

Título: [La protección jurídica del ambiente](#)

Autor: [Lorenzetti, Ricardo Luis](#)

Publicado en: [LA LEY1997-E, 1463 - Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales Tomo V, 01/01/2007, 1497](#)

Cita Online: [AR/DOC/16631/2001](#)

Sumario: SUMARIO: I. Introducción.-- II. Primera parte. -- III. Segunda parte.

I. Introducción

Existe una distancia entre lo que las normas declaran y el efecto que producen. Ello se manifiesta con claridad en el ámbito de la región de América del Sur, ya que frente a una legislación constitucional similar, los ciudadanos notan importantes asimetrías prácticas.

Por esta razón nos parece necesario mostrar el problema en la primera parte, describiendo las legislaciones y luego, en la segunda parte, establecer los diferentes tipos de protección, puesto que a partir de esa clasificación es posible comparar los grados de cumplimiento de los mandatos constitucionales.

Nuestro propósito en este trabajo es definir una tipología legal sobre las normas que protegen al ambiente, a fin de clarificar los aspectos señalados.

II. Primera parte

a) Los problemas.

1. El declaracionismo y la protección eficiente.

Uno de los peligros más importantes es el de la ineffectividad.

Se ha señalado que el derecho de los tratados ambientales es un "derecho blando", porque utiliza programas, objetivos, verbos potenciales, generalidades políticas y no obligaciones jurídicas (conf. Estrada Oyuela, Raúl, "Notas sobre la evolución reciente del derecho ambiental internacional", en AZ. edit., Buenos Aires, 1993, p. 6). Los países los suscriben porque no se sienten realmente obligados.

En el plano legislativo se ha comenzado a denunciar la enorme proliferación de leyes existente en la mayoría de los países, que se calcula en alrededor de treinta mil, sin que semejante actividad legisferante se traduzca en acciones efectivas (conf. Maddalena, Paolo, "Las transformaciones del derecho a la luz del problema ambiental", publ. en "Derecho Ambiental", Revista de Derecho industrial, Depalma, Buenos Aires, año 14, agosto de 1992, p. 354).

Este es un problema que hay que revertir.

Señala Benjamín (Benjamín, Antonio, "Funcao ambiental", en "Dano Ambiental. Prevencao, reparacao, e repressao", Ed. Rev. Dos Tribunais, Sao Paulo, 1993, p. 49) que la cuestión ambiental tiene inúmeras 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 retórico y analítico, entre el debate axiológico y el técnico-instrumental (Nos remitimos a "Las normas fundamentales de Derecho Privado", Ed. Rubinzal y Culzoni, Santa Fe, 1995). Ambos pueden estar encaminados a la protección efectiva y no meramente declarativa y para tales fines es necesario coordinar la protección con la eficiencia. Por ello Benjamín habla bien de "protección eficiente".

2. Las asimetrías y la competitividad.

La distancia entre lo declarado y lo que realmente se practica es evidente cuando se enfrentan problemas de armonización legislativa.

En este sentido, se ha señalado (Arcocha, Carlos, "Mercosur, Ecosistema operativo de integración ambiental", publicado en "Del Mercosur", coordinado por Ciuro Caldani, Miguel Angel, Ed. Ciudad Argentina, 1996, p. 329) que "la existencia de legislaciones ambientales en los Estados Partes puede afectar decisivamente a la consolidación de un mercado común".

Los estándares ambientales disímiles de los derechos positivos nacionales pueden constituir barreras para la libre circulación. Sin perjuicio de que entendemos que la legislación ambiental no puede ser calificada como barrera no arancelaria en los términos del art. 50 del Tratado de Montevideo de 1980, como lo señalamos al tratar los límites de los principios jurídicos de la integración, hay aspectos que pueden ser distorsionados para convertirse en verdaderos obstáculos.

Tanto los diferentes niveles de responsabilidad por daños como los estándares de normas de calidad ambiental, definen distintos costos empresarios como también diferente protección del bien ambiental.

Por ello es necesario la armonización legislativa en este tema.

b) Las normas nacionales.

La descripción de las normas nacionales tiene un alto valor a fin de indicar los elementos comunes y las asimetrías.

1. La legislación Brasileña.

En Brasil existe una antigua tradición ambientalista, no sólo por las enormes reservas naturales que encierra, sino por su propia historia cultural y jurídica. En este sentido, se han identificado normas ambientales en las Ordenanzas Alfonsinas de Alfonso V, y en la legislación portuguesa, desde 1446 en adelante (conf. Wainer, Ann Helen, "Legislacao ambiental brasileira: evolucao histórica do direito ambiental", públic. en *Direito Ambiental*, Rev. Dos Tribunais, núm. 0, 1995).

No obstante ello, el panorama en cuanto a la protección real no es bueno, en virtud de los deterioros ambientales que se han realizado, sobre todo en la zona amazónica y en las áreas urbanas más importantes.

Tal vez por la grandeza de sus reservas naturales, por la magnitud de las amenazas y por su tradición, el Brasil es el país del área que mayor evolución presenta en esta materia, tanto en lo que refiere a la legislación, como a la doctrina, como la jurisprudencia.

La Constitución de Brasil (1988) contiene disposiciones muy avanzadas con relación a la tutela ambiental. El art. 225 dispone que cada ciudadano tiene derecho a un ambiente ecológicamente equilibrado y les corresponde al poder público y a la colectividad defenderlo y preservarlo para las generaciones presentes y futuras. Se establece que el ambiente es un bien de uso común del pueblo y es esencial a la mejor calidad de vida. Le incumbe al poder público preservar y restaurar los procesos ecológicos y defender los ecosistemas; preservar la diversidad del patrimonio genético; definir los territorios que hay que proteger; exigir los estudios de impacto ambiental; controlar la producción, el comercio y el uso de las tecnologías; promover la educación ambiental; proteger la flora y fauna. Se establece expresamente que la selva amazónica, la mata atlántica y muchos otros bosques constituyen un patrimonio nacional y su utilización no puede aprovecharse sin el respeto al ambiente.

En la legislación infraconstitucional, ha sido de gran relevancia la ley de acción civil pública (ley 7347/85), anterior a la Constitución que posibilita a cualquier ciudadano una acción que persiga anular un acto lesivo del medio ambiente.

Asimismo, la ley 6803/80, y la ley 6938 de estudio de impacto ambiental, tienen una gran importancia en esta materia.

Por último, la ley 6938/81 referida específicamente a la política nacional de Medio Ambiente, sus fines y mecanismos de formulación.

En el plano doctrinario la Conferencia de Río de 1992 ha dado un aliciente a una corriente ambientalista ya relevante en el Brasil. En el aspecto jurídico, son numerosos los trabajos publicados, habiendo marcado un hito la edición de la revista de *Direito Ambiental*, de la editora dos tribunais, a partir de 1991.

Comentaremos algunos aspectos especiales de estas normas al tratar el bien ambiental y el derecho al ambiente sano.

2. La legislación Argentina.

En Argentina, el nuevo art. 41 de la Constitución Nacional dice que: "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 radioactivos". Para hacer efectiva la tutela jurisdiccional de ese derecho a un ambiente sano se legisla expresamente sobre la acción de amparo (art. 43).

Las Constituciones de las provincias de San Juan (art. 58), Córdoba (art. 11, 53, 66 y 124), Salta (art. 30) reconocen expresamente el derecho de los habitantes a un medio ambiente humano de vida salubre y ecológicamente equilibrado y legitiman a toda persona para pedir el cese de las causas de la violación de esos derechos.

La Constitución de Buenos Aires (1994) en su art. 28 establece que los habitantes de la provincia tienen el derecho a gozar de un ambiente sano y el deber de conservarlo y protegerlo en su provecho y en el de las generaciones futuras. La Provincia debe asegurar una gestión ambientalmente adecuada de los recursos naturales; debe preservar, recuperar y conservar los recursos naturales renovables y no renovables; controlar el impacto ambiental de todas las actividades perjudiciales al ecosistema; promover acciones que eviten la contaminación del aire, agua y suelo; garantizar el derecho de los habitantes a participar en la defensa del ambiente, recursos naturales y culturales. Establece el deber de toda persona física o jurídica, cuyas acciones u omisiones puedan degradar el ambiente, de tomar las precauciones necesarias para evitarlo.

La Constitución de Santa Fe consagra expresamente la tutela de la salud como derecho fundamental del individuo e interés de la colectividad (art. 19), establece que la Provincia debe crear las condiciones necesarias para procurar a sus habitantes un nivel de vida que asegure su bienestar (art. 21), debe promover la racional explotación de la tierra, proteger el suelo de la degradación y erosión, resguardar la flora y la fauna y velar por una racional explotación forestal (art. 28).

La "Constitución de la ciudad de Buenos Aires" de 1996, prevé en su capítulo cuarto, art. 26, que el ambiente es patrimonio común y toda persona tiene derecho a gozarlo y preservarlo. Toda actividad que en forma actual o inminente ocasione un daño al ambiente debe cesar. Declara que la ciudad es territorio no nuclear, y se prohíbe la producción de energía nucleoelectrónica y el ingreso, la elaboración, el transporte y la tenencia de sustancias y residuos radiactivos. Desarrolla luego en los arts. 27, 28 y 29 una serie de aspectos puntuales vinculados a la política ambiental en el ámbito de la ciudad.

Existen además, un sinnúmero de normas provinciales, por ejemplo en la Provincia de Buenos Aires, las leyes 5965, 7315 y 7229 (Adla, XVIII-B, 1413; XXVII-C, 3228; XXVI-C, 1914) contienen también disposiciones relacionadas con la protección del medio ambiente en general.

Con respecto a los suelos, la legislación vigente en materia de conservación de suelos (ley 24.428 --Adla, XLI-A, 214--), concibe exclusivamente al propietario como sujeto interesado en su protección, sin adoptar medidas que aseguren un tratamiento ambientalmente adecuado de los suelos.

La ley 13.577, modificada por ley 20.324 (Adla, XXVI-B, 782; XXXIII-B, 1485) contiene normas relacionadas con la protección de la contaminación de las aguas. La ley 24.051 (Adla, LII-D, 52) de residuos peligrosos tiene también importantes elementos para la cuestión ambiental en general.

En cuanto a convenios internacionales tenemos la aprobación de los Convenios de Brasilia de Control de Movimientos Transfronterizos de Residuos Peligrosos y de Montreal relativo a las Sustancias Agotadoras de la Capa de Ozono.

3. La legislación Chilena.

La Constitución de 1980 estableció en su capítulo II, art. 19, numeral 8, que se asegura a todas las personas, "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". En el numeral 24 del mismo artículo, contempla entre las limitaciones de la propiedad, aquellas que exijan los intereses generales de la nación, mencionando "la conservación del patrimonio ambiental".

A partir de este texto constitucional expreso, se consolidó la legislación e incluso los fallos jurisprudenciales (conf. Borquez Yunge, José Manuel, "Introducción al Derecho Ambiental Chileno y comparado", Ed. Jurídica de Chile, 1993).

El hito legislativo más importante lo marca la ley 19.300, de 1994, que establece un interesante catálogo de definiciones de término ambientales. Además, es valiosa la incorporación de los estudios de impacto ambiental, para la actividad potencialmente dañosa. Asimismo, establece en su art. 32 que mediante decreto supremo, se promulgarán las normas primarias de calidad ambiental. Estas normas serán de aplicación general en todo el territorio de la República y definirán los niveles que originan situaciones de emergencia.

Sin embargo, la principal crítica que se puede hacer a esta norma, es que el factor de atribución de responsabilidad por daños ambientales es la culpa o el dolo, lo que importa una restricción muy grave para la procedencia de las acciones. Asimismo, tampoco hay una adecuada tutela preventiva.

Más adelante veremos algunos de estos aspectos.

4. El tratado entre Chile y Argentina.

La ley argentina 24.105 (Adla, LII-C, 2879), que aprueba el Tratado sobre medio ambiente con Chile, establece que "las partes emprenderán acciones coordinadas o conjuntas en materia de protección, preservación, conservación y saneamiento del medio ambiente e impulsarán la utilización racional y equilibrada de los recursos naturales, teniendo en cuenta el vínculo existente entre medio ambiente y desarrollo.

5. La Constitución del Paraguay.

En Paraguay, la Constitución (1992) establece el derecho a habitar en un ambiente sano, el propósito de conciliación entre desarrollo y medio ambiente, la prohibición de fabricación y comercialización de armas nucleares, químicas, residuos tóxicos.

6. El derecho transnacional indirecto: cláusulas de reserva ambiental en contratos, patentes.

La temática ambiental penetra en todos los ámbitos. Desde el punto de vista geográfico trascienden las nacionalidades para asentar sus fuentes en los tratados internacionales. Desde el punto de vista de las disciplinas, no sólo encontramos tratados específicos, sino muchos otros que, regulando otros temas, incorporan la cláusula ambiental.

Ejemplos de ello es la Convención Internacional de Movimientos Transfronterizos, ratificado en Argentina por ley 23.922 (Adla, LI-B, 1728) (conf. Acciarri, Hugo Alejandro, "La Convención Internacional de Movimientos Transfronterizos de residuos y el Derecho Privado" La Ley, 1992-C, 1182). Incorpora cláusulas de "manejo ambientalmente racional", en los contratos celebrados por importadores extranjeros con exportadores sometidos a su jurisdicción, como requisito necesario para autorizar la exportación en los casos admitidos; la posibilidad de imposición de seguros o garantías obligatorios para autorizar la importación o tránsito de desechos; la exigencia de informar sobre los resultados de la neutralización al importador de residuos; el deber de devolución por el exportador, o generador al Estado de origen en caso de tráfico ilícito; también, la imputación de ilicitud al tráfico realizado en contravención a las normas y procedimientos previstos, que al extenderse a los contratos celebrados en su consecuencia, acarreará una saludable inestabilidad en las relaciones convencionales de particulares destinadas al transporte.

III. Segunda parte

a) Las soluciones normativas.

1. Diferentes tipos.

Desde el punto de vista legal es necesario establecer en primer término una noción común del bien jurídico protegido y del concepto de daño, cuya mayor o menor extensión establece importantes diferencias prácticas. No abordaremos este tema que ya hemos tratado en otras oportunidades.

También es importante la terminología ambiental que utiliza la ley, puesto que estos conceptos normativos tienen efectos en las soluciones que se implementan. En el punto siguiente mostraremos los conceptos legales recibidos en la ley chilena, que pueden constituir un modelo en el sentido de establecer un catálogo de conceptos normativos homogéneos.

En segundo lugar, hay defensas ambientales de múltiples vías que pueden ser calificadas normativamente como:

A. Derechos fundamentales, como el relativo a un medio ambiente sano.

B. Reglas institucionales, como las que receptan leyes fundamentales de la naturaleza como límite del obrar social. Este tipo de normas se advierte con claridad en el derecho de regulación del mercado. Hay una serie de normas en derredor de la actividad empresaria de gran importancia para redefinir la relación entre la empresa y el medio ambiente. Así, la función ambiental, la ecoetiqueta, la ecoauditoría, los estudios de impacto ambiental.

C. Garantías sustantivas: estas normas se dan en la posibilidad de reclamar por daños o la prevención del daño ambiental.

D. Garantías procesales, a través del amparo, la medida cautelar sustancial, el mandato de innovar y no innovar.

Veremos seguidamente y en forma breve, algunos de estos aspectos.

2. Los términos legales ambientales.

El derecho ambiental tiene su propia terminología, la que ha dado lugar a una profusa labor autoral. Por nuestra parte nos limitamos a transcribir los conceptos que da la ley chilena 19.300, acerca de los principales términos usados en esta materia. El art. 1º del referido texto legal dice que se entenderá por:

a) Biodiversidad o Diversidad Biológica: la variabilidad de los organismos vivos, que forman parte de todos los ecosistemas terrestres y acuáticos. Incluye la diversidad dentro de una misma especie, entre especies y entre ecosistemas;

b) Conservación del Patrimonio Ambiental: el uso y aprovechamiento racionales o la reparación, en su caso, de los componentes del medio ambiente, especialmente aquellos propios del país que sean únicos, es casos o representativos, con el objeto de asegurar su permanencia y su capacidad de regeneración;

c) Contaminación: la presencia en el ambiente de sustancias, elementos, energía o combinación de ellos, en concentraciones o concentraciones y permanencias superiores o inferiores, según corresponda, a las establecidas en la legislación vigente;

d) Contaminante: todo elemento, compuesto, sustancia, derivado químico o biológico, energía, vibración, ruido o una combinación de ellos, cuya presencia en el ambiente, en ciertos niveles, concentraciones o períodos de tiempo, 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;

e) Daño Ambiental: toda pérdida, disminución, detrimento o menoscabo significativo inferido al medio ambiente o a uno o más de sus componentes;

f) Declaración de Impacto Ambiental: el documento descriptivo de una actividad o proyecto que se pretende realizar, o de las modificaciones que se le introducirán, otorgado bajo juramento por el respectivo titular, cuyo contenido permite el organismo competente evaluar si su impacto ambiental se ajusta a las normas ambientales vigentes;

g) Desarrollo sustentable: el proceso de mejoramiento sostenido y equitativo de la calidad de vida de las personas, fundado en medidas apropiadas de conservación y protección del medio ambiente, de manera de no comprometer las expectativas de las generaciones futuras;

h) Educación Ambiental: proceso permanente de carácter interdisciplinario, destinado a la formación de una ciudadanía que reconozca valores, aclare conceptos y desarrolle las habilidades y las actitudes necesarias para una convivencia armónica entre seres humanos, su cultura y su medio biofísico circundante;

i) Evaluación de Impacto Ambiental: el procedimiento, a cargo de la Comisión Nacional del Medio Ambiente o de la Comisión Regional respectiva, en su caso, que en base a un Estudio o Declaración de Impacto Ambiental, determina si el impacto ambiental de una actividad o proyecto se ajusta a las normas vigentes;

j) Impacto Ambiental: la alteración del medio ambiente, provocada directa o indirectamente por un proyecto, o actividad en un área determinada;

k) Línea Base: la descripción detallada del área de influencia de un proyecto o actividad, en forma previa a su ejecución;

l) Medio Ambiente: el sistema global constituido por elementos naturales y artificiales de naturaleza física, química o biológica, socioculturales y sus interacciones, en permanente modificación por la acción humana o natural y que rige y condiciona la existencia y desarrollo de la vida en sus múltiples manifestaciones.

ll) Medio Ambiente Libre de Contaminación: aquél en el que los contaminantes se encuentran en concentraciones y períodos inferiores a aquéllos susceptibles de 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;

m) Norma Primaria de Calidad Ambiental: aquélla que establece los valores de las concentraciones y períodos, máximos o mínimos permisibles de elementos, compuestos, sustancias, derivados químicos o biológicos, energías, radiaciones, vibraciones, ruidos o combinación de ellos, cuya presencia o carencia en el ambiente pueda constituir un riesgo para la vida o la salud de la población;

n) Norma Secundaria de Calidad Ambiental: aquélla que establece los valores de las concentraciones y períodos, máximos o mínimos permisibles de sustancias, elementos, energía o combinación de ellos, cuya presencia o carencia en el ambiente pueda constituir un riesgo para la protección o la conservación del medio ambiente, o la preservación de la naturaleza;

ñ) Normas de Emisión: las que establecen la cantidad máxima permitida para una contaminante medida en el efluente de la fuente emisora;

o) Preservación de la Naturaleza: el conjunto de políticas, planes, programas, normas y acciones, destinadas a asegurar la mantención de las condiciones que hacen posibles la evolución y el desarrollo de las especies y de los ecosistemas del país;

p) Protección del Medio Ambiente: el conjunto de políticas, planes, programas, normas y acciones destinados a mejorar el medio ambiente y a prevenir y controlar su deterioro;

q) Recursos Naturales: los componentes del medio ambiente susceptibles de ser utilizados por el ser humano para la satisfacción de sus necesidades o intereses espirituales, culturales, sociales y económicos;

r) Reparación: la acción de reponer el medio ambiente o uno o más de sus componentes a una calidad similar a la que tenían con anterioridad al daño causado o, en caso de no ser ello posible, restablecer sus propiedades básicas;

s) Zona Latente: aquélla en que la medición de la concentración de contaminantes en el aire, agua o suelo se sitúa entre el 80% y el 100% del valor de la respectiva norma de calidad ambiental, y

t) Zona saturada: aquélla en que una o más normas de calidad ambiental se encuentran sobrepasadas.

Resulta evidente que es necesario plantear en primer lugar, si una ley debe recoger esta terminología, y en segundo lugar, si la respuesta es positiva, acordar conceptos comunes.

b) El derecho a un medio ambiente sano.

1. La esfera social de la persona.

El derecho a un medio ambiente sano integra la esfera social del individuo, en la que tiene primacía hermenéutica la preservación de los bienes públicos.

Uno podría hacerse dos preguntas pertinentes: ¿Por qué razón estos bienes le interesan al individuo, si son públicos?; si encontramos una respuesta positiva, podríamos inquirir: ¿Por qué no habría de tener mayor peso el bien individual?

La primera interrogación tiene una respuesta bastante conocida.

Este problema era visto desde los derechos reales como una "restricción al dominio", en un conflicto entre la propiedad industrial, la agraria y la individual, subsidiándose a la primera.

En cambio ahora se lo ve como una lesión a la persona en un conflicto entre el individuo y la organización

posindustrial, protegiéndose al primero. Esto se nota claramente en sistemas como el anglosajón, que siguieron utilizando el concepto de molestias que provee nuestro art. 2618, del Cód. Civil. Desde las restricciones al disfrute de la propiedad, evolucionó hacia el "public nuisance", que es una especie de ilícito 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", 20 ed. Sweet Maxwell, London 1992 p. 32).

Otro aspecto de gran relevancia es que el ambiente se ha transformado en un recurso crítico: si antes parecía infinito, inagotable, ahora hay conciencia de que es escaso. Ello lleva a una revisión del concepto de "cosas comunes", concediéndose derechos de propiedad sobre ellas, en la forma de acciones difusas tendientes a su protección (sobre este tema conf. "Las normas fundamentales de Derecho Privado", citado).

Los conceptos de "esfera de la individualidad personal" y "derechos de actuación sobre bienes públicos escasos", reformulan la temática ambiental, produciendo una subjetivización de la misma.

Admitida esta premisa, debemos responder a la segunda pregunta.

Si hay una subjetivización, los conflictos deberían resolverse atendiendo a criterios individualistas.

El primer obstáculo que tendría esta suposición es que el medio ambiente no interesa a un sólo individuo, sino a un grupo de ellos. Se trata de un problema de acción colectiva y no individual (ampliamos en "Las Normas fundamentales de Derecho Privado", citado).

Pero además, debemos agregar que no sólo interesa a un grupo de individuos actual, sino futuro. No se puede comprometer el interés de las generaciones futuras, lo que lleva a una acción colectiva intergeneracional.

La razón más importante es que no hay una privatización de bienes públicos, sino la concesión de acciones individuales para protegerlo mejor.

2. Derecho subjetivo, intereses difusos, colectivos e individuales homogéneos en materia ambiental.

El bien jurídico protegido genera un derecho fundamental: el derecho a un medio ambiente sano.

El derecho a un ambiente sano puede discriminarse de la siguiente manera:

- 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 microbienes, 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.

También se ha invocado, a nuestro juicio impropriamente, la existencia de un derecho subjetivo cuando hay una afectación de un interés propio del sujeto al medio ambiente sano. En el caso "Kattan" (Kattan, A., y otro c. Poder Ejecutivo Nacional", La Ley, 1983-D, 568), el juez ha dicho: "considero que el derecho de todo habitante a que no modifiquen su hábitat constituye ... una necesidad o conveniencia de quien sufre el menoscabo, con independencia de que otros miembros de la comunidad no lo comprendan así y soporten los perjuicios sin intentar defensas. Si se altera el aire que se respira, el agua que se bebe o la comida que se ingiere, el afectado directo es cada uno de los potenciales perjudicados. Si la biosfera se modifica, cada persona verá alterada su forma de vivir, su existencia estará amenazada o reducida; no se trata de necesidades o conveniencias públicas, se trata de cada vida afectada y de quienes dependen de esta persona".

La doctrina argentina coincide en que se trata de intereses difusos. Así se ha señalado ("Primer Congreso Internacional de derechos de daños en homenaje al profesor doctor 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. El afectado y la certeza de la lesión.

El art. 43 de la Constitución Nacional refiere que "el afectado" puede promover la acción de amparo en casos vinculados con "derechos que protegen al ambiente". Esta legitimación amplia plantea el problema de definir la titularidad, a fin de conferir un perfil más nítido que evite distorsiones.

En un reciente fallo (conf: Cámara Federal en lo Contencioso administrativo, sala III, 8/9/94, in re "Schroder, Juan c. Estado nacional", La Ley, 1994-E, 449) se ha reconocido legitimación activa, como afectado, a un vecino de la Provincia de Buenos Aires, donde se planeaba instalar una planta de tratamiento de residuos peligrosos, atento el interés personal y directo del mismo en la causa. La interpretación de la Cámara es amplia, se reconoció legitimación activa, por la mera vecindad en una geografía política (vecino de la provincia) sin importar si se era o no vecino de un mismo espacio ambiental (vecino de la planta proyectada).

Esta decisión mereció la crítica de Kaufman (conf. Kaufman, Gustavo Ariel, "Una aplicación apresurada y superficial de los artículos 41 y 43 de la Constitución", La Ley, Actualidad 6/12/94, p. 8), quien indica que no es ésta precisamente la doctrina tradicional en materia de legitimación para conceder este remedio excepcional y extraordinario. Lo correcto es que el afectado lo sea porque vive en el espacio ambiental en peligro. Sin embargo, el texto constitucional no hace distinciones y no requiere otra calidad que la de "afectado". Asimismo, determinar los límites del espacio ambiental es una tarea ardua e imprecisa en muchos casos.

Por tal razón, debemos recurrir a otros criterios.

Coincidimos con Kemelmajer de Carlucci (conf: Kemelmajer de Carlucci, Aída, "La responsabilidad civil por el daño ambiental", Separata de Anales del cincuentenario, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 1991, p. 178 y 185), en que el requisito de la certeza del daño pondrá un límite importante porque no sólo debe ser personal, sino cierto; "es evidente que un sujeto que vive en Jujuy ningún daño cierto sufre por la contaminación de la ciudad de Comodoro Rivadavia".

4. Tutela inhibitoria.

La tutela inhibitoria adquiere una especial significación. En la Argentina hay clara conciencia de la necesidad de la tutela preventiva. En el Primer Congreso Internacional de derecho de daños en homenaje al profesor, doctor Jorge Mosset Iturraspe (Comisión 4: "La protección de los intereses difusos, el seguro y el acceso a la justicia") se recomendó que: "Ante el menoscabo, actual o potencial, a intereses difusos, es proponible una pretensión cautelar o principal, tendiente a hacerlo cesar, o a evitarlo". En el tema específicamente ambiental en las IXas. Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Mar del Plata 1983) se declaró que "según el caso podrá solicitarse la prevención del daño, su cesación o su reparación".

A la acción emanada del art. 2618 del Cód. Civil se le suma ahora la acción de amparo en protección de bienes de incidencia colectiva, que tiene un enorme campo de aplicación.

5. Tutela resarcitoria.

La reparación del daño ambiental es un tema de desarrollo incipiente en Argentina. No existe una legislación sobre los daños ambientales, razón por la cual debe recurrirse a los principios generales de la responsabilidad por daños y a la legislación especial, como por ejemplo, la ley 24.051 en materia de desechos

peligrosos.

Dados los límites de nuestro trabajo, haremos una breve referencia al tema.

En primer lugar se requiere un comportamiento antijurídico. En el año 1887, la Corte Suprema (en la causa "Los saladeristas Podestá c. Provincia de Buenos Aires", Fallos: 31-273. Un comentario de este fallo en "Miller, Jonathan-Gelli, María Angélica-Cayuso, Susana, "Constitución y Derechos Humanos", Astrea, Buenos Aires, 1991) señaló que "ninguno puede tener un derecho adquirido en comprometer la salud pública y esparcir en la vecindad la muerte y el duelo con el uso que haga de su propiedad, y especialmente con el ejercicio de una profesión o de una industria", y que "la autorización de un establecimiento industrial está siempre fundada en la presunción de su inocuidad" y citando a la ley 13, título 32 partida tercera, dice que el hombre puede hacer en lo suyo lo que quiera, pero lo debe hacer de manera que no cause daño a otro. En el texto constitucional actual, existiendo un derecho al medio ambiente sano, que es un bien de incidencia colectiva y, ocasionalmente individual, la ilicitud surge, además, por violación de ese bien. Resulta afectado el derecho subjetivo o el interés difuso según los casos.

En cuanto a la legitimación pasiva en las IX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, celebradas en Mar del Plata, en el año 1983 (conf. Carranza, Jorge A., "La protección jurídica del medio ambiente y la responsabilidad por daño ecológico" en las IXas. Jornadas Nacionales de Derecho Civil - Mar del Plata, 10 al 13 de noviembre de 1983), La Ley, 1984-A, 1064, se manifestó que la acción puede dirigirse: a) contra los sujetos que degradan el medio ambiente. b) contra el Estado cuando hubiese autorizado o consentido la actividad degradante. El factor de atribución fue tratado también en las novenas jornadas nacionales de derecho civil, ya citadas, señalándose que sin perjuicio de los supuestos de responsabilidad por culpa o dolo del sujeto degradador, los daños producidos al medio ambiente encuadran en el régimen objetivo de la responsabilidad por riesgo o vicio de la cosa (art. 1113, parte 2ª, Cód. Civil). Acorde con lo expuesto precedentemente cabe distinguir los siguientes supuestos:

a) Si media un vínculo negocial entre el dañador y el dañado, existe una responsabilidad contractual. En efecto, al margen de la prestación principal, hay una obligación accesoria tácita de seguridad-resultado, consistente en cumplir una prestación inocua. Ello sin defecto de la opción aquiliana que autoriza el art. 1107 del Cód. Civil.

b) Si la contaminación es provocada por el hombre con su propio cuerpo, el supuesto encuadra en los arts. 1109, 1072 y 1074 del Cód. Civil.

c) La polución efectuada mediante la intervención de cosas --fuera del marco contractual-- se rige por el art. 1113, párr. 2º (1º y 2º supuestos).

d) También podrán jugar las previsiones de los arts. 907 y 1071 del Cód. Civil.

e) Cuando no puede individualizarse al autor del daño dentro de un grupo, existirá responsabilidad colectiva.

El nexa adecuado de causalidad es de ardua determinación. El concepto de nexa causal basado en la previsión abstracta se hace más estricto en función del mayor deber de previsión que se exige como derivación del art. 902 del Cód. Civil y de la previsibilidad ambiental típica que trataremos más adelante. Asimismo son aplicables las presunciones de causalidad (C 1ª CC La Plata, sala 2ª, 27/4/93, Pinini de Pérez, María del Carmen v. Copetro S. A., La Ley, 1994-A, 8).

Finalmente, el daño se rige por las reglas generales de la responsabilidad. Sin embargo, el principio sentado en el art. 1083 del Cód. Civil acerca de la reparación "in natura", es reforzado en materia ambiental. El texto constitucional afirma que el daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer.

En Chile, la responsabilidad está basada en un factor de atribución subjetivo. La ley 19.300 de Chile establece en su art. 3º: "Sin perjuicio de las sanciones que señale la ley, todo el que culposa o dolosamente cause daño al medio ambiente, estará obligado a repararlo materialmente, a su costo, si ello fuere posible, e indemnizarlo en conformidad a la ley". Es una decisión de política legislativa censurable, en los términos que surgen de la evolución del derecho comparado, que se inclina, mayoritariamente, por la imputación objetiva.

c) Organización del mercado y reglas institucionales.

1. Orden y caos natural-leyes fundamentales y mercado.

El Derecho ansía una futura analogía con el funcionamiento de la naturaleza, receptando sus leyes fundamentales.

En la naturaleza hay orden y caos. En el plano jurídico, el primero está representado por las normas fundamentales, que fijan el orden de lo permitido, el esquema de funcionamiento social básico (Sobre la ley como restricción del caos se ha dicho: "Existen conjuntos de sucesos prohibidos y cuando el científico cree descubrir una limitación que restringe el caos, entonces dice haber descubierto una ley. Podemos atribuir la potencia de una ley a su capacidad para prohibir", Lansberg, Peter, "Las reglas de juego", en *Proceso al azar*", Tusquets, Barcelona, 1992, 2ª ed., p. 12). El segundo es el mercado, que es un modelo de adjudicación caótica, que aporta la necesaria flexibilidad e innovación.

Las reglas institucionales fundamentales son las encargadas de receptor las normas básicas de funcionamiento. En ellas se refleja, como veremos, el paradigma ambiental con sus principios organizativos.

Dentro de este esquema el mercado, cumple una importantísima función. En primer lugar porque, como hemos visto, muchas cuestiones no están claras y es inapropiado dejarlas en manos de la burocracia paternalista; el mercado puede ser innovador y cambiante. En segundo lugar, hay aspectos que se pueden encarar más eficientemente a través de los incentivos, como los dilemas de acción colectiva.

Muchas soluciones basadas en la lógica del mercado pueden ser útiles y eficientes. Entre ellas se han utilizado la eliminación de subsidios para empresas que producen deterioro ambiental, el incentivo para el desarrollo de tecnología ambiental, la obligatoriedad del cumplimiento de standards ambientales en las licitaciones, negociaciones y contratos. También la incorporación del requisito de cumplimiento de normas ambientales mínimas para el otorgamiento de préstamos internacionales, y para la importación de productos en determinados mercados. En muchos países se está ensayando la utilización de la intermediación financiera como modo de redistribuir costos ambientales.

2. La función ambiental privada.

Dentro de las normas fundamentales existen reglas institucionales y dentro de ellas, la función. Se trata de 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 ("Funcion...", 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.

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 duro de normas que establecen un objetivo ambientalista y límites a la actuación social y a la producción jurídica.

Ellos constituyen normas jurídicas, que tienen funciones delimitadoras y que permiten la subjetivización en materia de acciones.

3. Los principios organizativos.

Señala Alpa que hay principios jurídicos que obran estableciendo límites al obrar social, y que uno de ellos es el "alterum non laedere" (Alpa, Guido, "I principi generali", cit., p. 398). Este principio ha sido utilizado por la Corte Suprema para desarrollar un límite básico en materia de conducta industrial y ambiental ("Los saladeristas Podestác. Provincia de Buenos Aires", Fallos: 31-273).

A partir de allí se desarrolla el principio de no contaminar, la obligación de recomponer, de resarcir, y de no comprometer a generaciones futuras (art. 41, Constitución Nacional).

Recientemente ha señalado Frías una serie de principios (Frías, Pedro J., *La cláusula ambiental en la Constitución*, LA LEY Actualidad, 23/8/94, p. 1: "Principios de la política ambiental susceptibles de

constitucionalización): "el derecho humano a un ambiente sano; la subsidiariedad para atribuir competencias al nivel más apropiado, con preferencia inferior; prevención para atender prioritariamente las causas; el principio precautorio para evitar infortunios por imprevisión; el de equidad intergeneracional; la interdisciplinariedad para la toma de decisiones; libre acceso a la información ambiental; participación ciudadana en la gestión del ambiente; la solidaridad con los sectores de más riesgo; el principio de progresividad; valorización económica del ambiente y sus recursos naturales; responsabilidad civil; conservación de la diversidad biológica; preservación de la estabilidad climática; restricción nuclear; especialidad de aplicación del fondo ambiental; los principios en los efectos transfronterizos.

En cuanto a las acciones, serían las siguientes: un programa de monitoreo ambiental; un informe anual sobre el estado del medio ambiente; un procedimiento administrativo de evaluación del impacto ambiental (EIA); auditorías ambientales; un sistema de determinación de objetivos de calidad ambiental, licencias de funcionamiento y permisos ambientales; de incentivos económicos; de fiscalización; de participación pública en la toma de decisiones; de información pública" (Frías, op. citado).

4. El desarrollo sustentable.

¿Qué es el desarrollo sustentable?

En el trabajo de comisión que se realizó en la Asamblea Constituyente de 1994, se dijo: "En esto se siguió la idea enunciada por la Comisión Brundtland, de Naciones Unidas, sobre el desarrollo sustentable" donde se dice, en otras palabras: usemos lo que necesitamos de la naturaleza, pero asegurando que los que vengan después de nosotros no sean privados de tales bienes. Por eso el desarrollo debe ser sustentable, debe poder mantenerse y conservar aquellas cosas en las cuales se sostienen. Textualmente el informe Brundtland había dicho: "El desarrollo que satisface las necesidades de la generación presente sin comprometer las posibilidades de las futuras generaciones para satisfacer las suyas". En menos palabras se dijo lo mismo que las Naciones Unidas".

Se trata de preservar aquellas cosas en las cuales se sostiene el desarrollo. Este concepto ha producido algunas dudas: "a) ¿qué debe ser sustentable, el desarrollo o los recursos?, b) algunos proponen "contabilizar" los recursos, como se hace con las cuentas públicas o privadas, pero ¿cómo evaluar económicamente el ambiente, tratándose de bienes que están fuera de la oferta y la demanda?; c) ¿si el objetivo consiste en preservar el capital ambiental, puede compensarse la disminución de un recurso con el aumento del otro?; d) ¿esta compensación debe ser entre recursos iguales o puede cambiarse entre desiguales? ¿puede cambiarse una selva por un bosque?; e) ¿La compensación debe ser a escala local, nacional o internacional? ¿es válido compensar un recurso de Europa con otro de América?; f) ¿cómo se hace para sustentar los recursos no renovables? Algunos economistas proponen que el producido del recurso utilizado destine una parte de su renta a satisfacer las necesidades presentes y otra parte se capitalice con la innovación tecnológica para generar una renta compensatoria destinada a satisfacer las necesidades de las generaciones futuras. ¿es contabilizable esta capitalización de rentas, cómo se puede hacer el dinero? ¿cómo podemos cuantificar la innovación tecnológica futura?; g) ¿es igual el concepto de desarrollo sustentable entre las naciones desarrolladas y las no desarrolladas? Aquéllas se preocupan de las exigencias futuras, éstas tienen urgencias actuales" (Natale, Alberto, "Protección del medio ambiente en la reforma constitucional", LA LEY, 1994-E, 1385).

El desarrollo sustentable ha sido motivo de definiciones diversas: (conf. Hahn, Robert, op. cit., p. 1748 y sges.). Una primera aproximación puede ser realizada utilizando un enfoque utilitarista; de tal modo el desarrollo sustentable sería aquél que maximiza la utilidad a través de generaciones. Cada generación humana tiende a maximizar el uso de la naturaleza; cada generación tiene un mejor nivel en base a los éxitos de la anterior; cada generación tiene una menor disposición de recursos consumidos por la anterior. Esta suerte de contabilidad ambiental intergeneracional tiene un obstáculo de tipo técnico, cuál es la mensurabilidad.

Otra aproximación al tema, que intenta salvar los límites que presentan las mediciones, es el que toma en cuenta la oportunidad. Cada generación tiene que proveer a la siguiente un cúmulo de oportunidades mayor que el que ha recibido de la anterior, incluyendo el disfrute ambiental. También es difícil establecer una medición razonable y términos de comparación entre oportunidades entre tiempos y culturas distintas.

También se ha desarrollado la noción de "capital natural", y dentro de ella, el distingo entre "recursos renovables y no renovables". Una generación transmite a otra su capital cultural y natural, y ésta última podría aceptarlo o modificarlo, porque piensa que ese estilo de vida no le conviene. A fin de mantener esa capacidad de decisión y la oportunidad de decidir habría obligar a la generación precedente a no afectar aquella parte del capital natural integrada por los recursos no renovables.

5. El incremento de previsibilidad: estudios de impacto ambiental.

En materia ambiental la Constitución Nacional establece (art. 41) que todos los habitantes tienen el derecho a que "las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes, sin comprometer a las de las generaciones futuras". Este texto importa como contracara, el deber de la empresa de desarrollar su actividad sin comprometer ese capital no renovable. Hemos visto también su recepción en la legislación chilena y brasileña.

Esta regla implica que cuando una empresa inicia sus actividades, deberá prever que no dañará al medio ambiente, lo cual importa una reformulación de la previsibilidad. Nuestro sistema jurídico está basado fundamentalmente en el régimen de la previsibilidad adecuada, es decir, en una previsibilidad normal, según el curso natural y ordinario de las cosas.

El cumplimiento del débito antedicho requiere un complejo estudio causal que está muy por arriba de la simple consideración del curso normal y ordinario de las cosas a que refiere el art. 901 del Cód. Civil.

Tal vez la pregunta más relevante es si esa tarea puede ser dejada a los particulares, a las empresas, o bien deben ser asistidos en la toma de esas decisiones. El costo de reunir la información sobre el impacto ambiental, la diversidad de opiniones existentes en estos temas y la inseguridad final sobre si ello será o no aceptado en sede judicial, hace que sea imprescindible un standard mínimo que disminuya esos costos. De otro modo, la decisión judicial final puede llegar a ser impredecible por la ausencia de elementos en qué basarse (Como se ha dicho recientemente en un fallo: "Si alguna vez se ha dicho que el juez, a menudo, "esculpe sobre la niebla" (Anales de la Academia de Derecho XXXIII, n. 26, 2ª parte, 1986, académico Risolía, parafraseando a Unamuno) es en esta materia del daño ambiental donde más ha de evidenciar su espíritu sagaz y sensible, diestro para captar una distinta realidad (C. 1ª CC. La Plata, sala 2ª, 27/4/93, Pinini de Pérez, María del Carmen v. Copetio S. A., LA LEY, 1994-A, 8).

Así como el legislador decimonónico asistió a los individuos mediante el standard del "curso normal y ordinario de las cosas" que concluye en una previsibilidad media, también el legislador actual debe obrar de esa manera.

La solución más difundida es el estudio previo del impacto ambiental.

En la Conferencia de Río, se señaló como principios "...la evaluación del impacto ambiental de cualquier actividad que pueda producir efecto negativo en el ambiente (Principio 17), ...la información pertinente, la notificación previa y la consulta oportuna a los Estados que puedan verse afectados como consecuencia de actividades que puedan tener efectos ambientales nocivos (Principio 19)".

Esta afirmación recoge el alto grado de consenso que ha obtenido esta regla preventiva. "La National Environmental Policy Act", del año 1969 comenzó con este instituto (Conf. Findley, Roger-Farber, Daniel, "Environmental Law in a Nutschell", St. Paul Minn, West Publ co, 1983, p. 21).

En Brasil fue introducido por la ley 6803 de 1980, y luego fue más desarrollado a través de la ley 6938 de 1981 y su decreto reglamentario 88.351/83 (conf. Milare, Edis; Benjamin, Antonio "Impacto ambiental", Rev. Dos Tribunais, São Paulo, 1993). La definición establecida en el art 1º, de la resolución 1. del 23 de enero de 1986 del Consejo Nacional del Medio Ambiente, dispone que se considera impacto ambiental cualquier alteración de las propiedades físicas, químicas y biológicas del medio ambiente, causada por cualquier forma de materia o energía resultante de las actividades humanas que, directa o indirectamente, afectan a la salud, la seguridad, el bienestar de la población, las actividades sociales y económicas, las condiciones estéticas y sanitarias del medio ambiente y las cualidades del recurso natural. Se utiliza a tales fines un diagnóstico ambiental del área de influencia del proyecto, considerando su impacto; definición de las medidas mitigadoras de esos impactos, elaboración del programa de monitoreo de los impactos positivos y negativos, (Capelli, Silvia, "O estudo de impacto ambiental na realidade brasileira", "Dano ambiental-Prevencao, reparacao e repressao", coord. Antonio Benjamin, Rev. Dos Tribunais, São Paulo, 1993, publ. en p. 152 y siguientes).

La ley 19.300 de Chile establece en su art. 8º, los proyectos o actividades señalados en el art. 10 sólo podrán ejecutarse o modificarse previa evaluación de su impacto ambiental, de acuerdo a lo establecido en la presente ley.

En el art. 10º dispone: Los proyectos o actividades susceptibles de causar impacto ambiental, en cualesquiera de sus fases, que deberán someterse al sistema de evaluación de impacto ambiental, son los siguientes:

a) Acueductos, embalses o tranques y sifones que deben someterse a la autorización establecida en el art. 294 del Código de Aguas, presas, drenaje, desecación, dragado, defensa o alteración, significativos, de cuerpos o cursos naturales de aguas;

b) Líneas de transmisión eléctricas de alto voltaje y sus subestaciones;

c) Centrales generadoras de energía mayores a 3 MW;

d) Reactores y establecimientos nucleares e instalaciones relacionadas;

e) Aeropuertos, terminales de buses, camiones y ferrocarriles, vías férreas, estaciones de servicio, autopistas y los caminos públicos que puedan afectar áreas protegidas;

f) Puertos, vías de navegación, astilleros y terminales marítimos;

g) Proyectos de desarrollo urbano o turísticos, en zonas no comprendidas en alguno de los planes a que alude la letra siguiente;

h) Planes regionales de desarrollo urbano, planes intercomunales, planes reguladores comunales, planes seccionales, proyectos industriales o inmobiliarios que los modifiquen o que se ejecuten en zonas declaradas latentes o saturadas;

i) Proyectos de desarrollo minero, incluidos los de carbón, petróleo y gas, comprendiendo las prospecciones, explotaciones, plantas procesadoras y disposición de residuos y estériles, así como la extracción industrial de áridos, turba o greda;

j) Oleoductos, gasoductos, ductos mineros u otros análogos;

k) Instalaciones fabriles, tales como metalurgias, químicas, textiles, productoras de materiales para la construcción, de equipos y productos metálicos y curtiembres, de dimensiones industriales;

l) Agroindustrias, mataderos, planteles y establos de crianza, lechería y engorda de animales de dimensiones industriales;

m) Proyectos de desarrollo o explotación forestales en suelos frágiles, en terrenos cubiertos de bosque nativo, industrias de celulosa, pasta de papel y papel, plantas astilladoras, elaboradoras de madera y aserraderos, todos de dimensiones industriales;

n) Proyectos de explotación intensiva, cultivo, y plantas procesadoras de recursos hidrobiológicos;

ñ) Producción, almacenamiento, transporte, disposición o reutilización habituales de sustancias tóxicas, explosivas, radioactivas, inflamables, corrosivas o reactivas;

o) Proyectos de saneamiento ambiental, tales como sistemas de alcantarillado, y agua potable, plantas de tratamiento de aguas o de residuos sólidos de origen domiciliario, rellenos sanitarios, emisarios submarinos, sistemas de tratamiento y disposición de residuos industriales líquidos o sólidos;

p) Ejecución de obras, programas o actividades en parques nacionales, reservas nacionales, monumentos naturales, reservas de zonas vírgenes, santuarios de la naturaleza, parques marinos, reservas marinas o en cualesquiera otras áreas colocadas bajo protección oficial, en los casos en que la legislación respectiva lo permita, y

q) Aplicación masiva de productos químicos en áreas urbanas o zonas rurales próximas a centros poblados o a cursos o masas de agua que puedan ser afectadas.

En el art. 11: Los proyectos o actividades enumerados en el artículo precedente requerirán la elaboración de un Estudio de Impacto Ambiental, si generan o presentan a lo menos uno de los siguientes efectos, características o circunstancias:

a) Riesgo para la salud de la población, debido a la cantidad y calidad de efluentes, emisiones o residuos;

b) Efectos adversos significativos sobre la cantidad y calidad de los recursos naturales renovables, incluidos el suelo, agua y aire;

c) Reasentamiento de comunidades humanas, o alteración significativa de los sistemas de vida y costumbres

de grupos humanos;

d) Localización próxima a población, recursos y áreas protegidas susceptibles de ser afectados, así como el valor ambiental del territorio en que se pretende emplazar;

e) Alteración significativa, en términos de magnitud o duración, del valor paisajístico o turístico de una zona, y

f) Alteración de monumentos, sitios con valor antropológico, arqueológico, histórico y en general los pertenecientes al patrimonio cultural.

Para los efectos de evaluar el riesgo indicado en la letra a) y los efectos adversos señalados en la letra b), se considerará lo establecido en las normas de calidad ambiental y de emisión vigentes. A falta de tales normas se utilizarán como referencia las vigentes en los Estados que señale el reglamento.

En el art. 12: Los Estudios de Impacto Ambiental considerarán las siguientes materias:

a) Una descripción del proyecto o actividad;

b) La línea de base;

c) Una descripción pormenorizada de aquellos efectos, características o circunstancias del art. 11 que da origen a la necesidad de efectuar un Estudio de Impacto Ambiental;

d) Una predicción y evaluación del impacto ambiental del proyecto o actividad, incluidas las eventuales situaciones de riesgo;

e) Las medidas que se adoptarán para eliminar o minimizar los efectos adversos del proyecto o actividad y las acciones de reparación que se realizarán, cuando ello sea procedente;

f) Un plan de seguimiento de las variables ambientales relevantes que dan origen al Estudio de Impacto Ambiental, y

g) Un plan de cumplimiento de la legislación ambiental aplicable.

En el art. 26: Corresponderá a las Comisiones Regionales y a la Comisión Nacional del Medio Ambiente, según el caso, establecer los mecanismos que aseguren la participación informada de la comunidad organizada en el proceso de calificación de los Estudios de Impacto Ambiental que se les presenten.

En el art. 27: Para los efectos previstos en el artículo anterior, la Comisión respectiva ordenará que el interesado publique a su costa en el Diario Oficial y en un diario o periódico de la capital de la región o de circulación nacional, según sea el caso, un extracto visado por ella del Estudio de Impacto Ambiental presentado. Dichas publicaciones se efectuarán dentro de los diez días siguientes a la respectiva presentación.

En el art. 28: Las organizaciones ciudadanas con personalidad jurídica, por intermedio de sus representantes, y las personas naturales directamente afectadas, podrán imponerse del contenido del estudio y del tenor de los documentos acompañados. Con todo, la Comisión mantendrá en reserva los antecedentes técnicos, financieros y otros que, a petición del interesado, estimase necesario substraer del conocimiento público, para asegurar la confidencialidad comercial e industrial o proteger las invenciones o procedimientos patentables del proyecto o actividad a que se refiere el estudio presentado.

Como podemos apreciar, la previsibilidad exigible se extiende, transformándose en un problema de planificación. Esta reconsideración influye directamente sobre el derecho administrativo, puesto que el Estado, al autorizar el funcionamiento de una actividad, no podrá dejar de considerar su impacto ambiental, puesto que de lo contrario podrá exponerse a la responsabilidad consiguiente por omisión de ese deber de contralor.

La doctrina señala que esta decisión debe ser participativa, permitiendo escuchar a todas las voces en una suerte de democratización de la decisión administrativa. Esto involucra a sectores intermedios de la comunidad con intereses competitivos: los que protegen al obrero contra la desocupación estarán interesados en la instalación de la empresa; los que protegen al medio ambiente pueden oponerse; los que defienden una ciudad pueden estar a favor porque traerá desarrollo; los vecinos que soportarán el ruido opinarán en contra.

La participación nos presenta un problema de elección. Habrá que tener en cuenta que, como regla general rige la libertad de comercio, la que resulta recortada negativamente por el efecto ambiental. De tal modo

deberán probarse los efectos negativos mediante el estudio de impacto ambiental. Una vez determinado ello, deberá averiguarse qué medidas existen para mitigarlo y si resultan compatibles con una alteración no sustancial de las leyes fundamentales de la naturaleza. Sólo en este último caso se procederá a la no habilitación.

6. La empresa como agente de prevención.

En el desarrollo de la función ambiental ocupa un lugar central la adjudicación de un rol de intermediario a la empresa.

Esta tarea no es novedosa en el derecho, ya que es propia de la economía de mercado. En materia de relaciones laborales se le imponen deberes de prevención de la salud de los obreros, como surge claramente de las leyes 20.744 y 19.587 (Adla, XXXIV-D, 3207; XXXVI-B, 1175; XXXII-B, 1954). En materia impositiva es agente de retención de impuestos que otros deben pagar. En la responsabilidad civil se la elige para imputarle responsabilidad, aunque no medie una autoría real, por su capacidad para difundir costos.

En materia de contaminación ambiental se le imponen deberes preventivos, como los de seguridad en el proceso de producción y evitación de contaminación a terceros.

En esta adjudicación de roles, uno de los más importantes y controvertidos en materia ambiental es el de intermediario financiero para fomentar la creación y transferencia de tecnología ambiental (conf: Lerner, José; Levy, Marc, "Un intermediario financiero para la transferencia de tecnología ambiental", publ. en Rev. de Derecho industrial, año 14, ag. 1992, núm. 41, p. 489).

Muchos de los problemas que existen, tanto en la prevención como en la recomposición del daño ambiental se relacionan con la existencia de tecnologías adecuadas, con el conocimiento de su existencia, y con el capital necesario para adquirirla.

El primer aspecto se relaciona con la investigación básica, y con la acumulación de capital necesario para su desarrollo. El problema actual se concentra en la conformación de empresas con capitales riesgo para tales fines. El segundo aspecto es encontrar los mecanismos para superar las dificultades de información, y las soluciones se canalizan a través de un mercado de tecnologías ambientales y de bases informáticas adecuadas. El tercer tema es la posibilidad de adquirir las tecnologías ya creadas y difundidas. Ello nos enfrenta directamente con la patentabilidad y con los costos.

Estos temas exceden nuestro trabajo, pero su mención muestra claramente la necesidad de regular el entorno, de institucionalizar el mercado creando los mecanismos adecuados para la concreción real de las aspiraciones.

7. La Ecoetiqueta y la ecoauditoría.

Nuevos instrumentos del Mercado han sido desarrollados como complemento de la mejora ambiental. Se basan en la óptica del fomento, en el incentivo para impulsar la mejora voluntaria de las conductas sociales (En la presentación de este tema seguimos a Martín Mateo, Ramón, "Nuevos instrumentos para la tutela ambiental", Madrid, Trivium, 1994).

La Ecoetiqueta es una especie de las denominadas "marcas colectivas".

Estas son las solicitadas por asociaciones de productores, fabricantes, comerciantes o prestadores de servicios para diferenciar en el mercado los productos o servicios de sus miembros. Tienen un alcance predominantemente voluntario, lo que la distingue de las "ecotasas" que son imposiciones. La etiqueta ofrece un fuerte incentivo a los que la obtienen porque de ese modo podrán difundir su condición de benefactor ambiental, incrementando, las ventas. Ello permitirá subir los precios hasta ciertos límites para recuperarlos costos ambientales.

Estas marcas se crean primero en Alemania, con la aprobación en 1977 de la denominada "Angel Azul", por iniciativa del Ministerio Federal de Interior y de los Ministros Ambientales de la Federación. En la Unión Europea, el Cuarto Programa de Acción 1987 - 1992 se destaca la importancia de promocionar productos limpios, abogándose explícitamente ya en 1987 por el Parlamento Europeo por la creación de esta etiqueta, enfatizándose en el V Programa la importancia del papel de los ciudadanos en cuanto consumidor de bienes y servicios, "puesto que las causas y las soluciones de los problemas ecológicos dependen a menudo de la elección del consumidor". El Consejo demandó ala Comisión en mayo de 1990 una propuesta de sistema de etiquetado ecológica, petición que en una primera aproximación fue atendida el 29 de noviembre de 1990,

dando lugar a un texto que más adelante se convirtió en el Reglamento CEE núm. 880 del Consejo de 23 de mayo de 1992.

La normativa comunitaria se alinea con los criterios:

- Difusión de una correcta información ambiental.
- Establecimiento de criterios uniformes.
- Utilización de los mecanismos de mercado.
- Voluntariedad.

La etiqueta comunitaria se propone establecer su sistema comunitario dirigido a "promover el diseño, la producción, la comercialización y la 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". "Los productos tendrán que ofrecer repercusiones reducidas sobre el medio ambiente, es decir, mejorar la incidencia ambiental y ello sólo puede hacerse sobre bases comparativas. No se acredita que el producto sea limpio, inocuo o no contaminante en absoluto, sino que es menos perjudicial que otros que también aparecen en el mercado. La ecoetiqueta puede concederse a varios bienes del mismo grupo que destaquen por distintas razones: menor consumo de energía, menor producción de residuos, etc."

La etiqueta se puede conceder a productos que se fabriquen o importen en los Estados miembros, o sean importados en alguno de estos si reúnen los requisitos requeridos.

Se excluyen los siguientes:

- Alimentos, bebidas o productos farmacéuticos, si bien sobre estos últimos habrá que estar a la legislación de cada Estado.
- Sustancias o preparados clasificados como peligrosos, si no cumplen los objetivos del art. 1º.
- Productos fabricados mediante procedimientos que puedan causar daños apreciables a las personas o al medio ambiente.
- Productos que no se ajusten a las exigencias comunitarias en materia de sanidad, seguridad y medioambiental".

Las auditorías constituyen también un importante instrumento. También se sigue aquí experiencias que han suministrados otros ámbitos; en esta materia hay una larga tradición en auditorías financieras y contables, las que se aplican al ámbito ambiental (C. Ledgerwodd-E. Street y R. Therivel, "The Environmental Audit and Business Strategy. A Total Quality Approach", Pitman Publishing, Londres, 1992, obra fundamental en esta línea. Especialmente L. Harrison", "Environmental Auditing Handbook. A Guide to Corporate and Environmental Risk Management", McGraw-Hill, Nueva York, 1988; Smith; Yodis, "Environmental Auditing Quality Management, Executive Enterprises Publications", Nueva York, 1989. Una información adicional puede obtenerse para los aspectos prácticos en L. Harrisoned. "Environmental Auditing Handbook", McGraw Hill, Nueva York, 1993, hay una nueva edición anunciada para 1994. También J. Greeno y otros, "Environmental Auditing Fundamental and Techniques", Artur Little, Cambridge, 1986; McKena, "Environmental Auditing. A Management Guide", Interlex Press, Londres, 1993).

La Ecoauditoría se dirige a los propios accionistas, que pueden calcular el riesgo económico de la empresa derivado de los riesgos ambientales asumidos. También influye sobre la política crediticia de los bancos, que la toman en cuenta para el cálculo de riesgos. Los empleados que desean trabajar en ambientes sanos, los consumidores que tienen mayor conciencia ambiental y en general la creación de un valor ambiental de mercado, incrementa el incentivo de este instrumento.

Las auditorías ambientales introducidas por la Unión Europea derivan de la norma internacional de calidad ISO 1001/1990 y su versión, ISO 9000, adaptada en algunas naciones a la gestión ambiental, con particular éxito en Inglaterra dando lugar a la "British Standard on Environmental Management BS7750". Particular interés tiene a este respecto la declaración realizada por la EPA en 1986 (28), que califica la auditoría ambiental como una revisión documentada, sistemática, periódica y objetiva, relacionada con el cumplimiento de requerimientos ambientales.

8. Corrección de la fuente.

El otro eje desarrollado por la legislación ambiental comunitaria es el de corrección prioritaria en la fuente (Ej: empresas productoras de amianto). Este principio, característico de la ecología radical, va cobrando mayor relevancia en el marco global. Es el que recepta, en el ámbito del Mercosur, la reglamentación brasileña. El sistema argentino (ley 24.051 residuos peligrosos) auspicia la misma solución (pero no para la fuente productiva) respecto de la instalación de plantas de tratamiento y disposición final de residuos.

9. El análisis consecuencialista en materia ambiental.

Los enfoques de la actividad de la empresa que van mudando con el tiempo y los conflictos que suscitan. 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.

El problema actual presenta otras aristas. No es unilateral ni bilateral, no es solamente interno de la empresa.

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? El derecho laboral, se va interesando más por el empleo, y por el costo, que por las relaciones del trabajador dentro de la empresa; el derecho falencial se va preocupando por la recuperación de la fuente de trabajo, antes que por la liquidación universal de bienes.

Estas y muchas otras preguntas llevan a respuestas que pueden limitar el crecimiento empresario o el de la sociedad civil. Se entabla entonces un nuevo diálogo, entre el derecho comercial y el derecho civil, en la elaboración de una arquitectura económica de la sociedad.

Este diálogo requiere de nuevas palabras, de un lenguaje apropiado. El derecho privado está casi mudo, porque está preparado para enfrentar controversias individuales, pero no para estos nuevos conflictos que presentan una temática excesiva, sobreabundante, que satura y neutraliza. Es interesante observar los debates que se plantean en comunidades pequeñas, sean ciudades o barrios, en los que se discute la instalación de una empresa o su cierre. La sociedad no tiene en claro si hay que proteger el ambiente o la fuente de trabajo; si hay que cerrarla y pagar a los acreedores o perjudicara éstos en beneficio de la continuación. Se discute si hay que subsidiar a una empresa que beneficia a una población o un país en perjuicio de otros.

Planteado el conflicto individual o grupal, la comunidad se divide según sus intereses que son hiperespecializados y todos atendibles. Muchas veces ni el propio juez es neutral, como ocurre con los temas ambientales o consumeristas, ya que es ciudadano y consumidor.

No tenemos las herramientas conceptuales para tratar la diversidad de intereses hiperespecializados; sólo la fórmula del consenso o la transacción por la vía del equilibrio.

Casi toda la regulación que conocemos en esta materia, parte de la base de la empresa en acción, tratando de solucionar los conflictos que produce. Sin embargo, es probable que avancemos hacia la regulación del mercado como supuesto de hecho de la actividad empresarial. En ello es imprescindible, no sólo la confluencia del derecho civil como protectorio del individuo, y el derecho comercial, como regulador de la actividad empresarial, sino del derecho público y privado, como lo hemos señalado al tratar el paradigma ampliado.

La autorización previa para la instalación de empresas, se vinculó, tradicionalmente a aspectos societarios, y de ofrecimiento de garantías para terceros. Sin embargo, ahora vemos que en algunos casos se requiere que la empresa pruebe que su actividad no dañará al medio ambiente, invirtiéndose el régimen de la ilicitud: ésta se presume hasta que se pruebe lo contrario (art. 41, Constitución Nacional).

Ello importa tomar decisiones en materia de regulación del mercado. Para ello tenemos que contar con herramientas de análisis consecuencial que permitan evaluar las externalidades positivas y negativas, como así también los costos asociados y sus mecanismos de difusión (Un importante trabajo sobre este tema se encuentra en "Mattei, Ugo, "Tutela inhibitoria e tutela resarcitoria-Contributo alla teoría del diritti sui beni", Míno, Giufre, 1987).

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