

Título: Reglas de solución de conflictos entre propiedad y medio ambiente

Autor: Lorenzetti, Ricardo Luis

Publicado en: LA LEY1998-A, 1024

Cita Online: AR/DOC/12722/2001

Sumario: SUMARIO: PRIMERA PARTE: Propiedad y ambiente. -- I. La tutela del derecho de propiedad. -- II. La tutela del bien ambiental. -- III. Tipología de conflictos. -- SEGUNDA PARTE: Conceptos dogmáticos y mecanismos de solución de los conflictos de colisión.-- I. Conceptos dogmáticos. -- II. Mecanismos de protección ambiental. -- TERCERA PARTE: La solución de conflictos de colisión. -- I. La regla general. -- II. Actividades que se inician: prioridad de la esfera social. -- III. Actividades en curso.

PRIMERA PARTE: Propiedad y ambiente

I. La tutela del derecho de propiedad

1. Categoría dogmática del derecho de propiedad

El derecho de propiedad ha sido jurídicamente reconocido y fuertemente protegido a lo largo de la historia de la humanidad, constituyéndose en una piedra angular de las economías de mercado. De tal modo, se estableció que se trata de un derecho subjetivo, con calidades especiales: es un "derecho subjetivo absoluto", tiene protección inhibitoria y resarcitoria, oponibilidad "erga omnes", y se concedieron facultades ilimitadas al titular.

El derecho romano inició este camino. El Interdicto era una orden cautelar del magistrado, que podía consistir en vedar un acto, aplicándose cuando había un interés casi público y para proteger la posesión (Bonfante, Pedro, "Instituciones del Derecho Romano", Reus, p. 135, Madrid, 1979). También tiene una finalidad inhibitoria la actio confesoria, la actio negatoria o el juicio de jactancia. Este último era un remedio atípico de prevención del ilícito frente a una amenaza (conf. Rapisarda, Cristina, "Profili della tutela civile inhibitoria", p. 78, Cedam, Padova, 1987).

Se trata de un derecho absoluto y sobre esa base el legislador ha pensado en una protección fuerte (conf. Alterini, Jorge, "Tutela de la propiedad", en "Derecho de daños", Homenaje a Jorge Mosses Iturraspe, p. 415 y sigtes., La Rocca, Buenos Aires, 1991), basada en la exclusividad, en la oponibilidad erga omnes y en la tutela inhibitoria.

2. Colisión de derechos de propiedad: El conflicto vecinal

Se suele mencionar a los conflictos vecinales como hipótesis o, en algunos casos, como el germen de los problemas ambientales, a nuestro juicio erróneamente.

La existencia de varios derechos de propiedad en paridad, planteó un conflicto entre derechos de igual rango, que se trató bajo el título de "inmisiones", o "conflictos vecinales". De allí surgió la idea de que el derecho de propiedad tiene algunos límites internos y externos, principalmente establecidos por los otros derechos. El acto de emulación, el acto abusivo, el acto excesivo, la responsabilidad por inmisiones, son institutos que vinieron a recortar la concepción ilimitada del derecho de propiedad que reinó durante muchos siglos de la historia del derecho.

Los modos de solución de estos conflictos, tienen su origen en las formas en que se solucionan los atinentes a la propiedad. El art. 2499 del Cód. Civil Argentino tiene un párrafo que dispone: "Quien teme que de un edificio o de otra cosa derive un daño a sus bienes puede denunciar el hecho al juez a fin de que se adopten las oportunas medidas cautelares". El art. 2500 a su vez dispone: "La acción posesoria en tal caso tiene el objeto de que la obra se suspenda durante el juicio y que a su terminación se mande deshacer lo hecho". Se trata de la llamada "acción de daño temido", que se haya regulada en el art. 623 bis del Cód. Procesal de la Nación como "denuncia de daño temido" y que puede ser ejercida no sólo en caso de que un edificio amenace ruinas, sino también si el peligro nace de cualquier otro evento.

En muchos casos, se llega por este camino a los temas ambientales. Esto se nota claramente en sistemas como el anglosajón, que siguieron utilizando el concepto de molestias que provee el art. 2618 del Cód. Civil Argentino. Desde las restricciones al disfrute de la propiedad, se evolucionó hacia 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. Más que el desarrollo de este instituto, nos interesa ver el tipo de bienes protegidos: molestias al "razonable confort" derivadas de 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 (conf. Salmond, Heuston, "On the law of torts", p. 32, 20 ed. Sweet Maxwell, London, 1992).

Sin embargo, por más extensa que sea la interpretación de estas normas, en todos estos casos, estamos en presencia de conflictos entre derechos de propiedad y no de propiedad vs. ambiente. Los problemas ambientales que se tratan, surgen ocasionalmente porque suponen una molestia, una inmisión, una afectación de la propiedad del vecino (sobre este tema conf.: Algarra Prats, Esther, "La defensa jurídico-civil frente a humos, olores, ruidos y otras agresiones a la propiedad y la persona", Mac Graw-Hill, Madrid, 1995).

3. La tutela de la propiedad empresaria

Otra situación distinta de la anterior la plantea la propiedad empresaria, porque en ella no se involucra sólo al titular del derecho subjetivo, sino a terceros y a una multiplicidad de derechos en coordinación o en contraposición. La empresa es una organización objetiva de recursos coordinados para la producción de bienes o servicios, y como tal plantea problemas entre socios, con los obreros, con los proveedores, con los bancos, con el Estado, con la comunidad.

Partiendo de la necesidad de promover la riqueza, la empresa ha sido subsidiada por el Derecho.

Por ejemplo, la personalidad jurídica y la responsabilidad limitada son modos de limitar el riesgo empresario; se le permite arriesgar, cargándosele sólo algunos de los daños que causa; los demás, aunque existan, son soportados por otros sectores.

Otro subsidio está dado por la comercialización de las relaciones civiles. La actividad comercial tiene un estatuto propio, particular, especial y sin embargo, se ha considerado que cuando una de las partes es comercial, el acto es comercial (art. 7º, Cód. de Comercio). De este modo, el derecho especial se impone a quienes no forman parte de esta categoría.

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.

4. El conflicto Empresa-Sociedad

El problema actual presenta otras aristas. No es unilateral ni bilateral, no es solamente interno de la empresa (Ampliamos en Lorenzetti, Ricardo, "Problemas actuales de la empresa", LA LEY, 1994-C, 731).

El conflicto actual es entre la empresa y la sociedad. ¿El daño al ambiente debe ser soportado por la empresa o por la comunidad? ¿cuál es la relación con los consumidores? ¿cuál es su vinculación con el mercado?

Toda actividad tiene también un costo, que cuando lo soportan los terceros, es una externalidad negativa. El legislador debe decidir si ese costo lo asume la comunidad entera o bien lo internaliza la empresa.

Con referencia al impacto al medio ambiente el Estado puede prohibir la instalación de empresas que dañen al ambiente; o puede exigir a éstas que demuestren que no causan perjuicios, como requisito para su instalación; o puede dejar que los detrimentos se produzcan y luego obligar a indemnizar; y en este último caso puede hacer que la empresa sea responsable o bien difundir el costo entre toda la comunidad.

Estas medidas representan diversos grados de solución del conflicto entre la propiedad empresaria y la protección ambiental.

II. La tutela del bien ambiental

1. El bien ambiental

El bien ambiental es un bien colectivo. Como tal puede distinguirse entre el "macro-bien" constituido por el medio ambiente global y "micro-bienes", que son sus partes: la atmósfera, las aguas, la fauna, la flora (Benjamín, Antonio, "Daño ambiental: prevenção, reparaçã e repressã", Rev. dos Tribunais, São Paulo, 1993, p. 60). Los microbienes pueden ser apropiados parcialmente y ser objeto de propiedad privada. En estos casos, la polución importa también la afectación de un derecho subjetivo.

Como bien público de uso común, el medio ambiente puede tener calificaciones más o menos extensas.

Una primera tendencia, que es la más difundida, incluye sólo a los bienes naturales. Ello ha dado lugar a distingos entre éstos y los culturales, siendo los primeros los que no cuentan con la intervención del hombre. Con este fundamento se ha desarrollado un capítulo referido al resarcimiento del daño a los recursos naturales ("Resource damage") (conf. Breen, Barry, "Historia dos danos aos recursos naturais nos Estados Unidos", en "Daño ambiental...", cit. p. 207).

Otras nociones amplían el concepto incluyendo también a 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 (Bustamante Alsina, Jorge, "Responsabilidad civil por daño ambiental", LA LEY, 1994-C, 1052). Se señala que el objetivo fundamental de la normativa ambiental es lograr y mantener la calidad de vida (Lily R. Flah y Miriam Smayevsky, "La regulación procesal en el derecho ambiental americano", LA LEY, 1993-E, 935; Graciela Messina de Estrella Gutiérrez, "La responsabilidad civil en la era tecnológica", Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1989).

La Constitución Argentina se inclina por la tesis amplia. En tal sentido considera objeto de protección los recursos naturales, el patrimonio natural y cultural (art. 41, seg. parte).

Luego de esta breve referencia, podríamos distinguir entre definiciones materiales, que toman en cuenta un catálogo más o menos amplio de bienes y otras formales, que aluden directamente al principio organizativo del paradigma ambiental. 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 física, química y biológicas, que permite regir la vida en todas sus formas. No se menciona directamente un tipo de bienes sino al sistema organizado que posibilita la vida.

En términos jurídicos, desde nuestro punto de vista, la afectación del medio ambiente supone dos aspectos:

El primero es que la acción debe tener como consecuencia la alteración del principio organizativo; esto es, alterar el conjunto. De tal manera se excluyen aquellas modificaciones al ambiente, que no tienen tal efecto sustantivo. Este criterio sirve para delimitar aquellos casos en que la actividad productiva, transformando el medio ambiente, no resulta lesiva. De tal manera, la acción lesiva comporta una "desorganización" de las leyes de la naturaleza.

El segundo aspecto es que esa modificación sustancial del principio organizativo repercute en aquellos presupuestos del desarrollo de la vida. El medio ambiente se relaciona entonces con la vida, en sentido amplio, comprendiendo los bienes naturales y culturales indispensables para su subsistencia.

El bien ambiental es susceptible entonces de una definición formal y relacional. En el primer sentido porque se lo puede aprehender como la alteración del principio organizativo de la naturaleza. En el segundo porque adquiere significación en cuanto afecta otro bien jurídico protegido, cual es la vida en todas sus formas. Por este camino tal vez se puedan establecer nociones que permitan resolver problemas ambientales conservando un espacio para el desarrollo de la actividad productiva.

El medio ambiente, calificado como bien público de uso común, presenta algunas características:

--La indivisibilidad de los beneficios: puesto que el bien no es divisible entre quienes lo utilizan. Ello trae como consecuencia la prohibición de la apropiación privada individual y el carácter difuso de la titularidad.

--El principio de la no exclusión de beneficiarios: puesto que todos los individuos tienen derecho al medio ambiente, aun las generaciones futuras. Es de todos y no es de nadie, lo cual plantea problemas de acción colectiva, puesto que de tal modo nadie se preocupa en cuidarlo en la creencia que otros lo harán y uno disfrutará igualmente. Ese efecto "free raider", requiere de incentivos a la acción protectoria.

2. Categoría dogmática del derecho a un medio ambiente sano

El bien definido en el punto anterior genera un derecho fundamental: el derecho a un medio ambiente sano, que admite diferentes facetas:

--En relación al macrobien, que es el medio ambiente en general, y tratándose de un bien público de uso común, existe un interés difuso, que permite acciones. Esas acciones legitiman a cualquier individuo afectado, las asociaciones representativas y al defensor del pueblo, en tanto demuestren que existe una lesión de tal interés (conf. arts. 41 y 43, Constitución Nacional; CNCiv., sala D, 22/8/80, Quesada, Ricardo, LA LEY 1980-D, 130).

--En relación a micro-bienes, puede darse una doble situación. Puede existir un interés difuso y también un derecho subjetivo.

El derecho subjetivo puede existir, claramente, en el caso en que exista derecho de propiedad y la acción lesiva la afecte.

La doctrina argentina coincide en que se trata de intereses difusos. Así se ha señalado ("Primer Congreso Internacional de derecho de daños en homenaje al profesor Jorge Mosset Iturraspe - Comisión 4: La protección de los intereses difusos, el seguro y el acceso a la justicia") que "los intereses difusos responden a necesidades de la comunidad, o de grupos de ella, son de titularidad indivisible, tienden a salvaguardar la calidad de vida social".

Cuando se trata de bienes de incidencia colectiva, como los que venimos describiendo, la Constitución Nacional concede acción de amparo a quienes resulten afectados, a las organizaciones representativas y al

Defensor del Pueblo.

En la doctrina procesal se admite con bastante aceptación la siguiente clasificación:

--intereses difusos: en los que se trata de bienes públicos de uso común en los que hay una titularización difusa en cabeza de los individuos con derecho a ese uso.

--intereses colectivos: en los que se concede acción al titular del bien colectivo. Aquí la relación entre el titular y el bien no es difusa, sino directa.

--intereses individuales homogéneos: en los que hay una causa o un crédito común a varios individuos, que le da una homogeneidad objetiva y que autoriza, por razones de economía procesal, la acción acumulativa.

--derecho subjetivo: en los que hay una afectación a un interés individual.

3. La función ambiental privada

La función es una delegación de funciones estatales en la actividad privada, mediante el señalamiento de una finalidad y el establecimiento de deberes y derechos encaminados a su cumplimiento.

Con relación a la función ambiental, señala Benjamín ("Daño material...", cit., p. 56) que hay un cúmulo de deberes negativos derivados de la obligación de no contaminar: el deber de defender el medio ambiente, el deber de reparar, el de preservar.

A posteriori, el mismo autor indica que existen también obligaciones positivas (Benjamín, Antonio, "Relexões sobre a hipertrofia do direito de propriedade na tutela da reserva legal e das areas de preservaçao permanente", publ. en anales del "Congreso Internacional de Direito Ambiental", São Paulo, Impr. do Estado, 1997, p. 21).

En el régimen constitucional argentino, la función ambiental está claramente señalada en el art. 41 y consta de los siguientes elementos: el derecho a un ambiente sano; el deber de no contaminar, la obligación de recomponer, de resarcir, y de no comprometer a generaciones futuras. Además, se indica que las autoridades proveerán a la protección del derecho al ambiente sano, 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.

Estos datos normativos conforman un núcleo de normas que establecen un objetivo ambientalista y límites a la actuación social y a la producción jurídica.

4. Un nuevo escenario de colisión de derechos

El reconocimiento jurídico del "medio ambiente" importa un nuevo escenario de colisión de derechos. No se trata ya de bienes individuales con derechos subjetivos en paridad, como en las relaciones vecinales, sino bienes individuales vs. bienes públicos.

Desde el punto de vista sociológico, no se trata ya de la propiedad vecinal, sino de la empresa y el "consumo" del bien ambiental.

El reconocimiento del derecho a un "medio ambiente sano" significa una pretensión constitucionalmente reconocida a los individuos "in genere" sobre un bien colectivo, indivisible y de uso común. De tal modo no es un derecho subjetivo sino un interés, que resulta tutelable a través de acciones inhibitorias y resarcitorias cuyos legitimados activos pueden ser el Estado, los individuos o las organizaciones ambientalistas, que representan intereses públicos, difusos o colectivos, respectivamente.

III. Tipología de conflictos

Así perfilados, pueden colisionar el ejercicio del derecho de propiedad con el derecho a un medio ambiente sano.

Ello puede dar lugar a diferentes tipos de conflictos:

1. El ejercicio del derecho de propiedad lesiona a bienes individuales como consecuencia de actividades ambientalmente dañosas

En este caso, con motivo del uso del derecho de propiedad se puede afectar el ambiente y como consecuencia de ello, a bienes individuales. Es el caso descrito por Ronald Coase en el que la fábrica despidió humo y ensucia la ropa colgada por los vecinos. Es el supuesto frecuente en que se sufren daños a la persona o al patrimonio como derivación de daños ambientales causados por la actividad empresarial.

2. El ejercicio del derecho de propiedad lesiona al bien ambiental

En este supuesto, con motivo del uso de la propiedad, se puede lesionar al medio ambiente. No estamos en

presencia de bienes individuales sino que el daño se sitúa en el plano de los bienes colectivos. La tutela preventiva y resarcitoria se otorga a sujetos titulares de intereses públicos, difusos o colectivos.

3. Lesión del derecho de propiedad como consecuencia de la protección ambiental

Esta hipótesis es inversa a las anteriores. El Estado pretende proteger al ambiente y declara que una actividad empresaria no se puede realizar, o bien decide establecer un parque nacional en un lugar privado, o establece standards de calidad ambiental que excluyen a determinados empresarios de la práctica comercial que realizaban. En estos casos pueden plantearse demandas indemnizatorias contra el Estado por el ejercicio de tales actividades lesivas del derecho de propiedad, o bien el surgimiento de medidas expropiatorias. En estos casos de responsabilidad estatal por actividades lícitas lesivas de derechos individuales, se puede producir una traba importante para la protección del medio ambiente.

SEGUNDA PARTE: Conceptos dogmáticos y mecanismos de solución de los conflictos de colisión

Estos problemas son complejos en su resolución y han dado lugar a soluciones diversas en distintos ordenamientos.

Nuestro propósito es dar nuestra opinión sobre la metodología de resolución de los conflictos, en base a dos técnicas que nos parecen fundamentales:

I. Conceptos dogmáticos

1. La teoría de la esferas

A. Explicación de la teoría

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 (ampliamos en Lorenzetti, Ricardo, "Las normas fundamentales de Derecho Privado", Rubinzal y Culzoni, Santa Fe, 1995).

La denominada "esfera íntima" es el ámbito absolutamente intangible de protección de la vida privada. El individuo no influye con su comportamiento sobre los demás (art. 19, Constitución Nacional), no afecta la esfera de otros individuos o de la comunidad. Este ámbito tiene una protección máxima, al punto tal que se lo ha considerado anterior al derecho o por lo menos integrado por facultades "exentas de la autoridad de los magistrados" (art. 19, Constitución Nacional). La disponibilidad que se reconoce al individuo sobre estos bienes es cada vez mayor, cuando no importa ninguna afectación de derechos de terceros. De tal manera la regla interpretativa aplicable es la del "principio de la autodeterminación". Ello provoca un cúmulo de reglas conexas como: "in dubio pro libertatis".

La "esfera privada", en cambio, está integrada por aquel ámbito que, siendo individual, repercute sobre los demás, tiene alguna influencia. De este modo surge la necesidad de establecer un límite con las otras esferas individuales y lo público.

En este campo ubicamos al derecho de propiedad.

La regla de solución de conflictos se basa en el respeto recíproco. Si el individuo tiene derechos, tiene también el deber de no infringir los derechos iguales que tienen los demás, de lo cual se deduce que los derechos deben ejercerse de modo tal que no causen a los demás lo que uno no quiere que le causen (Hamburger, Philip, "Natural rights natural law, and American Constitutions", vol. 102, p. 923, Yale Law Journal, 1993).

Por su parte, la esfera social contempla aquellos actos que realiza el individuo situado en la acción colectiva. La protección de lo individual es menor, porque se actúan en el ámbito de lo colectivo y tienen prioridad los bienes públicos.

En este plano ubicamos al derecho al medio ambiente sano.

Aquí, el intérprete debe guiarse por la preservación del bien colectivo. De tal manera, los derechos fundamentales individuales, en esta área, deben ser interpretados de modo tal que, coordinadamente no conspiran contra el deterioro de tales bienes.

De ahí que en la relación entre derecho de propiedad y medio ambiente, deba reconocerse una "función ambiental de la propiedad" en virtud de que la multiplicidad de derechos individuales de los propietarios deben coordinarse de manera tal que se orienten en la preservación del bien colectivo.

B. Ubicación de los conflictos entre propiedad y ambiente según la teoría de las esferas.

El conflicto de las relaciones de vecindad se sitúa en la esfera privada, y sigue una regla de solución basada en la reciprocidad, puesto que el derecho de cada uno se extiende hasta donde comienza el del otro.

En cambio, el conflicto entre el bien ambiental y la propiedad, se sitúa en la esfera social, donde tiene primacía el bien social sobre el individual.

De allí que cuando el ejercicio del derecho de propiedad lleva a la lesión de bienes ambientales, deba protegerse a este último y limitarse al primero. De igual modo, cuando se lesiona a la propiedad, como consecuencia de la protección ambiental, deba admitirse el "sacrificio" por la primacía de la esfera social.

2. La internacionalización de costos

En la era del desarrollo industrial, la empresa fue subsidiada jurídicamente al permitírsele que muchos de los costos que demanda el desarrollo no fueran soportados por ella. La noción de persona jurídica, la responsabilidad limitada, la culpa, la jurisdicción mercantil, la ausencia de un derecho del consumidor, la falta de responsabilidad por lesiones ambientales fueron normas de subsidio.

Ello no significa que no existieran daños, sino que estos eran soportados por la comunidad y no por la empresa.

Desde el punto de vista de la teoría de las esferas, se aceptaba la regla inversa a la propuesta en el punto anterior: la primacía de la esfera privada sobre la social.

Actualmente se trata de que esos costos, o externalidades negativas, sean soportadas por la empresa.

II. Mecanismos de protección ambiental

Para la protección ambiental se utilizan diversos mecanismos. Algunos se basan en prohibiciones, otros en mandatos y otros en incentivos. Algunos son instrumentos de mercados, como los permisos de contaminación comercializables, la ecoetiqueta, la ecoauditoría, mientras que otros son específicamente jurídicos.

Entre estos últimos, nos interesan aquellos que establecen una adjudicación de derechos, y que por lo tanto limitan la propiedad o el derecho al ambiente sano en diversos grados, presentándose así la colisión de derechos que estudiamos.

Estos mecanismos son:

1. La prevención

Este es el remedio más utilizado y el más idóneo para la protección ambiental, teniendo en cuenta que se trata de un bien "no monetizable", es decir, no traducible en indemnizaciones y difícil de volver al estado anterior del daño. Mediante el estudio de impacto ambiental, la habilitación administrativa, las acciones judiciales inhibitorias, se pretende en general, evitar un daño al medio ambiente.

2. El resarcimiento

Mediante las acciones basadas en la protección a bienes individuales o colectivos, que reconocen indemnizaciones. Este mecanismo, típico de la responsabilidad civil, tiene un espacio, en alguna medida, reducido en la materia, si es que se pretende una adecuada protección del ambiente.

TERCERA PARTE: La solución de conflictos de colisión

I. La regla general

Como hemos dicho, al ubicar el conflicto entre un bien colectivo como el ambiente y uno individual como la propiedad, la regla general de solución es la primacía del primero. Ello se canaliza a través de instrumentos dogmáticos como la función ambiental de la propiedad, la prevención y el resarcimiento del daño, que hemos indicado.

No obstante, hay supuestos en los que hay otras ponderaciones que hacer.

II. Actividades que se inician: prioridad de la esfera social

Cuando se trata de actividades que recién se inician, la prioridad de la esfera social puede importar la negativa a su instalación o bien su postergación hasta el cumplimiento de determinadas exigencias de standards. El conflicto puede solucionarse con un grado menor de sacrificio de los derechos individuales, que el que se presenta cuando la empresa ya está funcionando.

III. Actividades en curso

1. Indemnizabilidad de la propiedad afectada

El conflicto más agudo se plantea frente a actividades que se están desarrollando y lesionan al ambiente, o bien frente a la necesidad de sacrificar derechos de propiedad para la protección ambiental.

Hay supuestos en los que el Estado se dirige a la protección de áreas forestales, o establece normas prohibitivas de la pesca, o bien dispone de un standard de producción, o una serie de disposiciones relativas a la

limpieza y recomposición del ambiente alterado.

Una de las soluciones postuladas es la indemnización de los derechos de propiedad afectados. Se puede establecer una analogía "aparente", con el instituto de la expropiación, puesto que se trata de hacer prevalecer el bien público y se "sacrifica" un bien privado, correspondiéndole una indemnización que se establece por ley. En ausencia de esa previsión legislativa, puede plantearse una demanda indemnizatoria del titular del derecho de propiedad afectado, basado en la responsabilidad estatal, invocando un "desigual reparto de las cargas públicas". Proteger al ambiente es una carga, y éstas deben ser soportadas en forma igualitaria por todos los ciudadanos; en cambio, si uno solo de ellos ve sacrificado su derecho y los otros no, merece una indemnización.

Este argumento tiene, a nuestro juicio, una objeción fundamental.

En general, el titular del derecho de propiedad ha producido una polución, ha usado del medio ambiente, y ha lucrado con ese uso "externalizando" los costos del mismo. Este hecho tuvo en su momento un correlato en la adjudicación de los derechos, puesto que se permitía la referida externalización al no existir responsabilidad alguna por el deterioro.

Lo que sucede ahora es que, en la legislación, existe una adjudicación de derechos: "El derecho a un medio ambiente sano". En la mayoría de los conflictos, no se trata de cuestiones vecinales en las que los costos de transacción son nulos o mínimos, sino de actividades empresarias que producen lesiones de causalidad compleja y de daños difíciles de determinar, lo que importa enormes costos de transacción, que hacen necesaria la adjudicación de derechos, ya que las partes no los pueden resolver negociando por sí mismas.

De manera que lo que se produce es una transformación desde una situación en la que la empresa produce externalizando los costos que son pagados por la comunidad, a otra en la que la empresa produce internalizando los costos.

El efecto de la imputación legal derivada del derecho a un ambiente sano es que la empresa, que antes lucraba, ahora debe pagar por ese costo.

De ello se derivan, a nuestro juicio, diversas conclusiones:

A) No hay analogía directa, salvo excepciones, con la expropiación, porque el expropiado no ha lucrado previamente, y no hay un proceso de transformación.

B) No hay responsabilidad estatal frente a los sacrificios privados, porque no se trata de un problema de cargas públicas, sino de adjudicación de derechos e imputación de costos derivados de una actividad privada.

C) No es posible establecer una regla única y aplicable a todos los supuestos.

En base a estos criterios corresponde hacer una serie de distinciones:

2. Expropiación de la propiedad inmobiliaria

En estos casos el Estado se vale de una ley expropiatoria que desplaza total o parcialmente al titular de la propiedad. En otros supuestos siendo la expropiación parcial, se afecta en forma total las posibilidades de producción.

Se aplica en estos supuestos la ley de expropiación y son afectaciones indemnizables.

3. Establecimiento de control ambiental estatal

Se trata de decisiones del Estado que excluyen o limitan el uso o el desarrollo de determinadas actividades o usos de la propiedad, a fin de proteger el bien ambiental.

En estos casos, no se afecta la propiedad sino el uso, y no hay una ley expropiatoria, sino una decisión normativa que, pudiendo ser una ley o un decreto o una ordenanza municipal, persigue el propósito de la protección ambiental.

El Estado no desarrolla aquí una actividad antijurídica, sino, por el contrario, desenvuelve el mandato constitucional de protección del ambiente, razón por la cual no hay hecho ilícito. Naturalmente, si la norma en cuestión se aparta de esta finalidad, habrá un acto ilícito.

Podría argumentarse que hay una responsabilidad estatal por la actividad lícita, basada en el desigual reparto de las cargas públicas (art. 16, Constitución Nacional, última parte), para los fines de la mencionada protección, el afectado en el caso recibe una pérdida superior al resto de la comunidad.

A estos fines, debe analizarse la igualdad computando la "contabilidad de los bienes ambientales". Ello significa que, a fin de examinar si existe o no desigualdad, habrá que computar no sólo los perjuicios que sufre el uso de la propiedad, sino la compensación de los mismos en relación al aprovechamiento anterior que el uso de esa propiedad realizó del bien ambiental, o bien los costos de la recomposición del bien jurídico afectado,

aplicándose aquí el principio de internalización de costos antes visto.

En estos casos, no habiendo una ley expropiatoria, y existiendo una disposición que no es ilícita ni establece un reparto no igualitario de las cargas públicas, no hay indemnizabilidad.

4. Establecimiento de disposiciones de control a través del mercado

Puede regularse el mercado y con ello, indirectamente, establecer normas que limiten el uso o el desarrollo de una actividad empresarial.

Es muy frecuente que se dicten disposiciones legales que se refieran a patentes, monopolios, exportación, control de la solvencia, que limitan la actividad empresarial y no dan lugar a pretensiones indemnizatorias. Del mismo modo, la protección ambiental puede presentarse bajo la forma de una regulación institucional abierta del mercado, teniendo características similares a las otras disposiciones mencionadas.

Pueden tratarse incluso de normas urbanísticas, como las que regulan la instalación de parques industriales, que contienen reglas referidas a la protección ambiental, o que motivan la necesidad de traslado de una empresa de un lugar de la ciudad que ya no tolera esa ubicación.

Si se trata de normas de aplicación general, cuyo fin es la preservación del bien ambiental a través del mercado o la regulación urbanística, no hay lesión individual indemnizable.

5. La presencia de un conflicto policéntrico

Una norma que establezca un control ambiental, ya sea a través de disposiciones directas o mediante la regulación del mercado, establece un cambio que puede ser gravoso para la empresa.

De tal modo, una actividad que desarrolló durante muchos años un producto o un servicio basado en una ecuación costo/beneficio que no computaba el daño ambiental, ahora ve alterado ese balance y el costo es mayor que el beneficio al tener que pagar por las medidas técnicas de prevención o de evitación del daño.

En esta situación, la empresa puede verse en la alternativa de cerrar sus puertas, con el consiguiente problema de desocupación, limitación al progreso técnico, disminución de la riqueza.

En algunos casos, el balance entre el cierre de la empresa y sus consecuencias, se inclina a favor de la primera opción porque se trata de una actividad indeseable, peligrosa, o cuyos beneficios son mínimos en relación a los costos que producen.

En otros en cambio, hay que enfrentar el problema.

Surge aquí otro ingrediente en el conflicto:

- A. derecho de propiedad
- B. derecho a un ambiente sano
- C. derecho al trabajo, desarrollo social, etcétera.

El conflicto entre A y B se resuelve, como hemos visto, a través de la primacía de la esfera social y la internacionalización de costos.

La presencia de terceros en el conflicto, produce un conflicto triangular o policéntrico (conf. Ackermann, Bruce, "Del realismo al constructivismo jurídico", Ariel, Barcelona, 1988), que a nuestro juicio, habilita la intervención estatal.

Esta intervención no se hace para modificar la regla de solución del conflicto entre A y B, sino para mitigar los efectos sobre C, que es un tercero.

Por esta razón, en estos casos se justifica la intervención estatal a fin de otorgar subsidios que ayuden a la transformación de la tecnología empresarial, o bien al traslado de la empresa. Esos costos pueden, justificadamente, difundirse entre el resto de la sociedad a través de cargas impositivas, porque no se trata de soportar los costes generados por la actividad ilícita de la empresa respecto del bien ambiental, sino de disminuir los perjuicios que soportan terceros ajenos al conflicto, como lo son, por ejemplo, los obreros.

En estos casos debe demostrarse la presencia de bienes que justifiquen esa intervención.

Especial para La Ley. Derechos reservados (ley 11.723).