cfc-requiera-informes-y-documentos-para-sus-investigaciones-sobre-monopolios.pdf>

<sup>282</sup> En: [https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/listas/documento\\_dos/2018-11/AR-307-2016-181107.pdf](https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/listas/documento_dos/2018-11/AR-307-2016-181107.pdf), [https://www.supremacorte.gob.mx/sites/default/files/actas-sesiones-publicas/documento/2018-11-21/acta%20de%20sesion%20publica%2014%20de%20noviembre%20de%202018%2039%20INTERNET\\_0.pdf](https://www.supremacorte.gob.mx/sites/default/files/actas-sesiones-publicas/documento/2018-11-21/acta%20de%20sesion%20publica%2014%20de%20noviembre%20de%202018%2039%20INTERNET_0.pdf).

La Suprema Corte de Justicia de México modificó la sentencia recurrida, confirmó el sobreseimiento de Liliana Cristina Cruz Piña, concedió el amparo solicitado por Diana Paola de la Cruz Piña y declaró infundado el recurso de revisión adhesiva.

1. El derecho a vivir en un medio ambiente sano es un derecho humano que faculta a las personas, como parte de una colectividad, para exigir la protección efectiva del medio ambiente. El ámbito de tutela de este derecho busca regular las actividades humanas para proteger la naturaleza y su valor intrínseco, y mantener un medio ambiente sano y digno. El fundamento de este derecho es la solidaridad, que entraña un análisis de interés legítimo y no de derechos subjetivos y de libertades: la idea de obligación prevalece sobre la de derecho, pues estamos ante responsabilidades colectivas más que ante prerrogativas individuales.

Este derecho posee una dimensión doble: la objetiva o ecologista, que protege el medio ambiente como un bien jurídico fundamental en sí mismo que atiende a la defensa y restauración de la naturaleza y sus recursos con independencia de sus repercusiones en el ser humano, y la subjetiva o antropocéntrica, según la cual la protección de este derecho constituye una garantía para la realización y vigencia de los demás derechos de la persona. La salvaguarda efectiva de la naturaleza no solo descansa en la utilidad que representa para el ser humano, sino también en la convicción de que el medio ambiente exige una protección per se. La vulneración de cualquiera de estas dos dimensiones constituye una violación del derecho humano al ambiente.

El art. 4 de la Constitución de México prevé el derecho al medio ambiente como un auténtico derecho humano, y el bien jurídico protegido es el “medio natural”, entendido como el entorno en el que se desenvuelve la persona y está caracterizado por el conjunto de ecosistemas y recursos naturales que permiten el desarrollo integral del individuo. Por lo tanto, el Estado mexicano debe garantizar ambas dimensiones del derecho al medio ambiente sano, o, lo que es lo mismo, velar por una protección autónoma del medioambiente que no esté sujeta a la vulneración de otros derechos. El objetivo de este ámbito de tutela es evitar el daño ecológico que pueda producir la intervención del hombre en la administración de los recursos naturales y que afecte los intereses difusos y colectivos cuya reparación pertenece, como ultima ratio, a la sociedad en general.

El derecho ambiental se fundamenta en numerosos principios que guían la actividad jurisdiccional. Por un lado, el principio de precaución, una herramienta para resolver situaciones de incertidumbre, pues, ante el peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no justifica postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos. La anticipación es fundamental para prevenir, vigilar e impedir la degradación del medio ambiente. Según este principio, cuando la experiencia empírica refleja que una actividad es riesgosa para el medio ambiente, resulta necesario

adoptar todas las medidas necesarias para evitarlo o mitigarlo aun cuando no exista certidumbre sobre el daño ambiental. Por otro lado, el principio in dubio pro natura, vinculado con los principios de prevención y precaución: ante la duda sobre la certeza o exactitud científica de los riesgos ambientales, se debe resolver a favor de la naturaleza.

2. El manglar es un humedal de tipo pantanoso-salobre que es afectado por las mareas y marca la transición entre el mar y la tierra. Crecen árboles y arbustos, especialmente el mangle rojo, comúnmente asociado con los estuarios, los arrecifes de coral y las marismas. Es un ecosistema irremplazable por la importancia de sus funciones: hidrológica, biológica, química, ecológica, económica, cultural y social. La función química más importante es su capacidad de mantener la calidad del agua. De hecho los manglares comenzaron a ser utilizados como plantas de tratamiento de agua residual. En el ámbito internacional, México forma parte de la Convención sobre los Humedales, que reconoce los humedales como reguladores de los regímenes hidrológicos y como hábitat de fauna y flora características. Por lo tanto, constituye un recurso de gran valor económico, cultural, científico y recreativo, cuya pérdida es irreparable.

En el ámbito nacional hay normas que establecen las especificaciones para la preservación, conservación, aprovechamiento sustentable y restauración de los humedales costeros en zonas de manglar, reconocen los beneficios que generan para la población, e identifican al mangle rojo, negro y blanco como especies amenazadas. La protección de los humedales es una prioridad nacional e internacional que ha llevado a México a establecer una regulación estricta. Cualquier análisis debe seguir un criterio de máxima precaución y prevención.

3. El medio ambiente, indispensable para la conservación de la especie humana, es un bien público cuyo disfrute o daño afecta a toda la comunidad en general, por lo cual su defensa y titularidad es de carácter difuso, y debe ser reconocido en lo individual y en lo colectivo.

La protección de esta especial categoría de derechos ha incorporado conceptos como el interés legítimo. El reconocimiento del interés legítimo no supone necesariamente la posibilidad de una acción popular, ya que no se busca tutelar un interés genérico de la sociedad, sino garantizar el acceso a la justicia ante lesiones a intereses puntuales. Quien alega un interés legítimo debe tener una relación directa con el medio ambiente, lo que le permite exponer el agravio de modo diferenciado al resto de los demás integrantes de la sociedad. Por ello, el interés legítimo para promover un amparo en materia ambiental depende de la especial relación de la persona o la comunidad con el ecosistema vulnerado y los beneficios que genera. La privación o afectación de los beneficios de un ecosistema determina la posición del accionante para acudir al juicio de amparo a reclamar su protección, pues le permite formular

un agravio diferenciado frente al resto de las personas que pueden sentirse afectadas por el daño al medio ambiente.

Por su parte, el Estado tiene la obligación de fomentar la participación del ciudadano en la defensa del medio ambiente y crear entornos propicios. Los juzgadores tienen la obligación de hacer una interpretación amplia en relación con la legitimación activa en el juicio de amparo en materia ambiental para acreditar que el accionante es beneficiario de los servicios ambientales que

4. La construcción del Parque Temático Ecológico de la Laguna del Carpintero se proyectó en un terreno aledaño a la laguna. Es una zona de humedales conectada con el río Pánuco y con el mar en el que crecen el mangle rojo, negro y blanco, especies sujetas a una protección especial, y que contiene el ecosistema de manglar. El área específica en la que se pretende desarrollar el proyecto está ubicada dentro del sitio prioritario del manglar, que cuenta con un corredor biológico de aves y en el que se dan procesos de remoción y regeneración del manglar.

El humedal de la Laguna del Carpintero es un ecosistema con diversas áreas de influencia y genera beneficios locales, como control de inundaciones, barrera contra huracanes y retención y formación de suelo, y regionales, como la captación, infiltración y provisión de agua y protección de costas, y, finalmente, también globales como la mitigación de los efectos del cambio climático y la protección de la biodiversidad.

5. El rol del juez de amparo en juicios que involucren el derecho humano al medio ambiente debe evolucionar para encontrar una respuesta más ágil, adecuada y eficaz, sin abandonar las reglas que rigen el proceso de amparo, sino dotarlas de funcionalidad frente a la especial configuración de este derecho humano. En efecto, la protección del derecho humano al medio ambiente está estrechamente ligada al conocimiento científico y/o técnico y esta particularidad dificulta la defensa ciudadana del derecho, porque los elementos probatorios son de difícil acceso y comprensión e implican un costo elevado. Existe una situación de desigualdad entre la autoridad responsable y el vecino, ciudadano, habitante, poblador, afectado, beneficiario, usuario o consumidor, por lo que, en función del principio de participación ciudadana, se deben adoptar medidas que corrijan esta asimetría. Para hacerlo, el juzgado cuenta con dos herramientas: a) la reversión de la carga probatoria conforme al principio de precaución (se pone en cabeza de la autoridad responsable la acreditación de la inexistencia del daño al medio ambiente) y b) su papel activo para obtener los medios de prueba necesarios (está facultado para recabar de oficio las pruebas pertinentes para conocer con precisión el riesgo de daño ambiental, sus causas y repercusiones).

6) La Sala consideró que el desarrollo de un proyecto sin la autorización de impacto ambiental exigida implicaba la desprotección del medio ambiente y la

vulneración al art. 4 de la Constitución, por lo que fue innecesario contar con más elementos para probar el daño. También resultó innecesario valorar las pruebas ofrecidas por el municipio de Tampico, pues quedó acreditado que el proyecto ponía en riesgo los manglares de la zona.

Además, en términos del principio de participación ciudadana y el correlativo de iniciativa pública, si bien el ciudadano tiene un derecho-deber de proteger el medio ambiente, lo cierto es que el obligado principal a acatar la normativa ambiental es el Estado. Es suficiente que un ciudadano demuestre que la autoridad incumplió con su deber de garante para considerar vulnerado el derecho humano al medio ambiente y conceder la protección constitucional. Por lo expresado, la Sala concluyó que las autoridades responsables vulneraron el principio de legalidad previsto en los arts. 14 y 16 de la Constitución, porque desarrollaron actos en contravención de normas de orden público en materia ambiental y, además, violaron en perjuicio de la accionante el art. 4º de la Constitución al poner en riesgo el ecosistema en cuestión.

En consecuencia, la Sala concedió el amparo y la protección de la Justicia federal.

8. La protección fue concedida para que las autoridades responsables: a) se abstengan de ejecutar el proyecto Parque Temático Ecológico Laguna del Carpintero, y b) restituyan la zona de mangle ubicada en el área en que se desarrolla el proyecto.

La falta del estudio de impacto ambiental dejó en grave estado de desprotección al ecosistema de humedales y obligó a tomar medidas para remediarlo, como ordenar el cese de acciones que continúen o agraven el riesgo.

Con relación a la restitución del ecosistema en el Parque Ecológico Laguna del Carpintero, la Sala concedió protección constitucional a la accionante en virtud de que los actos reclamados ponen en riesgo grave a los humedales. La Sala estimó necesario que las autoridades federales especializadas y competentes en la materia emitan lineamientos de acción para la recuperación y conservación del área de manglar ubicada en el Parque Ecológico Laguna del Carpintero y que las autoridades responsables atiendan cabalmente esos lineamientos.

-----  
--

**ESTADOS UNIDOS**

**Corte suprema. “Weyerhaeuser Co. v. United States Fish and Wildlife Service et al”. Sentencia del 27-11-2018<sup>283</sup>.**

Sostuvo la Suprema Corte:

1. De acuerdo con el art. 1533.a.3.A.i, un área puede ser elegida para ser designada como hábitat crítico solo si forma parte del hábitat de la especie en cuestión. Esa norma —única fuente legal para las designaciones de hábitat crítico— establece que el funcionario, a la hora de calificar una especie como en peligro de extinción, también debe “designar cualquier hábitat de esa especie considerado en ese momento como hábitat crítico”. La norma no autoriza al funcionario a designar un área como hábitat crítico a menos que constituya un hábitat para la especie. La definición autoriza al funcionario a identificar un subconjunto de hábitats críticos, pero deja sin definir la categoría más amplia de hábitat.

En el presente caso, el organismo no puso en tela de juicio que el hábitat crítico deba ser un hábitat para la especie, pero argumentó que puede incluir áreas que, como la Unidad 1, requerirían un cierto grado de modificación para mantener una población sostenible de una especie determinada. Weyerhaeuser insistió en que el hábitat no puede incluir áreas donde actualmente la especie no pueda sobrevivir.

A su vez, el organismo negó la afirmación que surge de las actuaciones administrativas que demuestra que la rana no podría sobrevivir en la Unidad 1.

El tribunal de apelaciones —que no tuvo oportunidad de interpretar el término “hábitat” del art. 1533.a.3.A.i o analizar las consideraciones de índole administrativa de la entidad con respecto a la Unidad 1— debería abordar estas cuestiones en primer lugar.

2. La decisión del funcionario de no excluir un área del hábitat crítico en términos del art. 1533.b.2 está sujeta a control judicial. La Ley de Procedimiento Administrativo crea una “presunción básica de control judicial” del accionar del organismo administrativo (*Abbott Laboratories v. Gardner*, 387 US 136, p. 140, 1967). El organismo alegó que, en este caso, cae esa presunción porque la medida está “vinculada con el margen de discrecionalidad otorgado por ley al organismo” (art. 701.a.2 del Título 5 del Código de los Estados Unidos), ya que el art. 1533.b.2 es una de esas normas excepcionales “redactadas de modo tal que un tribunal no cuente con un estándar de peso con el cual juzgar el ejercicio discrecional del ente” (*Lincoln v. Vigil*, 508 US 182, p. 191, 1993)

-----  
-

---

<sup>283</sup> En [https://www.supremecourt.gov/opinions/18pdf/17-71\\_omjp.pdf](https://www.supremecourt.gov/opinions/18pdf/17-71_omjp.pdf).

Sentencia del 4-3-21. “United States Fishand Wildlife Service Et Al. v. Sierra Club, Inc.”<sup>284</sup>.

Sostuvo la Suprema Corte:

1. La Ley de Libertad de Información ordena la divulgación de los documentos elaborados por las agencias estatales federales, a menos que esos documentos se encuentren alcanzados por determinadas excepciones (ver art. 552.b del Título 5 del Código de los Estados Unidos). Una de esas excepciones es el privilegio del que goza el proceso deliberativo, que garantiza la no divulgación de los documentos que reflejen deliberaciones y opiniones consultivas sobre el procedimiento que utiliza el Gobierno para elaborar sus decisiones y políticas (ver *NLRB v. Sears, Roebuck & Co.*, 421 U.S.132, p. 150 —1975—). La excepción de privilegio tiene como objetivo fortalecer la toma de decisiones de la agencia u órgano del Estado, ya que promueve la imparcialidad y mitiga el efecto desalentador que implica la perspectiva de la divulgación. La excepción hace una distinción entre los documentos deliberativos exceptuados de ser divulgados y los que no lo están, que son los documentos que reflejen la decisión final tomada por una agencia estatal y que expongan sus fundamentos (ver *Renegotiation Bd. v. Grumman Aircraft Engineering Corp.*, 421 U.S. 168, p. 186 —1975—). Un documento no representa la decisión final de una agencia únicamente porque es el último y nada le sigue a continuación; en ocasiones una propuesta pierde vigor o languidece. El punto relevante es si la agencia considera al escrito como su visión final y como conclusión del proceso deliberativo para elaborar las decisiones y políticas gubernamentales, lo que le otorga al documento un “efecto operativo real” (ver *Sears*, 421 U.S, p. 150,160).

2. La excepción de privilegio que alcanza al proceso deliberativo protege de la divulgación a los dictámenes de las opiniones biológicas, ya que reflejaban un punto de vista preliminar —y no una decisión final— sobre el reglamento propuesto por la agencia en 2013. El contexto administrativo confirma que los proyectos de las opiniones estaban sujetos a modificaciones y no tuvieron consecuencias legales directas. Dado que los encargados de tomar las decisiones no aprobaron ni enviaron los escritos a la agencia, su descripción más adecuada no es como documentos internos de opiniones biológicas, sino como borradores de borradores de opiniones biológicas. Si bien los escritos podrían haber tenido el efecto práctico de causar que la agencia revise el reglamento propuesto, la excepción de privilegio es aplicable al caso porque los servicios no consideraron a los documentos como definitivos.

---

## CANADA

---

<sup>284</sup> En [https://www.supremecourt.gov/opinions/20pdf/19-547\\_new\\_i42k.pdf](https://www.supremecourt.gov/opinions/20pdf/19-547_new_i42k.pdf)

## **Corte Federal de Toronto: Las cuestiones vinculadas con el desempeño del Estado en la implementación de las medidas de mitigación de los efectos del Cambio Climático no son justiciables<sup>285</sup>**

La demandante, Friends of the Earth, es una organización canadiense sin fines de lucro, cuyo objeto la protección del ambiente a nivel nacional y global. Cuenta con 3500 miembros canadienses y forma parte de una federación internacional con representación de 70 países.

Sus presentaciones (tres en total) ante la Corte, tuvieron como objetivo el supuesto incumplimiento por parte de las autoridades competentes del Estado, de determinadas obligaciones derivadas de la Ley de Aplicación del Protocolo de Kyoto.

Las tres solicitudes estaban estrechamente relacionadas y se ordenó que fueran escuchadas consecutivamente y debido a que todas estas solicitudes estaban basadas en hechos materiales comunes e implicaban cuestiones interrelacionadas, resultaban pasibles de una sola decisión.

Básicamente, las peticiones estuvieron vinculadas con la falta de elaboración de un plan de acción por parte del Ministro de Ambiente, la falta de adecuación y publicación de las normas que asegurasen el cumplimiento de los mencionadas obligaciones. Alegaron que el texto de la ley resultaba claro y obligatorio y que los demandados se habían rehusado a cumplir con las obligaciones impuestas por el Parlamento.

Los demandados afirmaron que los deberes estatutarios que resultaban objeto de estas solicitudes no eran susceptibles de revisión judicial. En particular, afirmaron que la ley de Aplicación del Protocolo de Kyoto creaba un sistema de rendición de cuentas parlamentaria que la Corte no podía ni debía evaluar. En resumen, afirmaron que la rendición de cuentas por su incumplimiento de las obligaciones de Canadá en el Protocolo de Kyoto residía en el Parlamento y no podía ser evaluado por los tribunales.

La Corte entendió que las cuestiones planteadas por estas solicitudes estaban referidas a la interpretación de varias de las disposiciones de la ley de Aplicación del Protocolo de Kyoto, a fin de determinar si las responsabilidades impuestas a los funcionarios demandados eran justiciables.

En este sentido, la decisión final dijo que "la Corte no tiene ningún papel que desempeñar para revisar la razonabilidad de la respuesta del gobierno a los compromisos a cargo de Canadá que se encuentran vinculados con la ley de Aplicación del Protocolo de Kyoto. Si bien puede haber una función limitada de la Corte en la aplicación de los elementos claramente obligatorios de la Ley, como los que requieren la preparación y publicación de los Planes de

---

<sup>285</sup> 2008 FC 1183, Disponible en <http://reports.fja-cmf.gc.ca/eng/2009/2008fc1183.html>

Cambio Climático, declaraciones e informes, no son asuntos que se hallan planteado en estas actuaciones”

En consecuencia, estas tres solicitudes fueron desestimadas.

La importancia de este caso es que hasta el momento, todos los tribunales canadienses han dictaminado que la política de cambio climático no es "justiciable" y que la evaluación en el desempeño de estas cuestiones le corresponde al Parlamento y no a los tribunales.

## COLOMBIA

**Sentencia STC4360-2018 de abril 5 de 2018, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN CIVIL, STC4360-2018, Rad.: 11001-22-03-000-2018-0 0319-01, (Aprobado en sesión de cuatro de abril de dos mil dieciocho)<sup>286</sup>**

En febrero de 2018, la Sala de Casación Civil especializada en Restitución de Tierras del Tribunal Superior Judicial de Bogotá, rechazó la tutela de los derechos a gozar de un ambiente sano, vida y salud de “un grupo de 25 niños, niñas, adolescentes y jóvenes adultos entre 7 y 25 años de edad, que viven en ciudades que hacen parte de la lista de ciudades de mayor riesgo por cambio climático, con una esperanza de vida de 78 años en promedio, razón por la cual esperan desarrollan su vida adulta entre 2041-2070 y su vejez desde 2071”, en contra de la Presidencia de la República, Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, y la Unidad Administrativa Especial de Parques Nacionales Naturales, y las Gobernaciones de Amazonas, Caquetá, Guainía, Guaviare, Putumayo y Vaupés, por el incremento de la deforestación en la Amazonía lo que sostienen vulnera sus derechos “supralegales” a gozar de un medio ambiente sano, derecho a la vida y salud. El Tribunal consideró que la tutela no era el mecanismo idóneo para proteger esta clase de derechos colectivos. Frente a esa sentencia, se dedujo impugnación ante la Corte Suprema de Justicia de Colombia invocando la protección de sus derechos fundamentales, individuales y colectivos.

La Corte Suprema de Justicia de Colombia, el 5 de abril de 2018, revocó la sentencia que rechazó la tutela de derechos iusfundamentales, y ordenó

---

<sup>286</sup> Disponible en <https://observatoriop10.cepal.org/es/jurisprudencia/sentencia-la-corte-suprema-justicia-colombia-stc-4360-2018>; [http://legal.legis.com.co/document?obra=jurcol&document=jurcol\\_c947ae53aeb447bd91e8e9a315311ac5](http://legal.legis.com.co/document?obra=jurcol&document=jurcol_c947ae53aeb447bd91e8e9a315311ac5)

medidas adicionales. Instruyó a la Presidencia de la República, al Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible y al Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural para que formule un plan de acción que contrarreste la tasa de deforestación en la Amazonía, y asimismo construya un pacto intergeneracional por la vida del Amazonas colombiano (PIVAC); a los municipios para que actualicen los planes de ordenamiento territorial y que contemplen un plan de acción de reducción cero de la deforestación; a la Corporación para el Desarrollo Sostenible del Sur de la Amazonía y otros, para que elaboren un plan de acción que solucione los problemas de deforestación. Finalmente, a todos los querellados para que incrementen acciones para mitigar la deforestación.

Para el Tribunal, es claro que en este caso, el peligro de la deforestación está vigente en las zonas donde viven los tutelantes y que su intervención para mermar los riesgos debe ser detenida de inmediato.

Explica la Corte que “desde la judicatura, se debe propugnar en el Estado Constitucional, por el reconocimiento efectivo de los derechos” y aplicar medidas para protección de derechos, “que aun cuando en principio pareciera se orientan a la protección de intereses colectivos”, “sustancialmente, apuntan a la defensa de los derechos esenciales de la persona”.

Entre las acciones ordenadas, la Sala de Casación Civil dispone la elaboración del “Pacto Intergeneracional por la Vida del Amazonas Colombiano–PIVAC” en donde se adopten medidas encaminadas a reducir a cero la deforestación y los gases efecto invernadero.

También, ordenó a todos los municipios de la Amazonia colombiana la incorporación de componentes de preservación medioambiental en planes de ordenamiento territorial, y la ejecución efectiva de medidas policivas, judiciales y administrativas por parte de las tres corporaciones autónomas regionales con jurisdicción en el territorio amazónico: la Corporación para el Desarrollo Sostenible del Sur de la Amazonia CORPOAMAZONIA, la Corporación para el Desarrollo Sostenible del Norte y el Oriente Amazónico CDA, y la Corporación para el Desarrollo Sostenible del Área de Manejo Especial La Macarena- CORMACARENA.

La Corte Suprema estableció que el Estado colombiano no ha enfrentado eficientemente la problemática de la deforestación en la Amazonía, pese a haber suscrito numerosos compromisos internacionales y a existir en el país suficiente normatividad y jurisprudencia sobre la materia.

Sostuvo además que “en aras de proteger ese ecosistema vital para el devenir global, tal como la Corte Constitucional declaró al río Atrato, se reconoce a la Amazonía Colombiana como entidad, ‘sujeto de derechos’, titular de la protección, de la conservación, mantenimiento y restauración a cargo del

Estado y las entidades territoriales que la integran”, consigna la sentencia de la Sala de Casación Civil.

En definitiva, la Corte Suprema de Justicia encontró que el gobierno nacional y las autoridades locales y regionales no están cumpliendo adecuadamente con los compromisos adquiridos para resguardar la Amazonía.

Por ello, decidió:

Revocar la sentencia desestimatoria de 12 de febrero de 2018, dictada por la Sala Civil Especializada en Restitución de Tierras del TSJ de Bogotá, dentro de la tutela instaurada por Andrea Lozano Barragán y otros.

- Ordenar a la Presidencia de la República, al Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, y a la Cartera de Agricultura y Desarrollo Rural para que, en coordinación con los sectores del Sistema Nacional Ambiental, y la participación de los accionantes, las comunidades afectadas y la población interesada en general, dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la notificación de la tutela, formulen un plan de acción de corto, mediano y largo plazo, que contrarreste la tasa de deforestación en la Amazonía, en donde se haga frente a los efectos del cambio climático.
- Ordenar a las anteriores autoridades formular en un plazo de cinco (5) meses, con la participación activa de los tutelantes, las comunidades afectadas, organizaciones científicas o grupos de investigación ambientales, y la población interesada en general, la construcción de un “pacto intergeneracional por la vida del amazonas colombiano -PIVAC”, en donde se adopten medidas encaminadas a reducir a cero la deforestación y las emisiones de gases efecto invernadero, el cual deberá contar con estrategias de ejecución nacional, regional y local, de tipo preventivo, obligatorio, correctivo, y pedagógico, dirigidas a la adaptación del cambio climático.
- Ordenar a todos los municipios de la Amazonía colombiana realizar, en un plazo de cinco (5) meses, actualizar e implementar los Planes de Ordenamiento Territorial, en lo pertinente, deberán contener un plan de acción de reducción cero de la deforestación en su territorio, el cual abarcará estrategias medibles de tipo preventivo, obligatorio, correctivo, y pedagógico, dirigidas a la adaptación del cambio climático.
- Ordenar a la Corporación para el Desarrollo Sostenible del Sur de la Amazonía –Corpoamazonia, la Corporación para el Desarrollo Sostenible del Norte y el Oriente Amazónico –CDA, y la Corporación para el Desarrollo Sostenible del Área de Manejo Especial La Macarena – Cormacarena, realizar en un plazo de cinco (5) meses, en lo que respecta a su jurisdicción, un plan de acción que contrarreste mediante medidas

policivas, judiciales o administrativas, los problemas de deforestación informados por el IDEAM.

- Adicionalmente, en lo de sus facultades, los organismos querellados tendrán que, en las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la tutela, incrementar las acciones tendientes a mitigar la deforestación. Y presentar con mensaje de urgencia las denuncias y querellas ante las entidades administrativas y judiciales correspondientes.

**Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Civil, AHC 4806—2017, Radicación N°17001—22—13—000—2017—00468—02, 26 de julio de 2017<sup>287</sup>.**

El Alto Tribunal de Colombia concedió un *habeas corpus*, en protección solicitada de un oso de anteojos<sup>288</sup> de nombre “Chucho”, disponiendo su liberación de un Zoológico de Barranquilla, al cual fue derivado hace cuarenta días, y ordenando su reinserción, en un plazo de 30 días, en una Reserva Natural de Río Blanco (Manizales), que habitó desde hace más de 22 años.

Para fundar su decisión, este relevante fallo, adoptó la tesis de los animales como "seres sintientes", no humanos, que propende por otorgarles prerrogativas de tipo fundamental, dignas de recibir protección inmediata por el Estado, en base a una visión ecocéntrica, dentro del marco de un “orden público ecológico nacional e internacional”, y, por lo tanto, los declaró "sujetos de derecho".

"Los animales como seres sintientes son sujetos de derechos no humanos" y como tales" tienen prerrogativas en su condición de fauna protegida a la salvaguarda por virtud de la biodiversidad y del equilibrio natural de las especies y, especialmente, de la naturaleza silvestre".

Aclaró que "no se trata de darles derechos a los sujetos sintientes no humanos, iguales a los de los humanos equiparándolos en un todo, para creer que los toros, los loros, los perros o los árboles, etc, tendrán sus propios tribunales, sino de reconocerles los correspondientes, los justos y lo conveniente a su especie".

El fallo también sostiene que la asignación de derechos debe entenderse como una extensión de los principios jurídicos de las personas a los seres sintientes en forma proporcional y amplia sin afectar a las actividades agroindustriales, a la alimentación de los seres humanos y a los avances de la medicina.

---

<sup>287</sup> Disponible en <https://corte-suprema-justicia.vlex.com.co/vid/692862597>

<sup>288</sup> única nativa de Suramérica, especie mamífera vulnerable, en vías de extinción, según la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna Silvestre, aprobada por Colombia mediante ley 71-81

"Se trata de reconocer y asignar derechos y personería jurídica para determinar epistemológica, ética, política, cultural y jurídicamente la irracional destrucción de nuestro planeta, y de toda la naturaleza que aqueja en forma vergonzante y trágica la generación de nuestro tiempo".

En conclusión, la Corte Suprema de Justicia de Colombia determinó que los animales como "seres sintientes integrados a un orden público ecológico", son titulares de derechos, están eximidos de deberes, y que es el Estado el que debe garantizar y tutelar sus derechos, como integrantes de un ecosistema donde cada especie cumple una función irremplazable.

---

---

**Corte Constitucional de Colombia. Decisión C- 035/16, del 8 de febrero de 2016<sup>289</sup>**

En la decisión C- 035/16, del 8 de febrero de 2016, la Corte Constitucional de Colombia, declaró inconstitucionales disposiciones de la Ley 1450 y de la Ley 1753 de 2015, por considerar que amenazaban los ecosistemas de montaña alta denominados páramos.

La Corte declaró inconstitucionales dos disposiciones legales, haciendo que las autoridades regulatorias no pudieran ser omisas de los costos climáticos que trae consigo la extracción de recursos naturales. Una de las disposiciones autorizaba que una comisión nacional designara proyectos particulares como parte de los intereses estratégicos nacionales; una designación que habría ocasionado que los proyectos quedarán libres de ciertos aspectos de supervisión local. La otra disposición se respaldaba en arrendamientos y permisos para proyectos de minería y extracción de petróleo en ecosistemas de montaña sensibles (páramos). La Corte determinó que dichas disposiciones eran inconstitucionales porque ponían en riesgo los derechos públicos a agua limpia y abrogaban la obligación de los organismos gubernamentales de justificar decisiones que habrían resultado en la degradación de áreas ambientalmente sensibles y valiosas (páramos).

---

-----

----

<sup>289</sup> ONU medio ambiente. El estado del litigio en materia de cambio climático. Una revisión global. Mayo 2017. ISBN 978-92-807-3656-4, p. 19, Columbia Law School.

## CHILE

1- Rol N° 6042-2004 Estado de Chile contra de Julio García Brocal y de la sociedad J.G.B. S.A. Demanda de reparación por daño ambiental de conformidad a los artículos 53 y 54 de la Ley N° 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente y Convención para la protección de la flora, la fauna y la belleza escénica de América.<sup>290</sup>

El día 28 de febrero de 2003 funcionarios de la Corporación Nacional Forestal –en adelante, CONAF - constataron la corta de bosque nativo de araucaria y lenga en un predio (Hijuela N° 8) ubicado en el sector de Icalma, comuna de Lonquimay, Región de la Araucanía, sin contar con la autorización de la autoridad forestal. El inmueble afectado es de una superficie de 2.199,18 hectáreas ubicado dentro de la comunidad indígena Pedro Calfuqueo.

Se han evidenciado en el predio afectado los siguientes daños ambientales: inicio de procesos erosivos y formación de cárcavas en la parte alta del camino construido en forma ilegal; pérdida de suelo y disminución de su calidad nutritiva; exposición de raíces de árboles adultos a los efectos secantes del sol y del aire, lo cual afecta significativamente su vigor y estabilidad; arrastre y acumulación de material sedimentario hacia las partes bajas y socavamiento del terreno; acumulación de madera que obstaculiza los cursos de agua y genera erosión hídrica; y alteración del hábitat de aves y animales como la destrucción de nidos y madrigueras.

El Estado dedujo demanda de reparación por daño ambiental en la Hijuela N° 11 en conformidad a los artículos 53 y 54 de la Ley N° 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente en contra de Julio García Brocal y de la sociedad J.G.B. S.A.

Los jueces de la instancia estimaron que no se encontraba acreditado el daño ambiental denunciado en razón de un error en la identificación del predio dañado, no obstante que los aludidos informes emanados de CONAF indicaban claramente que los perjuicios ambientales habían sido provocados en la aludida Hijuela N° 8. La tala de especies nativas alegada estaba circunscrita a la Hijuela N° 8. En efecto, el informe pericial decretado en los autos indicó claramente el lugar inspeccionado, señalando que “concuera con los antecedentes entregados por CONAF el año 2004”, los cuales se referían a la intervención de la Hijuela N° 8. Los demandados demostraron no haber realizado actividad alguna en el predio que se identificó como dañado.

Tras haber sido rechazada la demanda tanto en primer grado como en apelación, el demandante recurre a la Suprema Corte de Justicia a través de un recurso de casación en el fondo.

---

<sup>290</sup> <http://www.oas.org/es/sg/casacomun/docs/smunoz-st-que-anula-st-reemplazo.pdf>

## COSTA RICA

**Caso PADILLA GUTIERREZ, Clara Emilia y otros, todos en su condición de vecinos de lugares aledaños al PARQUE NACIONAL MARINO LAS BAULAS de Guanacaste c/ SETENA, Secretaria Técnica Nacional Ambiental” (Corte Suprema de Justicia Costa Rica, Sala Constitucional)<sup>291</sup>.**

El 26 de abril de 2007, vecinos de lugares aledaños al Parque Nacional Marino las Baulas de Guanacaste, interpusieron recurso de amparo contra la Secretaria Técnica Nacional Ambiental (SETENA). El grupo de vecinos declaran que: dentro del Parque Nacional las Baulas y en sus zonas de amortiguamiento se pretende la construcción de varios complejos residenciales y de cabinas y hoteles de grandes dimensiones cuales no han sido sometidos en forma integral a evaluación de impacto ambiental por parte de SETENA para establecer su viabilidad, violando el artículo 50 de la Constitución Política a fin de garantizar un medio ambiente sano y bienestar; manifiestan que dicha omisión pretende ser subsanada por SETENA mediante la evaluación ambiental de la construcción de cada casa que se pretenda construir, cual no es suficiente porque se pierde de vista toda la perspectiva de la afectación de los proyectos de forma conjunta; y también que el complejo hotelero y urbanístico en general debió ser evaluado en forma previa, para establecer el impacto ambiental que produciría en los recursos naturales circundantes, especialmente los recursos hídricos y los efectos en la población: “no se estableció el impacto en el agua para consumo humano, tampoco la afectación respecto de las aguas servidas, negras, vida silvestre, y en especial el recurso que protege el Parque y todo su ecosistema. Cómo afectarán las luces, la presencia humana, la presencia de mascotas sobre los nidos y recién nacidos, el acceso de esos vecinos nuevos a las playas de anidación, el equipo náutico, el ruido, aguas jabonosas, aspectos todos que no fueron tomados en consideración. Por último, los recurrentes solicitan que se ordene “evaluar el proyecto en forma conjunta y no casa por casa”.

El caso señala la gran importancia del Parque Nacional Marino Las Baulas como hogar de muchas especies de animales, y una gran biodiversidad y riquezas naturales únicas a Costa Rica. Resulta sumamente importante la protección y conservación del ambiente para la sobrevivencia de la flora y fauna, por lo que el cuidado del Parque es indispensable. A pesar que SETENA ha otorgado la viabilidad ambiental a proyectos situados dentro del parque y su zona de amortiguamiento de forma individual, se necesita un análisis del impacto integral ya que las construcciones producen un efecto colectivo en el ecosistema del Parque. Las autoridades locales, como las municipalidades, han

---

291

Disponible

en:

<http://www.pnuma.org/gobernanza/documentos/jurisprudencia%20ambiental/Costa%20Rica%20-%20Caso%20Padilla%20Gutierrez.pdf>

otorgado permisos de construcción sin contar con la respectiva viabilidad ambiental. El caso refleja entonces una solución que pueda asegurar el bienestar ambiental, prevenir que se siga perjudicando el ecosistema, conservar y proteger las especies y biodiversidad, y al mismo tiempo establecer un equilibrio para el desarrollo turístico y sostenible.

---

**Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Sala Constitucional (Resolución Núm. 20355 de 2018)<sup>292</sup>.**

Un ciudadano de Costa Rica presentó un recurso de amparo debido a que le es denegada información de carácter ambiental tendiente a conocer los perfiles topográficos de un cauce de dominio público.

La información solicitada fue denegada por considerarse confidencial.

En su sentencia, el máximo tribunal Constitucional dijo en punto a la cuestión del acceso a la información en materia ambiental, que conviene recordar que en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano, celebrada en Estocolmo en 1972 se proclamaron varios principios, entre los que destaca el N° 23: "Toda persona, de conformidad con la legislación nacional, tendrá, la oportunidad de participar, individual o colectivamente, en el proceso de preparación de las decisiones que conciernen directamente a su medio ambiente y, cuando éste haya sido objeto de daño o deterioro, podrá ejercer los recursos necesarios para obtener una indemnización".

Además, en materia ambiental, la Sala ha desarrollado el tema de la injerencia, acceso y límite a la información que pueden tener los particulares refiriéndose a diversos instrumentos de carácter internacional que buscan que todas las personas puedan tener un papel activo y no sólo informativo, en el proceso de preparación de las decisiones que conciernen directamente a su medio ambiente".

Con base en las consideraciones expuestas, y particularmente de lo dispuesto en el párrafo 214 de la opinión consultiva número OC-23 del 15 de noviembre de 2017 de la CIDH, la Sala concluye que dada la naturaleza de la actividad minera, que es ambiental, a la luz del principio de máxima divulgación de la información en esta materia y la correlativa obligación de transparencia del Estado, la información de los perfiles topográficos comparativos de la actividad de minería no es confidencial, sino pública y como tal se debe garantizar y procurar su acceso de manera plena, sin imponer formalidades de acceso a los datos relacionados con las actividades de exploración y explotación de los recursos naturales. Ello en procura de evitar cualquier restricción de esa libertad de acceso. Así, solo podría limitarse el acceso

---

<sup>292</sup> Observatorio del Principio 10 de Río. CEPAL. <https://observatoriop10.cepal.org/es/jurisprudencia/sentencia-la-sala-constitucional-la-corte-suprema-justicia-costa-rica-resolucion-num>

aquella información que por autorización de norma de rango legal, y en atención a objetivo permitido, de manera necesaria y proporcional deba mantenerse secreta; aspecto que no se desprende sucede en este caso. En este asunto coinciden las partes que lo que busca el recurrente es verificar si hay sobre explotación del cauce, aspecto que estima puede valorar comparando el resultado de los perfiles topográficos que se hubieren realizado y que hacen parte de los informes de labores de minería, lo que no es otra cosa que información relacionada con posibles afectaciones al medio ambiente, a la que se le debe garantizar el acceso. Así las cosas, al no tener la información pedida carácter confidencial, la negativa a brindarla al solicitante, en cualquiera de las etapas de la concesión minera en la que se pudiera encontrar y no haber brindado al recurrente los datos requeridos en su gestión, la Sala tiene por acreditada la alegada violación a los numerales 27 y 30, de la Constitución Política, siendo lo procedente ordenar la estimación del presente recurso, para que se garantice el acceso a la información de manera accesible, efectiva y oportuna, relacionada con posibles afectaciones al medio ambiente, sin exigir al solicitante demostrar un interés particular, como en efecto se dispone.

Se declara lugar al recurso y se ordena a la Directora de la Dirección de Geología y Minas y al jefe del Registro Nacional Minero, ambos del Ministerio de Ambiente y Energía, que adopten de forma inmediata las medidas necesarias, para que en el término improrrogable de 15 días, contado a partir de la notificación de esta sentencia, faciliten al recurrente la información requerida

---

## Jamaica

DYC and Seafood and Ting vs. NRCA <sup>293</sup>

Este caso es "reconocido como la primera decisión judicial que establece la posición de la implementación de acuerdos ambientales multilaterales en el Commonwealth del Caribe".

En 1999, Jamaica, el mayor proveedor de caracolas en el Caribe, buscó seguir los requisitos de permisos descritos por la CITES para especies del Apéndice II, particularmente a la luz de las consideraciones reglamentarias del principal importador de caracol (siendo los Estados Unidos). En consecuencia, la Autoridad Nacional de Conservación de Recursos (NRCA) - la autoridad administrativa de Jamaica bajo CITES - buscó implementar los requisitos de permisos y cuotas establecidos por la División de Pesca del Ministerio de Agricultura, y evaluada por la Autoridad Científica de conformidad con la

---

<sup>293</sup> (1999) 58 WIR 269, Disponible en <http://supremecourt.gov.jm/sites/default/files/judgments/DYC%20Fishing%20Limited%20v%20Ministry%20of%20Agriculture.pdf>

directrices de CITES, en la asignación de los permisos de exportación para dos exportadores.

Sin embargo, la Corte de apelaciones en dos casos, resolvió que la Agencia había actuado ilegalmente al ratificar la decisión del Ministro de Agricultura de no otorgar los permisos CITES a los encuestados por falta de regulación local.

La NRCA, por lo tanto, no pudo imponer la cuota en los dos exportadores.

Como consecuencia del caso se sancionó la Ley de Especies en Peligro de 2000 y las reglamentaciones correspondientes, tales como Establecimiento de Especies en Peligro de Extinción (Protección, Conservación y Regulación del Comercio) de los Reglamentos de Cuotas Individuales de Exportación (Conch, Strombus gigas) (2000), que incorporaron los requisitos de la CITES en la legislación de Jamaica

## **Panamá**

**Caso demanda contencioso administrativa de nulidad, “CONSTANTINO GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, c/ Autoridad Nacional del Ambiente (ANAM)”, defensa del humedal Bahía de Panamá.<sup>294</sup>**

La Autoridad Nacional del Ambiente (ANAM) mediante la Resolución AG-0072-2009 de 3 de febrero de 2009 declaró como área protegida, el llamado Humedal Bahía de Panamá, conocido también como el "Humedal de Importancia Internacional Bahía de Panamá" o "Sitio Ramsar Bahía de Panamá" por sus reconocimientos internacionales. Ante lo cual, el licenciado Arístides Figueroa, en representación de Constantino González Rodríguez, interpuso ante la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia de Panamá, demanda contencioso administrativa, solicitando la nulidad de la Resolución emitida por ANAM. Esta demanda se fundamenta en el artículo 24 de la Ley 6 de 22 de enero de 2002 que dicta normas para la transparencia, establece la acción de Habeas Data y dicta otras disposiciones, establece la obligación para el funcionario respectivo, de realizar un acto de participación ciudadana previa la emisión de actos de la administración pública que puedan afectar los derechos e intereses de los ciudadanos. El demandante argumentó que la norma ha sido infringida directamente por omisión, ya que se ha expedido la resolución impugnada, sin haberse verificado las formalidades correspondientes a alguna de las modalidades de participación ciudadana, atentando así contra los principios que pregonan esta norma y con ello al principio de legalidad; que puedan afectar los derechos e intereses de los ciudadanos.

---

<sup>294</sup> disponible en la página web del Órgano Judicial de Panamá: <http://www.organojudicial.gob.pa/wp-content/uploads/2013/05/rj2013-12.pdf>

Es importante resaltar que Panamá fue el primer país de América Latina que, en su Carta Política, elevó a rango constitucional la preocupación ambiental, al ser esta la norma de superior jerarquía y que remite la reglamentación a la Ley sobre el aprovechamiento de los recursos naturales no renovables, a fin de evitar que del mismo se deriven perjuicios sociales, económicos y ambientales. Así, la República de Panamá incorpora principios constitucionales referentes a los derechos difusos de la población, derivados del deber del Estado a proporcionarles un ambiente sano, libre de contaminación, y adecuado para el desarrollo sostenible. Asimismo, cabe destacar que Panamá cuenta con otros cuatro sitios Ramsar dentro de su territorio, los cuales son: el humedal Golfo de Montijo, el de San San Pond Sak, el de Punta Patiño y el de Damani-Guariviara.

El área de la Bahía de Panamá y sus alrededores tienen importantes funciones ecológicas como reguladores hidrológicos y son un fundamental hábitat para especies de fauna en peligro de extinción; asimismo, múltiples especies de aves acuáticas y playeras en sus migraciones estacionales pueden atravesar fronteras, dando como resultado que estos ecosistemas sean considerados como un recurso internacional. Así, debido a la importancia ecológica y económica que representa para el país el área conocida como Humedal Bahía de Panamá, fue designada como Humedal de Importancia Internacional e incluida en la lista de Sitios RAMSAR de la Convención el 20 de octubre de 2003. Conjuntamente, esta zona fue declarada por la Red Hemisférica de Reservas de Aves Playeras (RHRAP) el 18 de octubre de 2005 como el sitio más importante en Centroamérica para las aves playeras migratorias.

La Resolución No AG-0072-2009 de 3 de febrero de 2009 y la suscripción al Convenio RAMSAR, propenden la preservación y restauración ecológica de los elementos constitutivos del sistema hídrico, como principal conector ecológico del territorio urbano y rural. Así, el Decreto No 2339 de 14 de junio de 2012 prohibió el uso de los Humedales de Bahía de Panamá, por lo que los rellenos en las zonas de humedales, así como trabajos de construcción estarán prohibidos, hasta ver los resultados de un estudio científico que determine si alguna actividad, se puede o no desarrollar en el área.

Así las cosas, la Sala después de la ponderación cuidadosa de las normas alegadas y las circunstancias que giran en torno a los efectos jurídicos de la declaratoria de área protegida Humedal Bahía de Panamá, arriba a la conclusión de que el acto demandado, no infringe las normas aducidas así como tampoco afecta el ordenamiento jurídico en general; el cual, vale la pena insistir, en el peor de los casos, si vería lesionado con la adopción de una medida legal, administrativa o judicial que retrotraiga los efectos de protección hasta ahora conseguidos a través de la Resolución N. AG-002-2009.

Por último, la Sala como guardiana de la legalidad y control de los actos administrativos dictados por los Entes Públicos, así como bajo la plena convicción y conciencia de la importancia del Humedal Bahía de Panamá, y

de las preocupaciones medioambientales de nuestro tiempo, hace una exhortación a la Autoridad Nacional del Ambiente (ANAM), para que en próximas oportunidades, se aboque a defender en forma beligerante actuaciones que como ésta, guardan un interés general y público que se precisa proteger. Lo dicho, obedece a que en su informe explicativo de conducta, muestra la forma poco diligente en que actuaron ante esta jurisdicción, lo cual, sin lugar a dudas, genera desconfianza en la sociedad. Debemos tener presente, que uno de los deberes primordiales de los servidores públicos, es actuar en forma eficiente y responsable en las actuaciones administrativas confiadas a su cargo, en las Entidades para las cuales prestan sus servicios.

A consecuencia de lo aquí expresado, esta Judicatura, en base a los anteriores razonamientos, estima que debe declararse legal el acto administrativo demandado.

## PERÚ

Caso MARTÍNEZ, más conocido como caso de la localidad de “La Oroya” (Tribunal Constitucional del Perú)<sup>295</sup>

Este caso se refiere al Complejo Metalúrgico de La Oroya adquirido por la empresa norteamericana Doe Run Company en 1997. La empresa subsidiaria, Doe Run Perú, asumió el compromiso de cumplir las obligaciones en el Programa de adecuación y manejo ambiental (PAMA) en un plazo de 10 años. Sin embargo, la empresa solicitó pedidos de modificación; incumpliendo los derechos a la salud pública, un ambiente equilibrado y adecuado, salud física y mental, entre otros. En los últimos años, se incrementaron considerablemente los niveles de intoxicación de plomo y otros componentes en la sangre de niños y madres gestantes de La Oroya. Incluso, en el año 1999, la Dirección General de Salud Ambiental (Digesa) realizó un estudio: “el 99.1% de las personas analizadas sobrepasaba el límite de nivel de plomo en la sangre recomendado por la Organización Mundial de la Salud (OMS).”

El 6 de diciembre del 2002, los señores Pablo Miguel Fabián Martínez, Digna Ortega Salazar, Alfredo Peña Caso, Rosalía Tucto Ortega, José Chuquirachi Anchieta y María Elena Cárdenas Soto interpusieron demanda de cumplimiento contra el Ministerio de Salud y la Dirección General de Salud Ambiental (DIGESA), solicitando que se diseñe e implemente una “Estrategia de salud pública de emergencia” para la ciudad de La Oroya, de conformidad con lo establecido por los artículos 96, 97, 98, 99, 103, 104, 105, 106 y 123 de la Ley 26842 (Ley General de la Salud); y que, por consiguiente, se adopten las siguientes medidas: a) la recuperación de la salud de los afectados, mediante la

---

<sup>295</sup> <http://tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/02002-2006-AC.pdf>

protección de grupos vulnerables, la implementación de medidas de prevención de daño a la salud y que se vele por el cumplimiento y levantamiento de información sobre los riesgos a los cuales la población se encuentra expuesta, b) se declare en ESTADO DE ALERTA a la ciudad de La Oroya, conforme lo establecen los artículos 23 y 25 del Decreto Supremo 074-2001-PCM, Reglamento de Estándares Nacionales de Calidad Ambiental del Aire; y c) se establezcan programas de vigilancia epidemiológica y ambiental de conformidad con lo estipulado por el artículo 15 del Decreto Supremo 074-2001-PCM, Reglamento de Estándares Nacionales de Calidad de Ambiental del Aire.

El caso abarca múltiples conflictos entre el derecho internacional a los inversionistas hasta los derechos humanos y protecciones sociales y culturales, pero también a la salud y calidad de vida. Existe un problema de jurisdicción nacional para el reparo de daños a la población y al medio ambiente también. A pesar de los alarmantes niveles elevados de contaminación, no se ha realizado un estudio epidemiológico extenso sobre las consecuencias de las décadas transcurridas de exposición a estas condiciones, incluso, no ha sido fácil obtener acceso a atención médica. Existe suficiente evidencia de los daños y situaciones críticas y extremas que se encuentra La Oroya, especialmente perjudicando a madres gestantes y niños; población vulnerable.

En el caso de los ciudadanos de la Oroya contra el Estado Peruano el 06 de diciembre de 2002, en primera y segunda instancia, los tribunales peruanos resolvieron a favor de los demandantes.

1. Ordena que el Ministerio de Salud en un plazo de treinta días implemente un sistema de emergencia para atender la salud de las personas contaminadas por plomo en la ciudad de La Oroya, debiendo priorizar la atención médica especializada de niños y mujeres gestantes, a efectos de su inmediata recuperación, conforme se expone en los fundamentos 59 a 61 de la presente sentencia, bajo apercibimiento de aplicarse a los responsables las medidas coercitivas establecidas en el Código Procesal Constitucional.

2. Ordena que el Ministerio de Salud, a través de la Dirección General de Salud Ambiental (Digesa), en el plazo de treinta días, cumpla con realizar todas aquellas acciones tendientes a la expedición del diagnóstico de línea base, conforme lo prescribe el artículo 11 del Decreto Supremo 074-2001-PCM, Reglamento de Estándares Nacionales de Calidad Ambiental del Aire, de modo tal que, puedan implementarse los respectivos planes de acción para el mejoramiento de la calidad del aire en la ciudad e La Oroya.;

3. Ordena que el Ministerio de Salud, en el plazo de treinta días, cumpla con realizar todas las acciones tendientes a declarar en Estado de Alerta en la ciudad de La Oroya, conforme lo disponen los artículos 23 y 25 del Decreto Supremo 074-2001-PCM y el artículo 105 de la Ley 26842.

4. Ordena que el Ministerio de Salud, en el plazo de treinta días, cumpla con realizar todas las acciones tendentes a establecer programas de vigilancia epidemiológica y ambiental en la zona que comprende a la ciudad de La Oroya.

5. Ordena que el Ministerio de Salud, transcurridos los plazos mencionados en los puntos precedentes, informe al Tribunal Constitucional respecto de las acciones tomadas para el cumplimiento de lo dispuesto en la presente sentencia.

6. Exhorta al Gobierno Regional de Junín, Municipalidad Provincial de Yauli-La Oroya, Ministerio de Energía y Minas, Consejo Nacional del Ambiente y empresas privadas, como Doe Run Perú SRL, entre otras, que desarrollan sus actividades mineras en la zona geográfica que comprende a la ciudad de La Oroya, a participar, urgentemente, en las acciones pertinentes que permitan la protección de la salud de los pobladores de la referida localidad, así como la del medio ambiente en La Oroya, debiendo priorizarse, en todos los casos, el tratamiento de los niños y las mujeres gestantes.

**Tribunal Constitucional de Arequipa. NOR Y WILFREDO NAVARRO RAMOS y otros** (Más conocida por VALLE DE PESCADORES). 06 de marzo de 2013<sup>296</sup>.

Los recurrentes, en nombre propio, y en defensa “de un derecho difuso” ambiental, y en representación de los Agricultores del Valle de Pescadores, interponen el 25 de mayo de 2007, por ante el Juzgado Civil de Camaná, demanda de amparo “ambiental” contra la Pesquera Natalia SAC, con el objeto de que se disponga la suspensión de las actividades que dicha empresa viene realizando en la zona próxima al mar del Valle de Pescadores, en el distrito de Ocoña, provincia de Camaná, departamento de Arequipa, hasta que se presenten todas las exigencias pertinentes sobre impacto ambiental.

Alegan que la demandada está vulnerando sus derechos constitucionales al goce de un medio ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida y a la propiedad, al pretender construir una planta de tratamiento de harina y aceite de pescado por cuanto ello supondría un impacto negativo en los recursos hídricos de la zona que impediría a los demandantes el adecuado desarrollo de su actividad agraria.

En doctrina, el Tribunal dijo: “El denominado *“amparo ambiental”* es el proceso constitucional mediante el cual se pretende tutelar el derecho a un ambiente equilibrado y adecuado. Sin pretender crear una nueva categoría procesal, es de advertirse que este Tribunal ha desarrollado una línea

---

<sup>296</sup> <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2013/04216-2008-AA.html>

jurisprudencial al respecto, tomado en cuenta la singularidad de lo discutido en este tipo de procesos”.

También señaló como ejemplo que “usualmente las demandas de amparo ambiental son concebidas como pretensiones colectivas o difusas, puesto que “la satisfacción del derecho de uno de los integrantes de tal comunidad implica la satisfacción del resto de sujetos de dicha colectividad” (STC 05270-2005-PA/TC). Ello ha significado la necesidad de adaptar la perspectiva clásica del derecho procesal -centrada en la resolución de intereses individuales- a contextos en donde la titularidad de un derecho corresponde a un conjunto indeterminado o colectivo de personas”.

Por lo que concluye que: “Con estos dos ejemplos se pretende resaltar que el denominado amparo ambiental tiene ciertas características especiales, a partir de las cuales la jurisprudencia del Tribunal ha desarrollado reglas procesales, adaptando el proceso de amparo a la finalidad perseguida”.

Pone de resalto la relevancia de los principios de derecho ambiental en la resolución de las causas de este tipo:

“Se ha integrado al análisis de este tipo de casos: “a) el *principio de desarrollo sostenible* o sustentable [que consiste en prevenir un daño al medio ambiente que, en la actualidad, es potencial]; b) el *principio de conservación*, en cuyo mérito se busca mantener en estado óptimo los bienes ambientales; c) el *principio de prevención*, que supone resguardar los bienes ambientales de cualquier peligro que pueda afectar su existencia; d) el *principio de restauración*, referido al saneamiento y recuperación de los bienes ambientales deteriorados; e) el *principio de mejora*, en cuya virtud se busca maximizar los beneficios de los bienes ambientales en pro del disfrute humano; f) el *principio precautorio*, que comporta adoptar medidas de cautela y reserva cuando exista incertidumbre científica e indicios de amenaza sobre la real dimensión de los efectos de las actividades humanas sobre el ambiente; y, g) el *principio de compensación*, que implica la creación de mecanismos de reparación por la explotación de los recursos no renovables” (STC 0048-2004-PI/TC, fundamento 18)”.

Finalmente, afirma que: “En suma el amparo ambiental se nutre de la doctrina y legislación sobre derechos colectivos y difusos, así como del derecho procesal colectivo y de principios propios del derecho ambiental. En tal sentido, la problemática sobre conflictos ambientales, debe ser analizada bajo

una perspectiva que integre todas estas posturas a fin de brindar un resultado que *optimice* los derechos fundamentales en conflicto. Y es que no debe dejar de considerarse que los conflictos ambientales generan una problemática singular, para lo cual se requiere de respuestas, no solo coherentes con la naturaleza del conflicto, sino con la realidad”.

En la parte resolutoria dispone que:

“Por consiguiente y advirtiendo que existe un organismo especializado en la fiscalización ambiental como lo es el **Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA)**, este Tribunal considera que es esta oficina la encargada de llevar a cabo el trabajo de fiscalización ambiental. En efecto, de acuerdo a la Ley N.º 29325, *Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental*, el OEFA es un organismo adscrito al Ministerio del Ambiente, encargado de la fiscalización, supervisión, evaluación, control y sanción en materia ambiental. En tal sentido, el Tribunal entiende que para este caso en concreto, el OEFA es la entidad que debe ejecutar las determinaciones requeridas en el punto ii) del fundamento 34 de esta sentencia”.

“En tal sentido este Tribunal ordena al OEFA llevar a cabo un *procedimiento de fiscalización* sobre la actividad desarrollada por la planta de harina y aceite de pescado de la Pesquera Natalia, ubicada en el Valle de Pescadores, distrito de Ocoña, provincia de Camaná, región de Arequipa. Dicho trabajo se centrará en analizar el EIA presentado para sustentar el proyecto de la planta de harina y aceite de pescado, así como analizar los efectos que puedan estar generándose en el ecosistema de dicha área a consecuencia del funcionamiento de la referida planta. Tal análisis tendrá que ser elaborado dentro del plazo de seis meses desde que se le notifique la presente sentencia. La presente orden la efectúa el Tribunal Constitucional en virtud del artículo 139º, inciso 18 de la Constitución que establece la obligación del Poder Ejecutivo “de prestar la colaboración que en los procesos le sea requerida”.

#### **Expediente N° 3610-2008 AA/TC<sup>297</sup>.**

Recurso de agravio constitucional interpuesto contra la sentencia expedida por la Corte Superior de Justicia de Ica, que declaró improcedente la demanda

---

<sup>297</sup> <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/03610-2008-AA.html>

iniciada por WORLD CARS IMPORT, contra el Ministerio de Economía y Finanzas y el Ministerio de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción, sobre Proceso de Amparo.

El Tribunal Constitucional de Perú ha identificado en su jurisprudencia la denominada “Constitución Ecológica”. Dicha noción fue adoptada en la sentencia del 27/08/08 del Expediente N° 3610-2008 AA/TC (en adelante “caso CETICOS”).

En su fundamento expresa que: “este Tribunal entiende que la tutela del medio ambiente se encuentra regulada en nuestra “Constitución Ecológica”, que no es otra cosa que el conjunto de disposiciones de nuestra Constitución que fijan las relaciones entre el individuo, la sociedad y el medio ambiente, tema que ocupa un lugar medular en nuestra Ley Fundamental”. También señala tres dimensiones. “La Constitución Ecológica tiene una triple dimensión: -Como principio que irradia todo el orden jurídico puesto que es obligación del Estado proteger las riquezas naturales de la Nación. -Como derecho de todas las personas a gozar de un ambiente sano, derecho constitucional que es exigible por diversas vías judiciales. -Como conjunto de obligaciones impuestas a las autoridades y a los particulares, en su calidad de contribuyentes sociales.

Por último, en la sentencia establece que el contenido de las relaciones entre Estado, individuo y sociedad, está constituido por derechos fundamentales que cuentan con las mismas características que los demás reconocidos en la Constitución.

**Tribunal Constitucional. Expediente N° 052702005-PA/TC (en adelante, caso VERTEDERO LA CUCARACHA).** 18 de octubre de 2006<sup>298</sup>

Recurso de agravio constitucional interpuesto por la Asociación Comité de Defensa del Medio Ambiente y la Salud del Distrito de Ventanilla contra la sentencia expedida por la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia del Callao, que declaró improcedente su demanda; en los autos seguidos contra la Municipalidad Provincial del Callao, sobre Proceso de Amparo. En el marco de la demanda presentada por una Asociación, el Tribunal advirtió en su fundamento N° 6 que: “en el caso de autos la demandante no alega la violación o amenaza de derechos ‘propios’ sino los de cierto grupo indeterminado de personas que presuntamente encuentran afectados por los desechos tóxicos vertidos en la zona. De hecho la demandante invoca estar legitimada sobre la base de la defensa de intereses difusos y menciona en su escrito de demanda que el actuar de la Municipalidad ‘pone en grave riesgo la salud pública, la salud de los vecinos de los asentamientos humanos aledaños,

---

<sup>298</sup> <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/05270-2005-AA%20Resolucion.pdf>

con mayor incidencia en los menores de edad (...), agravándose la situación por cuanto son personas de escasos recursos económicos”.

Y pronunciándose sobre un posterior desistimiento formulado por dicha parte, el Tribunal señaló que:

“Sin embargo, con fecha 16 marzo de 2006 la recurrente optó por desistirse del proceso, por lo que previamente éste colegiado se pronunciará sobre la procedencia del desistimiento. Para ello no deberá soslayarse que el derecho sobre el cual versa la presente causa es el de disfrutar de un ambiente equilibrado y adecuado (art. 2, inc. 22 de la Constitución), lo que constituye un derecho difuso. Es esto a no dudarse un derecho de naturaleza indivisible puesto que la satisfacción del derecho de uno de los integrantes de tal comunidad implica la satisfacción del resto de sujetos de dicha colectividad”.

**Tribunal Constitucional de Perú. 4 de marzo de 2011. Expediente N°00004-2010-PI/TC. (Caso PUNTA HERMOSA)<sup>299</sup>**

Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por 58 ciudadanos contra la Ordenanza N° 1652009-MDPH, y la Ordenanza N° 175-2009-MDPH, emitidas por la Municipalidad Distrital de Punta Hermosa, Lima.

La relevancia del principio preventivo, se explica en el fundamento N° 16 de la sentencia: “El Tribunal considera que, por la propia naturaleza del derecho, dentro de las tareas de prestación que el Estado está llamado a desarrollar, tiene especial relevancia la tarea de prevención y, desde luego, la realización de acciones destinadas a ese fin. Y es que si el Estado no puede garantizar a los seres humanos que su existencia se desarrolle en un medio ambiente sano, estos sí pueden exigir del Estado que adopte todas las medidas necesarias de prevención que lo hagan posible. En ese sentido, el Tribunal Constitucional estima que la protección del medio ambiente sano y adecuado no solo es una cuestión de reparación frente a daños ocasionados, sino, y de manera especialmente relevante, de prevención de que ellos sucedan (STC 4223-2006-AA/TC”.

El Tribunal señala: “El derecho al ambiente equilibrado y adecuado comporta un deber negativo y positivo frente al Estado. Su dimensión negativa se traduce en la obligación del Estado de abstenerse de realizar cualquier tipo de actos que afecten al medio ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida y la salud humana. En su dimensión positiva le impone deberes y obligaciones destinadas a conservar el ambiente equilibrado, las cuales se traducen, a su vez, en un haz de posibilidades, entre las cuales cabe mencionar

---

<sup>299</sup> [observatorioderechoshumanos.minjus.gob.pe/jmla25/.../842-exp-00004-2010-pi-tc](http://observatorioderechoshumanos.minjus.gob.pe/jmla25/.../842-exp-00004-2010-pi-tc)

la de expedir disposiciones legislativas destinadas a que desde diversos sectores se promueva la conservación del ambiente. Claro está que no solo supone tareas de conservación, sino también de prevención que se afecte a ese ambiente equilibrado”.

## **Tribunal Constitucional de Perú**

### **Expedientes acumulados N° 300, 301 y 302-2002-AA/TC**

07 de abril de 2003 (en adelante, caso CERRO QUILISH) <sup>300</sup>

Recursos extraordinarios interpuestos en Exp. N.º 300-2002-AA/TC, Minas Conga S.R.L.; Exp. 301-2002-AA/TC, Sociedad Minera de Responsabilidad Limitada Chaupiloma Dos de Cajamarca, y Exp. N.º 302-2002-AA/TC, Minera Yanacocha S.R.L., contra las sentencias emitidas por la Sala Especializada en lo Civil de la Corte Superior de Cajamarca, que declaran improcedentes sus acciones de amparo; en los seguidos contra la Municipalidad Provincial de Cajamarca sobre Acción de Amparo.

El Tribunal en la parte dispositiva, luego de dejar a salvo los derechos de las empresas demandantes en su condición de concesionarias mineras, ordena que: “ante la eventualidad de que, posteriormente, la actividad minera de explotación pudiera provocar daños intolerables en el ambiente y, lo más importante, afectar la vida y salud física de las poblaciones aledañas al CERRO QUILISH, se debe realizar, previamente a la explotación, un completo estudio de impacto ambiental, a ejecutarse por empresas o instituciones debidamente certificadas y que ofrezcan absoluta imparcialidad y contar con las autorizaciones gubernamentales que la ley exige. La autoridad estatal encargada de solicitar y aprobar los estudios de impacto ambiental vinculados a las labores de explotación, deberá exigir no sólo el cumplimiento de las pautas previstas en el Código del Medio Ambiente y los Recursos Naturales, sino que, además consignará otras a seguir que sean necesarias para la defensa de los derechos fundamentales y demás bienes que la Constitución reconoce y defiende, para lo cual solicitará la opinión de las municipalidades correspondientes”.

---

<sup>300</sup> <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00300-2002-AA%2000301-2002-AA%2000302-2002-AA.html>



**OEA | OAS**

Secretaría General  
[www.oas.org](http://www.oas.org)

**ISBN 978-0-8270-7315-9**