

Los principios y reglas del Derecho ambiental

Néstor Cafferatta¹

En este trabajo se hablará de los principios de Derecho ambiental, con especial énfasis en el criterio precautorio. En realidad voy a tratar un tema que yo creo se debe encuadrar en la ontología del Derecho ambiental, o dentro de la filosofía del Derecho ambiental, o mejor aun, dentro de una temática epistemológica, es decir en la filosofía de la ciencia del Derecho ambiental. Digo esto porque si hoy en día me preguntan cómo se desarrollaría básicamente un programa de Derecho ambiental, creo que, por lo menos desde el punto de vista del derecho interno, se haría analizando al menos tres o cuatro instituciones:

1. Qué es el Derecho ambiental y cuáles son los principios de Derecho ambiental.
2. Qué es daño ambiental y cuál es el régimen de la responsabilidad por daño.
3. El proceso colectivo ambiental, es decir, las acciones jurisdiccionales de defensa del medio ambiente.

De manera que voy a desarrollar un tema que es esencial dentro de la materia. Los principios de Derecho ambiental son la clave de la materia.

Dice Antonio Herman Benjamin que una ciencia logra autonomía a través de la fijación de objetivos, finalidades, la estructuración de principios y vías o instrumentos de defensa del objeto de la disciplina para la cual se constituye. En esta tarea existe un “paradigma ambiental”, como lo enseña Ricardo Lorenzetti —Juez de la Corte Argentina—, que implica no solamente un cambio en los métodos jurídicos, sino también un cambio en la visión del derecho en general. Es que el Derecho ambiental es, en realidad, mucho más que una especialidad, mucho más que una disciplina autónoma del derecho; es un cambio de la cultura jurídica en general. Efectivamente, el Derecho ambiental es hoy, desde el punto de vista jurídico en general, el motor de cambio de una nueva cultura jurídica.

El “paradigma ambiental” implica reconocer como sujeto de derecho a la naturaleza y a la sociedad. Aquél parte de lo colectivo y no de lo individual. A partir de la aparición del “paradigma ambiental” o del “paradigma de la sostenibilidad”, están en revisión, en cambio y en ebullición todas las estructuras clásicas del derecho.

De la responsabilidad, que deja de ser de carácter reparatoria para ser anticipatoria, preventiva, temprana, precoz, de evitación del daño. Del proceso, que en sede civil cambia su faz, deja de ser un proceso dispositivo para transformarse en un proceso de naturaleza cuasi-inquisitivo, con medidas de oficio, porque está en juego la defensa del interés general, de esta forma, el juez, deja su tradicional papel pasivo, quieto, de mero espectador, para transformarse en un magistrado activo, en un rol propio de la “justicia de acompañamiento”, de “fuerte compromiso social”, o “de protección de hogar”, como enseñan notables procesalistas como Augusto Mario Morello y Jorge Walter Peyrano. Cambia la legitimación de obrar, la carga de la prueba, la apreciación de la prueba, los efectos de la sentencia, la naturaleza de las medidas cautelares. Cambian los efectos de los recursos, todo cambia a partir de la aparición de los llamados intereses difusos o derechos de incidencia colectiva, que son los intereses que aloja o que se alojan en el Derecho ambiental. Éste es, a decir de Ricardo Lorenzetti, un “derecho herético, mutante y decodificante. Es una invitación a una fiesta a la cual están convocadas todas las disciplinas clásicas del derecho, tanto

¹Profesor de Derecho Ambiental de la Universidad Nacional de Buenos Aries.

del derecho público, como del derecho privado, con la única condición que vengan todas con un vestido nuevo”.

El Derecho ambiental, dice Antonio Benjamín, es un derecho contestatario, es un derecho insurgente desde el punto de vista procesal; es, dice Eduardo Pigretti, un derecho revolucionario, un derecho que implica un desafío de cambio, de modificación en la relación entre el hombre y la naturaleza, entre el hombre y los grupos.

El Derecho ambiental es, en mi opinión, un derecho de naturaleza dual, bifronte, bicéfalo y tiene “dos caras como el Dios Jano”. Es derecho individual y colectivo al mismo tiempo, es un derecho humano de tercera y cuarta generación. Ustedes saben que los derechos humanos se clasifican en derecho de primera, de segunda y tercera generación:

-Primera generación. Derechos políticos y civiles que nacen con la Revolución Francesa de 1789 y la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1791. Son derechos a la libertad, derechos que le imponen al Estado la abstención o la inhibición, son derechos del ciudadano.

-Segunda generación. Son los derechos sociales, los derechos económicos y los derechos culturales, los que aparecen con el llamado constitucionalismo social, superador del constitucionalismo clásico. Es un constitucionalismo que demanda la intervención del Estado para igualar desiguales, a través del derecho del trabajo, el derecho de la familia. Estos nacen con la Constitución de México, a raíz de la Revolución Mexicana de 1917, la Constitución de Weimar de 1919 en Alemania, la Constitución de Austria y el llamado constitucionalismo social de la década de 1940.

-Tercera generación. Los derechos humanos. Naciones Unidas menciona entre los derechos humanos el derecho a la paz, al crecimiento económico, al desarrollo económico y a la preservación del medio ambiente. No por casualidad, en la compleja relación eco-eco como dijera Maurice Strong, cuando inauguró la Conferencia de Naciones Unidas de Río de 1992, están juntos el desarrollo económico y la preservación del medio ambiente.

El desarrollo sostenible, como se mencionó, tiene tres dimensiones, tres pilares inescindibles: la económica, la ambiental y la social. Entonces, el Derecho ambiental es bifronte, porque es, además de un derecho de tercera generación, un derecho humano de cuarta generación, en cuanto a derecho intergeneracional. Gabriel Ferrer mencionaba un nuevo sujeto de derecho colectivo que son las generaciones futuras; y esto que parece un enunciado meramente académico, teórico, lo he visto aplicado por la justicia de manera absolutamente práctica.

El concepto de generación futura es un concepto, que más allá de ser muy importante del punto de vista teórico del derecho ambiental, que tiene ulterioridades prácticas. Recuerdo un caso que se dio en la justicia de Mar de Plata, en la Provincia de Buenos Aires, Argentina, que se suscitó a partir del llamado a licitación para la concesión del relleno sanitario de la ciudad de Mar de Plata. En el pliego licitatorio, el Municipio General Pueyrredón de la ciudad de Mar de Plata, estableció que el predio debía tener cuando menos diez hectáreas y estar ubicado a no menos de dos kilómetros y medio del sector urbano consolidado. Entendía por sector urbano consolidado a aquel que tenía una población no menor de cuarenta habitantes por hectárea. Se realizó la licitación y ganó una empresa que ofrecía un predio que tenía diez hectáreas y que estaba ubicado a un kilómetro y medio de un viejo barrio de la ciudad de Mar de Plata, llamado Villa Parque Hermoso. La gente se resistió diciendo que no se cumplía con el pliego licitatorio porque el predio estaba ubicado a un kilómetro y medio del lugar de donde ellos habitan. Promovieron una acción de

amparo colectivo ambiental, sosteniendo que la decisión del Municipio es arbitraria al dar en concesión dicho predio y que la técnica del relleno sanitario, no es la adecuada en términos ambientales, porque ponía en riesgo la calidad del medio ambiente, la salud pública, etcétera.

El problema era que el barrio estaba escasamente poblado. Tenía, en realidad, veintitrés habitantes por hectárea, no cuarenta. Pero Pedro Hofft —Juez de primera instancia del Juzgado de Garantías número 4 de Mar de Plata— muy inteligentemente hizo el siguiente razonamiento: “El problema es que el barrio se opone a la instalación del relleno sanitario porque en definitiva este relleno va a quedar ubicado a un kilómetro y medio del lugar donde habitan.” La réplica fue: “¿no está diciendo que en realidad el barrio no es sector humano consolidado, sino un barrio escasamente poblado, que tiene veintitrés habitantes por hectárea y la norma dispone que cuando menos debe tener cuarenta habitantes por hectárea?” “Sí, —contestó el juez— ¿pero cuánto dura la concesión, treinta años? ¿Y cuál es el crecimiento vegetativo anual del barrio en los últimos diez años?” Se hizo un cálculo y se proyectó ese crecimiento vegetativo a lo largo de los treinta años que iba a durar la concesión y se llegó a la conclusión de que pasados diez años, el barrio iba a superar los cuarenta habitantes por hectárea. Por lo que el Juez concluyó que, “siendo un tema de Derecho ambiental, debo velar no solamente por el interés de las generaciones presentes, sino también por el de las generaciones futuras”, e hizo lugar a la demanda.

La temática ambiental implica un cambio en la lógica jurídica clásica y una mutación axiológica desde el punto de vista del derecho en general. Ese cambio está expresado a través de los llamados principios de Derecho ambiental. Creo que existe un Derecho ambiental latinoamericano y caribeño que tiene algunos puntos en común como una estructura legal casi idéntica o semejante a todo lo largo del continente. Casi todos los países de América Latina tienen al Derecho ambiental inserto en sus constituciones. En este sentido Raúl Brañes habla del constitucionalismo verde, que es el fenómeno que se dio a partir de la décadas de los años 70 y 80 en América Latina, que es cuando se incorporó el Derecho ambiental en las constituciones políticas de nuestros países.

Casi todos los países de América Latina tienen una ley marco, una ley general del ambiente, una ley base del medio ambiente o una ley orgánica del medio ambiente. A partir de ellas aparecen leyes sectoriales. Además, las instituciones que aparecen contenidos en estas leyes generales del ambiente, en general, son similares en toda Latinoamérica. Una novedad que advierto a partir de las últimas leyes generales del ambiente en nuestro continente, las del siglo XXI, es que contienen principios de política ambiental o principios de Derecho ambiental. Creo que es un gran acierto de parte de las legislaciones incorporar dichos principios. Como se sabe, los principios son normas jurídicas. A diferencia de las reglas jurídicas, los principios son normas jurídicas inacabadas, germinales, son normas jurídicas *prima facie*. Así lo llama Robert Alexy. Los principios son, a decir de este autor alemán, “mandatos de optimización”. Están más ligados con el deber ser que con el ser, más con la realidad, con un mundo ideal —como un mandato de optimización en el sentido de que deben ser cumplidos en la medida de lo posible— que con un mundo de exigibilidad o de obligatoriedad precisa y concreta. Las reglas, en cambio, son normas jurídicas más o menos perfectas, es decir, normas que incluyen una descripción de la conducta y un régimen de sanción, lo que las torna obligatorias o exigibles. Los principios tienen una estructura mucho más endeble que las reglas de derecho. Esa es la diferencia entre principios y reglas, ambos constituyen en su conjunto las normas jurídicas.

Los principios generales de derecho, los principios como ideas rectoras, son la base misma de la disciplina y del régimen jurídico. Es el principio, la idea rectora, la idea directriz, la línea de orientación, la razón de justificación, la pauta de valoración que da coherencia y unidad al sistema. El Derecho ambiental está constituido por principios y el que lo diferencia del resto de las disciplinas clásicas es el polémico y “enigmático” principio precautorio. Éste aparece hoy consagrado en infinidad de legislaciones de América Latina y el Caribe y es mencionado en ocasiones como “criterio” o “enfoque” y en otras como “principio” en infinidad de tratados, protocolos y convenios internacionales.

El principio precautorio es un cambio de la lógica jurídica clásica. El principio precautorio parte de la base de la “incerteza”, duda, o incertidumbre. Se debe observar que, por el contrario, cuando se habla de “daño”, de “daño jurídico” o de “daño reparable” se parte del concepto de “certeza”. Cuando un abogado clásico habla de daño jurídico va exigir tipificar a éste como directo, concreto, personal, diferenciado, individual. El daño ambiental, en cambio, es muchas veces incierto, impersonal, indiferenciado y en ocasiones se presenta como un daño futuro incierto, de manera que encontramos una especie de derecho de daño —el daño ambiental— que curiosa o paradójicamente no cumple con ninguno de los requisitos clásicos del derecho de daño. Ello ha llevado al operador jurídico a innovar, “a aplicar lo mismo pero de manera diferente” (Morello) y en ese tránsito de cambio, de búsqueda de adaptación para dar respuesta a un problema nuevo, a nuevos derechos, derechos de incidencia colectiva, intereses difusos o derechos de masa, derechos comunitarios, como son los derechos ambientales, surge de entre los principios del derecho ambiental, el principio precautorio. Y este no es más ni menos que el ejercicio activo de la duda, como lo denomina la Ley de Biodiversidad de Costa Rica *in dubio pro-naturaleza* o en caso de duda a favor del medio ambiente.

El principio precautorio opera sobre el riesgo del desarrollo, el riesgo de la demora, produce una inversión de la carga de la prueba. Es un nuevo fundamento de la responsabilidad por daño, es la frontera más ancha del Derecho ambiental y la más ancha del derecho en general. El principio precautorio tiene una estructura tridimensional porque es de derecho pero al mismo tiempo comparte su territorio con la moral y la política. Se van a ver muchas leyes en que se menciona al principio precautorio como un principio de política ambiental y no como un principio de derecho. La UNESCO, por ejemplo, define al principio precautorio en términos de proyectos, actividades u obras plausibles desde el punto de vista científico, pero moralmente inaceptables.

En ese caso la duda opera en favor de la prevención o de la precaución, en el sentido de que hay que adoptar medidas tendientes a evitar o impedir la degradación del medio ambiente. El principio precautorio, o criterio de precaución, tiene hoy “carta de ciudadanía” en el Derecho ambiental latinoamericano y caribeño. Se sabe que el principio precautorio apareció por primera vez en Alemania en 1971, en la Ley del Medio Ambiente. Después, en el Derecho del Mar, en la Primera y la Tercera Conferencia Internacional del Mar del Norte, entre 1987 y 1990, y si bien tiene una larga trayectoria en distintos convenios internacionales —aparece por ejemplo en 1991 en el Convenio de Bamako, África, sobre Movimientos Transfronterizos de Desechos Peligrosos y en Convenios relativos a la protección del Mar Báltico—, definitivamente volvió al Derecho ambiental en 1992, en la Conferencia de Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, donde se lo consagró en la letra del Preámbulo de la Convención sobre Diversidad Biológica. Posteriormente, se lo instituyó como el artículo 3.3 de la Convención Marco del Cambio Climático, se

incluyó como el Principio 15 de la Declaración de Río de Janeiro y, finalmente, utilizado para darle vida al Protocolo de Cartagena sobre Bioseguridad, el cual fue aprobado en Montreal en 2000. Por último, constituye un principio fundamental de política ambiental de la Unión Europea, a través del artículo 130R del Tratado Maastricht y el 174 del modificatorio Tratado de Ámsterdam.

Ahora bien, este principio ha tenido una recepción no uniforme en cuanto a los vocablos que utiliza y a los presupuestos de aplicabilidad que aparecen en los distintos documentos internacionales e incluso en instrumentos nacionales. Es de notarse su inclusión en el Protocolo de Montreal sobre sustancias que debilitan la capa de ozono, un evento donde se adoptaron medidas precautorias para proteger la capa de ozono, controlar de manera equitativa las emisiones globales de sustancias que la debiliten —buscando, finalmente, eliminarlas— utilizando el desarrollo del conocimiento científico.

En la Declaración Ministerial de Bergen sobre Desarrollo Sostenible (1991), de la Comunidad Económica Europea, se dice que con el objetivo de lograr un desarrollo sustentable, las políticas deben basarse en el principio de precaución. Las medidas ambientales deben anticipar, prevenir y atacar las causas del deterioro ambiental, cuando existan amenazas de daño grave e irreversible. La falta de certeza científica no debe utilizarse como razón para posponer medidas destinadas a prevenir el deterioro del medio ambiente. La Declaración de Río de Janeiro lo denomina criterio de precaución.

La diferencia de denominación entre criterio, enfoque y principio no es caprichosa. En realidad quienes hablan de criterio de precaución le restan potenciabilidad al principio de precaución. Es decir, quienes ven en la precaución un criterio, ven una aproximación, un enfoque, una recomendación, una directiva, dirigida o destinada fundamentalmente al funcionario público, quien debe tener en cuenta medidas de obstaculización más fuertes que las contenidas en el principio precautorio. En cambio, no ven en él una norma jurídica. De allí la denominación “criterio de precaución”. En la Declaración de Río aparece como criterio de precaución y dice que cuando hubiera “peligro o daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como argumento para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos, para impedir la degradación del medio ambiente.”

En el artículo 3.3 de la Convención Marco del Cambio Climático, se menciona que cuando haya “amenaza” de daño grave irreversible, no deberá utilizarse la falta de total certidumbre científica”, como razón para posponer tales medidas, tomando en cuenta que las políticas y las medidas para hacer frente al cambio climático deben ser eficaces en función de los costos, con el fin de asegurar beneficios globales al menor costo posible; en la Tercera Conferencia sobre Protección del Mar del Norte se le refiere a “cuando no exista certeza científica que permita probar una relación causal, entre la emisión de dichas sustancias y tales efectos”; en el Convenio de Diversidad Biológica se habla de “falta de pruebas científicas inequívocas como razón para aplazar las medidas encaminadas a evitar o a reducir esta amenaza”; en Cartagena y en Johannesburgo aparece nuevamente como criterio de precaución. La declaración de la **UNESCO** que se mencionó con anterioridad dice: “Cuando la actividad humana pueda conducir a un daño moralmente inaceptable que es científicamente plausible pero incierto, diversas medidas pueden ser tomadas para evitar o disminuir la posibilidad de este daño.”

Ricardo Lorenzetti dice que el principio de precaución genera una serie de interrogantes. En primer lugar, se pregunta si es una obligación o una opción, vale decir, si es un principio de derecho o un enfoque, una aproximación o un criterio. Si es un principio de derecho es una norma jurídica y como tal en la medida de lo

posible, los principios son mandatos de optimización, deben cumplirse en la medida de lo posible, es obligatorio. Si tiene valor normativo o simplemente se trata de una exhortación. ¿Quiénes son los destinatarios? Es decir, si los destinatarios son solamente funcionarios estamos pensando que es un enfoque, un criterio. Si en cambio los destinatarios son la universalidad de personas, los habitantes, estamos pensando que es un principio de derecho. ¿Cuáles son los efectos sobre las políticas públicas, cuál es el contenido del principio y cuáles son los presupuestos de aplicación? El principio precautorio, dice Lorenzetti, “genera una obligación de previsión extendida y anticipatoria. Se trata de un principio proactivo en la adopción de decisiones, es un concepto jurídico indeterminado, es una norma jurídica, no una mera declaración y la incerteza debe existir al momento de adoptar las decisiones”.

Siguiendo con Lorenzetti, en la aplicación de principio precautorio él dice que deberá tenerse en cuenta que:

1. Es casuístico. El principio precautorio se aplica con un criterio caso por caso, no se aplica de manera absoluta sino con un criterio relativo, dependiendo de las circunstancias del caso en particular.
2. Deberán agotarse las posibilidades de reducir la incertidumbre, aunque uno de los presupuestos del principio precautorio es justamente la incertidumbre.
3. La aplicación es dinámica y adaptativa.
4. Es equitativa.
5. Produce el traslado del riesgo, del riesgo de la duda, de la demora, probatorio la inversión de la carga de la prueba y del de desarrollo.

Estas son las condiciones de aplicabilidad del principio precautorio según la doctrina mayoritaria. En una situación de incertidumbre, el principio precautorio se basa en un factor de atribución de responsabilidad de riesgo. Es decir, el factor de atribución de responsabilidad del principio precautorio, es el riesgo, es el peligro o es la amenaza. “Peligro de daño grave o irreversible” y “falta de certeza científica absoluta” es lo que menciona el Principio 15 de Naciones Unidas.

A su vez, la ley 25675, Ley General del Ambiente de Argentina, es más amplia; dice que, frente al peligro de daño grave e irreversible, “la falta de certeza científica o la ausencia de información’ no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces, en función de los costos, para impedir la degradación del medio ambiente”. Para la aplicación del principio precautorio los requisitos son:

1. Incertidumbre, incerteza. El principio precautorio es el ejercicio activo de la duda.
2. Debe realizarse una evaluación científica del riesgo.
3. Perspectiva de daño grave o irreversible. El principio precautorio está limitado a situaciones de excepción. Se trata de riesgo, de peligro, de amenaza, de daño grave irreversible, vale decir, de un daño calamitoso.
4. Una vez que se decide tomar las medidas, debe existir razonabilidad, proporcionalidad en las medidas y transparencia en ellas.
5. La inversión de la carga de la prueba. Antonio Benjamín enseña que el principio precautorio no solamente invierte la carga de la prueba sino también el estado de juridicidad. Quien desarrolla una actividad de riesgo, de daño grave e irreversible, desarrolla una actividad antijurídica hasta que demuestre lo contrario.

La Unión Europea, preocupada por este efecto del traslado del riesgo probatorio, de inversión de la carga de la prueba, ha sostenido en una resolución —Anexo al Tratado Niza del año 2000 de la Comisión Europea— que el principio precautorio no siempre produce la inversión de la carga de la prueba. Menciona que el criterio correcto en materia de inversión de la carga de la prueba, es uno casuístico. Habrá

que analizar caso por caso para determinar si se produce o no la inversión de la carga de la prueba.

El principio precautorio parece consagrado en las legislaciones de América Latina; está en distintas normas. A continuación, voy a precisar en cuáles de ellas he encontrado dicho principio:

- La Constitución Política de Ecuador de 1998 lo contenía en el artículo 91. La reciente Reforma aprobada en julio de 2008 vuelve a contenerlo, esta vez en los artículos 395 y 396.
- México lo contiene en la Ley de Bioseguridad de Organismos Genéticamente Modificados, en su artículo 8.
- En Panamá, aparece en la Ley de Protección Ambiental N° 99, artículo 2.
- El Salvador, en el decreto 233, artículo 2 inciso E.
- Cuba está presente en la ley 81/ 97, artículo 4, inciso D.
- República Oriental del Uruguay, en la Ley General del Ambiente de 2000, ley 17283, en el artículo 6, apartado B.
- Argentina, en la Ley General del Ambiente 25675, artículo 4.
- Nicaragua, en la Ley 217, 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, en la Ley de Política Ambiental,
- Perú, ley 28611 de octubre de 2005, título preliminar, artículo 7.
- Colombia, en la Ley 99/93.

El Derecho ambiental tiene pretensiones de evitación temprana, de reparación en especie y por último, de “regulación continua” (Lorenzetti), en garantía de la efectividad normativa. Es decir, el Derecho ambiental tiene un ámbito fértil de regulación de la incertidumbre, del riesgo, de la amenaza, del peligro a través del principio precautorio y del principio de prevención, pero, también, tiene un sistema de responsabilidad muy singular en materia de daño ambiental que implica que la responsabilidad por dicho tipo de daño primero es precautoria-preventiva, que una vez ocurrido el daño es de restauración en especie o *in natura* o de recomposición, de compensación ambiental y, finalmente, indemnizatoria. Además, al Derecho ambiental le interesa fundamentalmente la implementación, la efectividad, la ejecutoriedad, la aplicación de la norma. De manera que una de sus características es la “pretensión de regulación continua”. Por ello, es necesario construir una “teoría de la implementación del Derecho ambiental” (Benjamín, Lorenzetti, entre otros).

Para el Derecho ambiental es tan importante la existencia de una normativa específica como la aplicación de la norma y, probablemente, el desafío más grande que tiene es cómo hacerlo efectivo. Dice Antonio Benjamín que los operadores jurídicos padecemos del “síndrome del avestruz” frente a las problemáticas ambientales. Metemos la cabeza bajo la tierra y no queremos ver la realidad de nuestro entorno, el cual está muchas veces envilecido y degradado en detrimento no solamente de las generaciones actuales sino también de las futuras.

El principio precautorio es el principio básico, esencial del Derecho ambiental. Dicho principio, al igual que el de prevención, opera sobre las causas y las fuentes de los problemas, de manera integral, holística, totalizadora. La diferencia es que el principio de prevención se encarga del riesgo sabido, conocido, verificado, comprobado, real, en tanto que el de precaución interviene sobre el riesgo hipotético, sospechado, el posible. La diferencia es de grados, es una diferencia de visión. Lo

que pasa es que la prevención no escapa de la lógica jurídica clásica. La lógica jurídica clásica se basa en el concepto de la certeza y la prevención opera sobre el riesgo cierto, en tanto que la precaución lo hace sobre el riesgo incierto. Esto implica un cambio en la lógica jurídica clásica. El principio precautorio es tan importante hoy que no solamente es un principio básico, por ejemplo, en la Unión Europea, sino que también, como lo señala Michel Prieur, Francia lo incorporó en 2005, a través de la llamada “Carta del Medio Ambiente”, a su Constitución política.

En Francia el principio precautorio es constitucional. Aparece como artículo 5 de la Carta del Medio Ambiente, la cual tiene la misma jerarquía que la Declaración de los Derechos del Hombre, del Ciudadano. Es un documento que tiene diez artículos, de los cuales el 5 consagra definitivamente el principio de precaución como norma jurídica, como principio de derecho del ordenamiento francés.

Dicho principio, al menos en Argentina, viene siendo aplicado de manera activa por la jurisprudencia nacional y provincial; ha convulsionado la doctrina judicial en nuestro país y es el “principio de punta” del Derecho ambiental. Esto no significa que esta jurisprudencia se agote en los principios precautorios y de prevención. Hay otros igualmente importantes como, por ejemplo, el derecho de la sostenibilidad. El gran objetivo, como enseña Antonio Benjamín del Derecho ambiental, es lograr la sostenibilidad. Pienso que sí se podría hablar de un derecho de sostenibilidad o derecho de la sustentabilidad.

La sostenibilidad es un principio de Derecho ambiental, que nos lleva, necesariamente, a conjugar las tres dimensiones —la social, la económica y la ambiental— y nos obliga a pensar en términos de equidad intergeneracional, es decir, a satisfacer el crecimiento económico y las necesidades de las generaciones actuales sin comprometer los recursos y capacidades de las generaciones futuras, como señalara Gro Brundtland en la fórmula de desarrollo sostenible contenido en el informe *Nuestro Futuro Común*, de 1987.

El principio de sostenibilidad, así como el de prevención, el de precaución, el de responsabilidad —que no es otro que el “principio contaminador pagador”, en virtud del cual, quien introduce el riesgo en la comunidad (riesgo ambiental), o quien produce daño ambiental, debe hacerse cargo de los costos económicos, de la prevención y de la reparación o de la recomposición del daño ambiental— es de responsabilidad objetiva, el principio de responsabilidad o el principio de contaminador pagador.

Se ha mencionado al principio de “gobernanza ambiental”. La ley 28611 de Perú lo señala como un principio de política ambiental o de Derecho ambiental. Creo que es absolutamente necesario el ordenamiento ambiental, el fortalecimiento institucional, el “principio de congruencia”, tomando en cuenta que la legislación ambiental es una sola, es uniforme. Ella debe ser compatible tanto en la legislación superior como en sus derivados. De lo contrario, nos toparemos con el problema de falta efectividad del Derecho ambiental.

Se duda acerca de si el Derecho ambiental es subjetivo o si, mas allá de que aparezca consagrado en constituciones políticas o nacionales, es un derecho de la naturaleza sustantiva o procesal, debido a su falta efectividad. Ramón Ojeda Mestre dice, de manera gráfica, que el Derecho ambiental padece de “raquitismo deficiencia”. Para Orlando Rey el del Derecho ambiental no es tanto un problema de dimensión normativa, sino de su aplicación. Al respecto, se sabe que existe legislación pero lo que falta es tornarla efectiva, es decir, aplicar el Derecho ambiental. Ese es el gran desafío que tenemos todos los operadores jurídicos: ¿Cómo hacemos para

transformar el Derecho ambiental de la letra de nuestras constituciones, de la letra de nuestra leyes generales del ambiente o de la letra de leyes sectoriales, en un derecho efectivo, cuando existen conflictos de principios y cuando, en muchas ocasiones debe velar por otros intereses igualmente valiosos, basados en conceptos clásicos del derecho, —por ejemplo, económicos, de crecimiento económico o comerciales?

El Derecho ambiental produce una metamorfosis, “un cambio copernicano” (Morello, Goldenberg) tan profundo en todos los institutos clásicos del derecho que, por ejemplo, desde el punto de vista de la empresa, nos dice Lorenzetti, genera nuevos tipos de conflictos. La empresa estaba acostumbrada al conflicto intra-empresario —es decir, al conflicto entre patrón, empleador y trabajador, conflicto de derecho del trabajo—, y al conflicto inter-empresario —de derecho comercial, conflicto con el cliente y con el proveedor—. De pronto se ve inmersa en otro tipo de conflicto, de base social, porque el Derecho ambiental es un derecho de grupo, de clase, de categoría, esto es, ligado a una pluralidad de sujetos integrantes de un grupo, vinculados en virtud de una pretensión de goce de una misma prerrogativa. De manera tal que la afectación a una porción o fragmento de ese interés de naturaleza supraindividual afecta a todos por igual, de la misma manera que la satisfacción a una cuota, parte, fragmento, porción de ese interés de naturaleza supraindividual satisface a todos por igual (Stiglitz, Morello, Berizonce, Hitters). El Derecho ambiental es un derecho de goce, disfrute y afectación solidaria. Es por ello que rompe con los moldes del derecho clásico, el cual está pensado para proteger situaciones y derechos individuales.

En síntesis, debemos tener en cuenta que el Derecho ambiental representa intereses de naturaleza colectiva o supraindividuales, por lo que todos los institutos clásicos del derecho deben aplicar unas modificaciones en la concepción del derecho en general. El derecho clásico, de base liberal decimonónica, está pensado para proteger “derechos subjetivos”, intereses individuales, exclusivos, excluyentes, diferenciados, propios, directos.

El Derecho ambiental se aloja en intereses reflejos, indirectos, de masa, clase, plurales, intereses supraindividuales, colectivos, lo que provoca que todas las herramientas jurídicas clásicas tradicionales dejen de funcionar en ese marco. No sirven frente a la problemática ambiental. Es necesario *aggiornar* (Lugones, Morello), redefinir, reformular, a partir de la emergencia de los llamados intereses difusos o derechos de incidencia colectiva, los que tienen dos notas características:

1. Pertenecen a una pluralidad de sujetos, integrantes de un grupo, clase, categoría, una nota subjetiva. Pero también a grupos amorfos, indiferenciados, plurales, y una nota objetiva es que recaen sobre bienes indivisibles. El ambiente es un bien indivisible y eso hace que sea absolutamente necesario cambiar todas las estructuras clásicas del derecho. Lo que impulsa todo esto son los principios del Derecho ambiental que aparecen consagrados en la ley 28611 del Perú, mencionados en la ley 64 de República Dominicana, en la ley 17283 de la Ley General del Ambiente del Uruguay, o en la Ley 25675, Ley General del Ambiente de la Argentina.
2. Son normas flexibles, pero que también tienen peso o importancia, el cual depende del juicio de ponderación que realiza el operador jurídico, el intérprete. Quien le da vida a los principios es la Autoridad de Aplicación o el Juez al momento de resolver el conflicto ambiental.

Los principios cumplen una función de interpretación, de aplicación de la norma, de integración, porque cubren vacíos legislativos, actúan como diques de contención para mantener la pureza del sistema, sirven para renovar la normativa obsoleta y

como mecanismo de innovación. Los principios, señala Ricardo Lorenzetti, tienen una función “delimitativa” y “fundante”, en la medida en que imprimen valor. Y el Derecho ambiental tiene un “paradigma de anclaje en los bienes y valores colectivos”.

El daño ambiental es toda alteración negativa relevante del ambiente, del equilibrio del ecosistema, de los recursos, de los bienes o valores colectivos. Estos conceptos son absolutamente modernos, tanto que rompen con los moldes jurídicos clásicos. El Derecho ambiental es un cambio en la cultura jurídica en general. El principio precautorio es un principio estructural que tiene su ámbito de aplicación fértil en la etapa del pre-daño, antes que se produzca el daño. No obstante, al ser un principio estructural puede tener influencia en la etapa del “ex post”, es decir, en la del daño. Esto es así porque el “paradigma de anclaje” del Derecho ambiental es la defensa a ultranza de los bienes y valores colectivos y porque el daño ambiental es un concepto diferente al del daño civil clásico. En realidad, el daño ambiental es bifronte, una “expresión ambivalente” (Bustamante Alsina) que designa, por un lado, el daño ambiental individual y, por el otro, el daño ambiental colectivo que es el daño al ambiente en sí mismo (Stiglitz).

Es de destacar como ha cambiado el proceso jurídico a partir de la emergencia del paradigma de la sostenibilidad o del paradigma ambiental. El juez ha dejado de ser pasivo, neutral o legalista para pasar a ser activo, con compromiso social y de protección de daño. La carga de la prueba deja ser estática —en virtud de la cual debe probar aquel que alega, según el viejo adagio romano— para pasar a ser dinámica, en la que debe probar quien que se encuentra en mejores condiciones técnicas y económicas para probar. O también se producen inversión de la carga de la prueba o se debe aplicar efectivamente el principio procesal de colaboración, en materia de carga de la prueba.

La apreciación de la prueba deja de ser atomística, insular y pasa a ser integral, en la que tiene especial importancia la presunción. El daño ambiental se prueba con indicios, plurales y concordantes, es decir, con prueba de presunciones. Exigir prueba directa del daño ambiental es prácticamente exigir “la prueba diabólica”, imposible de lograr, para un hecho que, de por sí, es de producción indirecta. El daño ambiental se prueba como se probaba en el juicio de simulación, el engaño o hecho simulado, vale decir, como ya se mencionó, con prueba de indicios, plurales y concordantes. Las cautelares dejan de ser cautelares de garantía, de resultado, para pasar a ser cautelares precoces, tempranas, anticipatorias. No me cansaré de enseñar que el Derecho ambiental es un campo fértil o próspero para las llamadas “cautelares materiales” o cautelares anticipatorias e innominadas, genéricas o auto satisfactorias.

Todo cambia, la legitimación de obrar deja de ser cerrada para pasar a ser abierta, grupal, casi una suerte de acción popular. También afirmamos que no deben existir restricciones ni límites al acceso a la jurisdicción en defensa del medio ambiente. Cualquier interpretación de carácter reduccionista o de angostamiento de la legitimación de obrar, que es “la llave de acceso al proceso” (Bidart Campos), es inconstitucional. En la medida en que nuestras legislaciones contengan el Derecho ambiental en su Constitución Política, Ley Suprema o en su Constitución Nacional, cualquier interpretación que se haga de ese foco procesal o pieza clave del proceso, tan sensible al interés social que es la legitimación de obrar, es inconstitucional. De manera que lo que tenemos que hacer los operadores jurídicos, especialistas en Derecho ambiental, es aceptar el desafío de una nueva cultura jurídica, predicar la necesidad de *aggiornar*, redefinir, reformular, aplicar lo mismo pero de manera diferente, teniendo claro que el Derecho ambiental se nutre con “reglas, técnicas, principios y procedimientos propios” (Pigretti). En la medida en que no sepamos transmitir con

toda energía esta nueva etapa de la cultura jurídica, estará en juego la salud de la comunidad, la calidad de la vida, la vida misma, la integridad psicofísica de los habitantes, la suerte de la generación presente y la de las generaciones futuras.

En resumen, el principio de precaución aparece enunciado en distintas leyes del medio ambiente y el principio precautorio es hoy uno de los principios básicos de política ambiental.

Para finalizar, existen numerosos principios de política ambiental o de Derecho ambiental que aparecen claramente consagrados en la Ley:

- El de prevención.
- El precautorio.
- El de integración, de congruencia o régimen jurídico integral.
- El de gobernanza ambiental u ordenamiento ambiental, según la legislación de que se trate.
- El de sostenibilidad o principio de sustentabilidad.
- El de equidad intergeneracional.
- El de cooperación.
- El de solidaridad.

Todos son principios que constituyen la base misma del Derecho ambiental, el cual tiene “cuerpo privado y alma pública”, como enseña la doctrina española y, en Argentina, Osvaldo Gozaíni, lo que lo convierte en un híbrido. Es tanto derecho privado como público y contiene normas de orden público. Tiene una fuerte vocación redistributiva (Ramón Martín Mateo) y una regulación técnica muy fuerte porque tiene una relación muy cercana con las ciencias duras y las ciencias de la naturaleza. El Derecho ambiental vela por el interés colectivo, de manera que todas estas características le dan su impronta a la materia y debemos tratar de imponerlas o defenderlas en la medida de la especialidad.

El Derecho ambiental es como un programa de computación; tiene infinidad de variantes, códigos y si se le infecta con un virus se le destruye o se lo vuelve disfuncional. Lorenzetti enseña, con extraordinaria maestría, que es un “derecho herético, mutante y decodificante”, “una invitación a una fiesta”. Yo pienso que es transmutante.

Los principios de Derecho ambiental tienen, lo que llaman en la doctrina mexicana, enseñada por el Magistrado Neófito López Ramos, “poder de irradiación”. En realidad, son portadores de un “interés prevalente”, aloja un interés prevaleciente; contiene, como enseña Ricardo Lorenzetti, un “meta valor”, el cual es una suerte de súper estructura. Por su parte, Jorge Mosset Iturraspe, un notable civilista argentino, dice que el Derecho ambiental es “un derecho invasor”, por su poder de penetración.

Hace ya tiempo que Michel Prieur y Fuenzalide, en Chile decían que el Derecho ambiental es un “derecho horizontal”, que penetra y se solapa entre todas las disciplinas clásicas dándole su impronta. Apuntaban que se trata de un derecho de reagrupamiento. A mi juicio es un derecho muy fuerte porque iguala desiguales, iguala al vecino, al hombre de la comunidad, al habitante, con los centros de poder político y económico. De manera que tiene características muy especiales, además de ser de vocación universal, como lo señalaba Gabriel Real Ferrer, cuando hablaba de un derecho global, un derecho universal, un derecho planetario.

Ramón Ojeda Mestre enseña que el Derecho ambiental tiene 100 caras, “es dicrónico”, porque se maneja en dos tiempos —el presente y el futuro—. Concluyo que es un derecho de matriz desconcertante, aunque lo que sí queda muy claro es que es “el derecho” por excelencia del Siglo XXI, de la “Sociedad del Riesgo”

(Ulrichbeck). Basta con ver la evolución del régimen de responsabilidad por daños (Salvador Bergel, François Ost) para advertir este fenómeno. El factor de responsabilidad giraba alrededor la responsabilidad subjetiva en el siglo XIX, luego a la responsabilidad objetiva en la primera mitad siglo XX, —teoría de Josserand—, de ahí a la doctrina del riesgo, responsabilidad objetiva, en la segunda mitad del siglo XX, donde cobran importancia la prevención, el riesgo cierto, el riesgo conocido, el riesgo verificado. ¿Para qué esperar a que se consuma el daño si se puede prevenir o actuar sobre las causas y las fuentes de los problemas, con un sentido holístico, totalizador, integral y prioritario? Ese es el principio de prevención, el que asomó como el gran progreso del derecho de daño del régimen de la responsabilidad por daño en la segunda mitad del siglo XX. En el siglo XXI el derecho ha dado otro giro con las llamadas sociedades de riesgo, según el sociólogo alemán Beck, en el que el factor de atribución por excelencia es el principio de precaución. El principio de precaución es el que diferencia el derecho ambiental del resto de las disciplinas clásicas. Este principio merece especial atención; cuando Josserand enunció la “teoría del riesgo creado”, quienes se oponían a esta teoría como un sistema de responsabilidad objetiva, dijeron que era el fin de la Revolución Industrial. Hoy que se invoca como un principio nuevo, progresista del Derecho ambiental y en general del derecho, se dice que detiene el desarrollo económico, que va en contra de la actividad industrial o en contra de la actividad productiva y que no se puede ni siquiera mencionar como un principio de derecho. Se dice, también, que el principio de precaución “es volver al régimen de responsabilidad subjetiva”, a la culpa. No es así. Yo creo que, aun frente a las críticas que se le formulan, más allá de que algunas de ellas son muy razonables e inteligentes, como piensa Philippe Le Toruneau, un gran civilista francés, es un principio que opera sin daño, sin indemnización, sin víctimas.

El principio de precaución es el motor de cambio de una nueva cultura jurídica y dentro del principio de precaución se aloja toda la problemática del Derecho ambiental. Ese es el desafío que tenemos todos los operadores jurídicos respecto de esta novísima disciplina, de este nuevo derecho, de matriz obviamente desconcertante, que es el Derecho ambiental.

PREGUNTAS Y OBSERVACIONES AL CONFERENCISTA

Pregunta: ¿Existe alguna forma de acción popular, de carácter preventivo, es decir, no la acción ante algún daño ocasionada sino sólo ante la amenaza de daño?

Respuesta: En la Argentina, hace poco tiempo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación dictó un fallo en una causa contra la provincia de Chubut iniciada a raíz del pedido de concesión para la explotación de una mina de oro ubicada en la Patagonia, en una localidad llamada Esquel de dicha provincia. Después de 6 o 7 años de exploración una empresa minera descubrió un yacimiento de oro ubicado en un cordón montañoso de la ciudad que tiene un gran atractivo turístico y pidió la concesión al estado Provincial para explotar el yacimiento. La explotación se iba a desarrollar a cielo abierto y con cianuro. El Código de Minería de Argentina prevé la presentación del Estudio de Impacto Ambiental ante la Autoridad Provincial. El **EIA** fue aprobado y cuando se estaba en condiciones de otorgar la concesión se movilizó todo el pueblo de Esquel oponiéndose al desarrollo de la explotación minera en la región. Su reclamo era que preferían vivir sin actividad minera, manteniendo, simplemente, su desarrollo turístico. El siguiente paso fue iniciar una acción de amparo ante la justicia local —la justicia ordinaria— en el que pedían que la empresa, además de cumplir con las normas de protección ambiental contenidas en el Código de Minería —el que se aplica de manera uniforme en todo el territorio argentino—, que

lo hiciera con la Ley Provincial de Evaluación de Impacto Ambiental de la Provincia de Chubut, la que exige dentro del proceso de presentación y aprobación del **EIA** un mecanismo de Audiencia Pública, entre otras cosas.

La presión fue tal sobre el Intendente Municipal, que el Jefe Comunal llamó a una suerte de plebiscito, en el que 80% de los consultados dijo “no a la minera”, contra 20% que aprobó el proyecto. Finalmente, la comunidad inició una acción de amparo colectivo ambiental y la justicia tanto de primera como de segunda instancia, en la Corte de Santa Cruz, les dio la razón, es decir que la minera debía presentar un Estudio de Impacto Ambiental, observando el mecanismo contenido en la Ley Provincial, además de la normativa ambiental contenida en el Código de Minería, lo que implicaba que debía darse un mecanismo de participación popular en la audiencia pública. Es probable que la minera pensara que, de exigirse la audiencia, no iba a ser aprobada la concesión, la que independientemente de no tener carácter vinculante, orienta la resolución final del conflicto. El caso terminó en la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la que confirmó los fallos de los tribunales inferiores, diciendo que la protección ambiental es objeto de una normativa concurrente, en la que concurren no solamente las normas de la Nación sino también las de Provincia, y las locales y municipales, de manera que debía observarse y cumplirse con todas la normativa en juego.

Pregunta: ¿Cuánta incertidumbre científica es necesaria o qué tipo de evidencia científica es necesaria para que el principio precautorio actúe?

Respuesta: En general, no se aplica el principio precautorio en un sentido puro o estricto. Se lo aplica como refuerzo del principio de prevención; pero, en realidad, en casi todos los casos que conozco se hacía frente a una situación que podía generar algún grado de incerteza, que bien podría haberse resuelto a la luz del principio de prevención. Me hace sentir bien que al menos se aplique el principio de prevención, porque ni siquiera nuestros tribunales se animan a aplicarlo frente a la amenaza, el peligro o riesgo cierto.

Observación: Sólo una cosa sobre el principio precautorio. Lo cómodo y políticamente correcto es decir que tiene que funcionar en cualquier caso y que cuando haya falta de certeza científica debe prohibirse una actividad o un producto. Pero el principio precautorio formulado así es imposible de cumplir.

No tengo los datos frescos pero, en términos generales, la industria utiliza unos 200 mil principios activos de los cuales sólo conocemos los efectos de unos pocos miles. Esa es la realidad. Hay muchas situaciones y casos sobre las cuales no se puede hablar con certeza, ni la habrá por mucho tiempo, porque no existen los conocimientos científicos para ello, y van a seguir funcionando.