

Revista de **DERECHO AMBIENTAL**



CRÍTICA DE LA CONCEPCIÓN EXPANSIVA DEL DERECHO AMBIENTAL

Por *HORACIO J. FRANCO*

La autonomía del Derecho Ambiental es más que una discusión académica

Se suele decir que el planteo acerca de la autonomía de una rama del Derecho no surge como una necesidad científica, sino como un recurso técnico orientado a su mejor comprensión y sistematización. Esto nos llevaría a concluir que, cumplido ese objetivo, la cuestión carece de implicancias prácticas. Afirmar entonces que “*tal rama del Derecho es autónoma*” añadiría poco y nada al conocimiento.

Sin embargo, en lo que concierne a la autonomía del Derecho Ambiental, las distintas posiciones doctrinarias que parecen tener propósitos eminentemente académicos y didácticos, resultan en realidad funcionales a diferentes políticas gubernativas y tesis judiciales. Parafraseando a Gordillo, se puede afirmar que, “*el Derecho Ambiental está plagado de peligrosos usos emotivos y políticos del lenguaje*”.¹

Tesis: Un ordenamiento jurídico paralelo

En la doctrina argentina hay disenso con relación a la autonomía del Derecho Ambiental.²

¹ Gordillo utilizó esta frase aludiendo al Derecho Administrativo. Ver Gordillo, Agustín; *Tratado de Derecho Administrativo*; Parte General; T° 1; Fundación de Derecho Administrativo; 1998.

² Ver Bec, Eugenia y Franco, Horacio J.; *Presupuestos Mínimos de Protección Ambiental – Tratamiento Completo de su Problemática Jurídica*; Ed. Cathedra Jurídica; 2010; Capítulo I; nota al pie N° 1.

Cafferatta considera que el Derecho Ambiental es “*mucho más que una especialidad*”.³ A su vez, Lorenzetti describe al Derecho Ambiental como un derecho “*mutante*”.⁴ En el mismo sentido, se afirma que, frente al Derecho Ambiental, la metamorfosis de la ciencia jurídica es “*revolucionaria*”,⁵ e incluso “*copernicana*”.⁶

Al calor de ese paradigma “expansivo”, muchas opiniones desdibujan los límites entre el Derecho Ambiental y otros sistemas normativos que forman parte del orden jurídico.

Por ejemplo, Esaín entiende que “*debe hacerse extensiva la materia ambiental a todas las decisiones legislativas que adopte el Congreso Federal, tanto en materia tributaria como económica, como en materia de seguros, civil, laboral, minería, derecho de familia, dominio público, obras públicas*” e incluso a “*las demás que al lector se le ocurran ... no imaginándonos cómo justificar algún tipo de excepción*”.⁷ Otras opiniones, inspiradas en una solitaria posición que puede detectarse en el Derecho Comparado, proponen que el Derecho Ambiental deje de lado la causalidad adecuada.⁸

Es indudable que el paradigma “expansivo” del Derecho Ambiental ejerce en nuestro país una notable influencia sobre la doctrina y sobre la abundante “*literatura de comentarios paisajistas*” que, al decir de Vanossi, inevitablemente la acompaña.⁹ Repetido como un catecismo por seguidores más entusiastas que críticos, este consenso “bienpensante” coloniza las universidades y los postgrados de Derecho Ambiental, impulsando en esos ámbitos una visión de esta especialidad como una suerte de “*ordenamiento jurídico paralelo, que duplica al convencional*”.¹⁰

Sin embargo, ese proceso “colonizador” no convenció a la jurisprudencia. Sentando un criterio que jamás fue contradicho, ésta puso límites a la “expansividad” del Derecho Ambiental indicando que, por más que la existencia de cada uno de los elementos que

³ Ver Cafferatta, Néstor A.; *Cuestiones Actuales de Derecho Ambiental* (obra colectiva); EL DERECHO; 2007; págs. 9, 10 y 11.

⁴ Lorenzetti, Ricardo L.; *Las normas fundamentales del Derecho Privado*; Rubinzal-Culzoni; 1995; pág. 483.

⁵ Pigretti, Eduardo A.; *El ambiente como revolución jurídica*; LL 28/09/94.

⁶ Morello, Augusto M.; *La tutela de los intereses difusos en el Derecho Argentino*; La Plata; 1998.

⁷ Esaín, José A. *El federalismo ambiental. Reparto de competencias legislativas en materia ambiental en la Constitución Nacional y en la Ley General del Ambiente 25.675*; JA-2004-I-776.

⁸ Ver Cafferatta, Néstor; *La prueba del daño ambiental*; JA 2005-IV, fascículo Nro. 9; 30/11/05 y Falbo, Aníbal; *El rol del derecho ante la incertidumbre científica en los casos ambientales*; JA 1995-IV-976. Hemos criticado esta postura –que se alinea con la mal llamada “Teoría de las Probabilidades”, postulada por el doctrinario estadounidense J.B. Ruhl- en un trabajo de fecha anterior al que nos remitimos. Ver Franco, Horacio J.; *Irretroactividad del Daño Ambiental Colectivo*; LL 18 de Septiembre de 2008; Tomo 2008-E.

⁹ Vanossi, Jorge R.; *Breves reflexiones sobre forma y estilo en la interpretación judicial de la Constitución Histórica*; Sesión privada de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas; 23 de abril de 2003.

¹⁰ Bellorio Clabot, Dino; *Tratado de Derecho Ambiental*; Ed. Ad Hoc; 1997; pág. 289.

componen el ambiente “... es regularmente positiva para la existencia humana, no es obviamente, un bien cuya positividad quepa afirmar a todo evento, sin considerar su acomodamiento con otros bienes igualmente valiosos”.¹¹

La seducción que ejerce la concepción “expansiva” del Derecho Ambiental decrece tan pronto nos alejamos de los ámbitos académicos y de la primera instancia judicial.

Antítesis: Un apéndice del Derecho Administrativo

A la concepción “expansiva” del Derecho Ambiental se le opone una posición antitética que llamaremos “reductiva”. Por ejemplo, Botassi¹² y González Arzac¹³ niegan la autonomía del Derecho Ambiental por entender que el mismo no trasciende el aporte que recibe de otras áreas del Derecho.

Profundizando esa línea, Cassagne se refiere al Derecho Ambiental como una disciplina subalterna, opinando que “constituye una rama del Derecho Administrativo que, por sus peculiaridades, configura una suerte de Derecho Administrativo especial”.¹⁴ Sin rodeos, Dromi afirma que “el Derecho Ambiental es un derivado del Derecho Administrativo”.¹⁵

Es muy escasa o nula la influencia de esta concepción “reductiva” del Derecho Ambiental en la doctrina y la jurisprudencia. Por esa razón, nuestra atención se concentrará principalmente en las implicancias de la concepción “expansiva”.

Síntesis: la autonomía relativa

Nuestra opinión es que tanto la concepción “expansiva” como la concepción “reductiva” pecan de extremas. Descreemos tanto de la “soberanía” del Derecho Ambiental que postula la concepción “expansiva” como de su reducción al “administrativismo”.

Contra la concepción expansiva, concordamos con Mosset Iturraspe, quien afirma “...no tenemos dudas de que no es posible una visión absoluta o “fundamentalista” del ambiente ... debe evitarse hacer del tema una categoría invasora, a la cual todo debe estar subordinado”.¹⁶ La pretensión de “soberanía” del Derecho Ambiental que postula la

¹¹ CNFed. San Martín, Sala I; Louzán, Carlos A. c. Ministerio de Economía de la Nación”; 8 de febrero de 1994.

¹² Botassi, Carlos Alfredo; *Derecho Administrativo Ambiental*; Ed. Platense; 1997; págs. 84 y 85.

¹³ González Arzac, Felipe A.; *La regulación del ambiente en el Derecho Público Provincial*; Revista Ambiente y Recursos Naturales; Volumen 1; Nro. 4; pág. 37.

¹⁴ Ver Cassagne, Juan Carlos; *El daño ambiental colectivo*; La Ley; 14 de septiembre de 2004; pág. 1.

¹⁵ Dromi, Roberto y Menem, Eduardo; *La Constitución Reformada*; Ediciones Ciudad Argentina; pág. 142.

¹⁶ Conf. Mosset Iturraspe, Jorge; *Daño Ambiental* (obra colectiva); Tº I; Ed. Rubinzal Culzoni, 1999; págs. 32 y 31.

concepción expansiva se traduce, al decir de Mosset Iturraspe, en “*pretensiones abarcativas excesivas*”. A pesar de estas sensatas advertencias, el Derecho Ambiental argentino “invadió” áreas que se encuentran más allá de su finalidad específica, que es la protección del medio ambiente natural¹⁷, y avanzó sobre el núcleo de la función judicial, que es el principio de la “sana crítica”.¹⁸ Situaciones como ésta diferencian al Derecho Ambiental argentino del que se aplica en otros países más avanzados que el nuestro en materia de protección ambiental.

Lo cierto es que ninguna rama del derecho es “soberana”. El Derecho Ambiental es sin duda autónomo, pero su autonomía es relativa e interdependiente. Su confluencia con las demás ramas del derecho pesa más que sus notas de originalidad. Lo cual no quiere decir que no tenga una identidad nítida.

Aquella afirmación de Lorenzetti, en el sentido de que el Derecho Ambiental es un derecho “mutante”, debe ser tomada con cuidado. El Derecho Ambiental no puede ser un derecho amorfo, ambiguo e impreciso, que puede “mutar” según las circunstancias. La ambigüedad es una característica indeseable cuando de normas jurídicas se trata. En su libro “*Las raíces legales de la corrupción*”, Mairal advierte que la ambigüedad primigenia termina siendo una antesala de la arbitrariedad.¹⁹ Es inaceptable abandonarse a la idea de que el Derecho Ambiental pueda prohiñar normas ambiguas. Cuando el legislador se desentiende de la precisión, compromete la eficacia.

Tal como observa De Benedictis, la respuesta a los interrogantes que plantea la problemática ambiental “*no debe darse a través de la interpretación doctrinaria o de la que finalmente terminen realizando los jueces. Por el contrario, debe venir de la mano de definiciones precisas dadas por la legislación ...*”.²⁰

El Derecho Ambiental no es una disciplina subalterna

Afirmamos que el Derecho Ambiental es autónomo, y eso implica abominar de la concepción “reductiva”, que niega dicha autonomía.

¹⁷ El Artículo 27 de la Ley General del Ambiente 25.675 (LGA) incluye los “valores” colectivos dentro de la definición del daño ambiental. Ver también “*Municipalidad de Tandil c. T.A. La Estrella S.A. y otro s/daños y perjuicios*”; ED 171-374.

¹⁸ El Artículo 33 de la Ley General del Ambiente 25.675 (LGA) impone a los jueces un criterio dogmático de valoración de la prueba. Se ha intentado justificar esto invocando la necesidad de “*facilitar el onus probandi*”. Ver Cafferatta, Néstor A.; *Ley 25.675. Comentada, interpretada y concordada*; DJ 2002-3-1133. Ver también Morello, Augusto M. y Cafferatta, Néstor A.; *Visión procesal de cuestiones ambientales*; Ed. Rubinzal Culzoni; 2004; pág. 254. Hemos criticado esta tesitura en Bec, Eugenia y Franco, Horacio J.; *¿Puede el clínico desplazar al cirujano de la mesa de operaciones? (A propósito del Artículo 33 de la Ley General del Ambiente 25.675)*; RDAMB 6-251.

¹⁹ Ver Mairal, Héctor A.; *Las raíces legales de la corrupción*; Cuadernos RPA; Editorial RAP; 2007; págs. 28 y 29.

²⁰ De Benedictis, Leonardo; *¿Qué son los presupuestos mínimos de protección ambiental?*; La Ley; 23 de julio de 2004; pag.5.

El Derecho Ambiental conforma un sistema normativo autónomo ubicado dentro de la órbita de ese sistema normativo mayor que llamamos “Derecho Público”.²¹ Las normas que lo componen son coactivas, no consensuales, están basadas en el interés público, se aplican mediante técnicas de derecho público (aún cuando se trate de bienes del dominio privado) y discriminan entre conductas lícitas o ilícitas. En el Derecho Ambiental prevalece el aspecto iuspublicista.

El Derecho Ambiental tiene principios propios, que derivan del Derecho Ambiental Internacional.²² Esto implica que el Derecho Ambiental no se “desgajó” del tronco del Derecho Administrativo. Esa constatación impide considerarlo un “derivado”, y desbarata el humano afán de los cultores de esa disciplina de “llevar agua para su molino” (no son pocos los iusprivatistas que hacen el intento simétricamente opuesto, también en vano).

El Derecho Ambiental tiene una dimensión supranacional, mientras que el Derecho Administrativo es puramente interno. El énfasis del Derecho Administrativo está puesto en el Estado, mientras que el foco del Derecho Ambiental se encuentra equilibrado entre el Estado y la sociedad civil. La proyección hacia el futuro, típica del Derecho Ambiental, no se verifica en la misma medida en el caso de la regulación administrativa.

Lo expuesto no impide reconocer, junto con Botassi, que ninguna otra rama del derecho se vincula tanto con el Derecho Ambiental como el Derecho Administrativo.²³ Pero, evidentemente, una cosa es un “*sistema normativo ubicado dentro de la órbita del Derecho Público*”, y otra muy distinta es “*un derivado del Derecho Administrativo*”, categoría indudablemente más estrecha.

La mencionada prevalencia del aspecto iuspublicista tampoco implica ignorar la estrecha vinculación que une al Derecho Ambiental con la Teoría de la Responsabilidad Civil. Ni tampoco la contribución del Derecho Procesal, que se verifica en la extensa construcción teórica de las acciones preventivas y la legitimación para demandar. Tal como señala Kemelmajer de Carlucci, “*el aporte que presta el Derecho Privado para dar solución a algunos de los problemas que presenta el Derecho Ambiental no es insignificante*”.²⁴

El objeto, la finalidad, la relación jurídica protegida y la vocación preventiva del Derecho Ambiental son notoriamente distintos a la de cualquier otra rama del Derecho.

²¹ Conf. Mateo, Ramón M.; *Tratado de Derecho Ambiental*; Vol. 1; Ed. Trivium; Madrid, 1991; pág. 95.

²² Puede verse un extenso desarrollo en este sentido en: Hunter, David; Salzman, James; y Zaelke, Durwood; *International Environmental Law*; University Casebook Series; Foundation Press; New York; 1998; *Chapter Seven – Principles and Concepts in International Environmental Law*, págs. 318 y ss.

²³ Botassi, Carlos Alfredo; *Derecho Administrativo Ambiental*; Ed. Platense; 1997; págs. 91 y 92.

²⁴ Kemelmajer de Carlucci, Aída; *La responsabilidad civil por daño ambiental; El Derecho y los Problemas Contemporáneos. Libro del Cincuentenario*; Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba; 1991; pág. 172.

La autonomía del Derecho Ambiental se evidencia en el hecho de que éste introduce “*instituciones nuevas, que no pudieron ser concebidas en otras épocas, al no configurarse los hechos que hoy las hacen necesarias*”.²⁵ Dichas “instituciones nuevas” son, por ejemplo, el Principio Precautorio; la Evaluación Previa de Impacto Ambiental; el instituto del Daño Ambiental Colectivo; el concepto de “equidad intergeneracional”; etc.

Actualmente, es innegable que las “instituciones nuevas” del Derecho Ambiental constituyen una realidad que ejerce un notable influjo, no sólo sobre otras áreas del Derecho, sino también sobre la economía.

El Derecho Ambiental frente al “test” de la autonomía

Botassi sostiene que una rama del Derecho es autónoma cuando sus principios son “absolutamente” originales y configuran un complejo ontológicamente original que torna innecesario el auxilio de otras ramas. Sin embargo, ninguna especialidad jurídica (ni siquiera aquellas que con justicia pueden ser consideradas “fundacionales”) es “absolutamente” original. Los principios generales del Derecho son comunes (y, si la mirada es iusnaturalista, también son preexistentes) a todas las ramas que lo componen.

De la misma manera, ninguna especialidad jurídica es “absolutamente” autónoma. Todas se nutren, por conexión o –cuanto menos- por “capilaridad”, de institutos “importados” de otras ramas del Derecho. Afirmar lo contrario implica pasar por alto la dimensión sistémica y los ingredientes históricos que poseen todas las construcciones jurídicas. Ninguna rama del derecho es una construcción cerrada.

Ni siquiera las más señeras “instituciones nuevas” del Derecho Ambiental son “absolutamente originales”, aunque tengan su cuota de originalidad. Por ejemplo, la disminución de la exigencia probatoria que conlleva el Principio Precautorio es lo que usualmente se conoce en las medidas cautelares, y ahora, en las autosatisfactivas, como *fumus boni iuris*.²⁶ El Principio de la Equidad Intergeneracional constituye un eco del principio *alterum non laedere* y de la Teoría del Abuso del Derecho. El instituto del Daño Ambiental Colectivo tiene una deuda muy obvia con la Teoría de la Responsabilidad Civil y con la Teoría de la Causa Adecuada.

Según nuestra opinión, una rama del Derecho puede considerarse relativamente autónoma cuando “es mayor que la suma de sus partes”. Cuando no trasciende claramente los institutos de otras ramas del Derecho de las cuales se nutre, entonces cabe hablar de una “disciplina legal”, pero no de una rama autónoma.

Tanto González Arzac como Botassi postulan que el Derecho Ambiental no es mayor que la suma de sus partes.

²⁵ Bellorio Clabot, Dino; *Tratado de Derecho Ambiental*; Ed. Ad Hoc; 1997; pág. 290.

²⁶ Acciarri, Hugo A.; *La relación de causalidad y las funciones del Derecho de Daños*; Abeledo Perrot; 2009; pág. 163.

González Arzac opina que el Derecho Ambiental no debe interpretarse como una rama autónoma sino “*informativa del saber jurídico, cuyo objeto de estudio es el conjunto de reglas, principios y técnicas aplicables a un mismo problema, aunque las normas se sitúan en diferentes campos, como son el Derecho Constitucional, el Derecho Administrativo, el Derecho Tributario, el Derecho Penal, el Derecho Agrario, el Derecho de la Navegación, etc.*”.²⁷ En el mismo sentido, Botassi afirma que, en definitiva “*las conductas prohibidas o incriminadas configurarían contravenciones o delitos ... o traducirán la obligación de reparar los daños causados en el marco del Derecho Civil ... los órganos que llevan adelante la política ambiental son regulados por el Derecho Administrativo, y en el plano ecuménico por el Derecho Internacional Público*”.²⁸ Debemos recordar que –en un primer momento– hubo autorizadas opiniones que indicaron que el Derecho Ambiental era “*una disciplina pasajera, circunstancial o de moda, que terminaría siendo absorbida por las ramas tradicionales del derecho*”.²⁹

Es evidente que estas opiniones subestimaron la entereza del Derecho Ambiental frente a la “fuerza gravitacional” de las ramas “fundacionales” del derecho. Puede constatarse que el Derecho Ambiental no fue absorbido por ellas, lo cual demuestra que sus notas de originalidad son irreductibles.

El Derecho Ambiental no puede ser cabalmente comprendido si nos limitamos a desmenuzar los aportes que recibe de otras ramas del derecho. De la misma manera, la incorporación de la variable ambiental al derecho clásico no implica que el Derecho Ambiental sea un mero correctivo de éste.

Los daños provocados a terceros “a través del ambiente” serán efectivamente reparados en el marco del Derecho Civil; pero los causados “al ambiente propiamente dicho” lo serán a través de ese régimen de “responsabilidad pública ambiental” que es la “institución nueva” del Daño Ambiental Colectivo. La temática de la seguridad en el trabajo trasciende el Derecho Laboral. La proyección del Derecho Ambiental Internacional no se agota en el Derecho Internacional Público. La problemática del delito ambiental no se agota en el Derecho Penal. La contaminación portuaria y costera va más allá de los conceptos que aporta el Derecho de la Navegación. El seguro ambiental trasciende el Derecho Mercantil. La represión de la contaminación no se agota en el Derecho Administrativo, del mismo modo que la desinversión estatal en materia de saneamiento no se agota en el Derecho Presupuestario.

El hecho de que el Derecho Ambiental esté cimentado en nociones y conceptos de ciencias no jurídicas (como la ecología, la biología, la geología, la ingeniería, etc.); así como su integración con normas de base transdisciplinaria frustran cualquier tentativa simplista de asimilación.

²⁷ González Arzac, Felipe A.; *La regulación del ambiente en el Derecho Público Provincial*; Revista Ambiente y Recursos Naturales; Volumen 1; Nro. 4; pág. 37.

²⁸ Botassi, Carlos Alfredo; *Derecho Administrativo Ambiental*; Ed. Platense; 1997; pág. 84.

²⁹ Prieur, Michael; *Droit de l'environnement et développement durable*; Pulim; Paris; 1984.

El Derecho Ambiental es mayor que la suma de sus partes. Excede claramente los institutos de las ramas del Derecho con los que se relaciona. Sus “instituciones nuevas” moldean los sistemas jurídicos existentes, “*reorientándolos en un sentido ambientalista*”³⁰. Sin embargo, también es cierto que el Derecho Ambiental debe recurrir en forma casi permanente a los principios establecidos en las disciplinas troncales o fundacionales del Derecho.

La identidad del Derecho Ambiental se afirma con el paso del tiempo, pero lo hace dentro del marco de una autonomía relativa, cuyos alcances deben ser interpretados sin extralimitación. La autonomía relativa no implica “ruptura” sino “interdependencia” con el resto del orden jurídico. Tal como Mairal concluye “... *las diferencias que cada especialidad jurídica reclama para sí empalidecen ante la reiterada constatación de la unidad del Derecho*”.³¹

Si el Derecho Ambiental introduce “*instituciones nuevas, que no pudieron ser concebidas en otras épocas, al no configurarse los hechos que hoy las hacen necesarias*” estamos frente a un conjunto de normas referido a un momento temporal. Dicha temporalidad, así como su permanente dependencia respecto de los principios establecidos en las ramas troncales del derecho, no impiden afirmar que el Derecho Ambiental es otra formidable demostración de la capacidad evolutiva y de adaptación del derecho a los duros desafíos que nuestra época plantea a la Humanidad.

La autonomía relativa es la única concepción eficaz del Derecho Ambiental. Conservando su identidad, éste debe buscar su lugar al lado de las demás ramas del derecho, acercándose a ellas para encontrar un territorio de confluencias, en el que pueda proponer e integrar sus nuevas instituciones y reciba del resto del Derecho el inmenso bagaje del andamiaje jurídico atesorado por aquellas disciplinas.³²

Derecho Ambiental y “comunitarismo”

El Derecho Ambiental se encuentra bajo la influencia dominante de la responsabilidad extracontractual. Dentro de ése ámbito, prevalece la responsabilidad de carácter objetivo.

Balkin observa que el punto central en el estudio de la responsabilidad no está en la racionalidad sino en la valoración y la ideología. Razonamos acerca de los alcances de la responsabilidad, pero siempre lo hacemos dentro de un marco ideológico que da coherencia y sentido a nuestros debates.³³

³⁰ Prieur, Michel; *Droit de l'environnement*; Dalloz; Paris; 1991; pág. 1.

³¹ Mairal, Héctor A.; *La doctrina de los propios actos y la administración pública*; Ed Depalma; 1994; pág. 187.

³² Bellorio Clabot, Dino; *Tratado de Derecho Ambiental*; Ed. Ad Hoc; 1997; pág. 290.

³³ Balkin, Jack M.; *La retórica de la responsabilidad*; en *Responsabilidad Extracontractual* (obra colectiva); Editorial Gedisa (Barcelona); 2005; págs. 123 y ss.

La responsabilidad y la ideología están conectadas entre sí a través de nuestras actitudes respecto de los derechos. Cuanto más importante consideremos un derecho o actividad (por ejemplo, el derecho a ejercer toda industria lícita) y, por ende, cuanto más valiosa consideremos su protección, adoptaremos una tendencia más fuerte a restar importancia a la responsabilidad de los demandados que ejercen tal actividad por los daños que su actividad pueda causar –real o supuestamente– a otros. Por el contrario, cuanto más consideremos a ese derecho como no muy importante o no merecedor de un tratamiento especial, más tenderemos a enfatizar la responsabilidad de quienes lo ejercen.

El profesor de Yale diferencia los argumentos que restan importancia a la responsabilidad que una persona tiene en relación con los efectos que su comportamiento provoca a terceros (posición “individualista”)³⁴; de los argumentos que enfatizan su responsabilidad (posición “comunitarista”)³⁵. No se trata de nociones teóricas, sino de posiciones respecto de la atribución de responsabilidad en casos concretos, donde los hechos pueden ser caracterizados de un modo u otro para sostener un punto de vista determinado en un juicio.

La posición individualista tiende a desviar la responsabilidad del demandado al demandante o a las terceras partes, mientras que la posición “comunitarista” tiende a desviar la responsabilidad del demandante al demandado o a los terceros. La posición individualista resiste la regulación del derecho, minimiza el daño que podría producir su ejercicio regular, y enfatiza el concepto del umbral de tolerabilidad. La posición “comunitarista” fomenta la regulación del derecho y atribuye responsabilidad a quien lo ejerce.

Balkin observa que la responsabilidad objetiva es relativamente “comunitarista”, mientras que la responsabilidad subjetiva es relativamente “individualista”. Por lo tanto, la responsabilidad ambiental es relativamente “comunitarista”, no solo porque se encuentra mucho más próxima a la órbita de la primera que a la de la segunda, sino también porque el Derecho Ambiental se vincula con una realidad sensible al interés social. Sin perjuicio de eso, el Derecho Ambiental es, al decir de Mosset Iturraspe, un derecho “rigurosamente técnico”³⁶, lo cual implica que debe tener una insobornable vinculación con los hechos y con las circunstancias puntuales de cada caso.

La tensión entre distintos grados de “comunitarismo”

¿Cómo se articula esto con el debate acerca de la autonomía del Derecho Ambiental? La tensión entre distintos grados de “comunitarismo” gravita en el debate ambiental a nivel

³⁴ Los argumentos individualistas enfatizan el libre albedrío y los hechos inculpatorios respecto del demandante (y de los terceros que no están bajo el control del demandado), así como los hechos exculpatorios respecto del demandado.

³⁵ Los argumentos “comunitaristas” enfatizan el libre albedrío y los hechos inculpatorios respecto del demandado, así como los hechos exculpatorios respecto del demandante (o de los terceros que no están bajo el control del demandado).

³⁶ Mosset Iturraspe, Jorge; *Daño Ambiental* (obra colectiva); Tº I; Ed. Rubinzal Culzoni, 1999; pág. 21.

mundial, que gira alrededor de dos teorías que se contraponen: la Teoría del Desarrollo Sustentable vs. la Teoría del Ecologismo Profundo.

La Teoría del Desarrollo Sustentable sostiene que la protección ambiental puede y debe ser alcanzada a través del desarrollo socioeconómico, cuyo advenimiento ejercería una influencia moderadora del crecimiento poblacional y contribuiría a reducir la contaminación a través del avance de tecnologías más limpias. La Teoría del Desarrollo Sustentable fue suscripta por la dirigencia política mundial en la “Declaración de Principios” de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano de Estocolmo (1972), que defiende la compatibilización entre desarrollo socioeconómico y protección ambiental. Esto surge del Principio N° 8 de la “Declaración de Principios”, que establece que *“el desarrollo económico y social es indispensable para asegurar al hombre un ambiente de vida y trabajo favorable y crear en la Tierra las condiciones necesarias para mejorar la calidad de la vida”*.

La Teoría del Desarrollo Sustentable es enfática al sostener que el subdesarrollo –y la desinversión estatal en materia ambiental y de saneamiento que este conlleva– constituye un factor absolutamente principal de degradación ambiental. Ello surge del Principio N° 9 de la “Declaración de Principios”, que establece que *“las deficiencias del medio originadas por las condiciones del subdesarrollo y los desastres naturales plantean graves problemas, y la mejor manera de subsanarlas es el desarrollo acelerado mediante la transferencia de cantidades considerables de asistencia financiera y tecnológica que complemente los esfuerzos internos de los países en desarrollo y la ayuda oportuna que pueda requerirse”*.

Tal como observa Bellow Clabot *“con pobreza no hay salud ni saneamiento, ni aguas ni cloacas, ni educación ni proyectos, está claro”*.³⁷ Quiroga Lavié lo explica en los siguientes términos: *“... se debe trabajar teniendo siempre presente la variable ambiental. Ello debe partir de una concepción que estimule la idea de desarrollo, de ninguna manera que se contraponga a él, claro que en el marco de un accionar que vincule permanentemente a las dos nociones”*.³⁸ Highton de Nolasco, a su vez enseña que *“es indudable que el progreso industrial debe proseguir, pues los problemas ambientales, por graves que sean, no deben ser un freno al desarrollo industrial que debe ser planificado a partir de estudios ecológicos y teniendo en cuenta las inversiones necesarias y las medidas efectivas para luchar contra la contaminación, logrando asimismo que el progreso orgánico coadyuve al progreso social”*.³⁹

La Teoría del Desarrollo Sustentable se alinea con una concepción ética antropocéntrica. Tal como Walsh señala *“las posturas éticas antropocéntricas contemplan el valor y la entidad moral desde el Hombre. En otras palabras, solo el ser humano puede ser sujeto de consideración ética. La conservación o preservación de la naturaleza, al igual que la*

³⁷ Bellow Clabot, Dino; *Tratado de Derecho Ambiental*; Ed. Ad Hoc; 1997; pág. 29.

³⁸ Quiroga Lavié, Humberto; *Amparo Colectivo; Derecho Ambiental – El principio de prevención en la nueva ley general del ambiente*; Rubinzal-Culzoni; Santa Fe; 1998; pág. 268.

³⁹ Ver Highton de Nolasco, Elena; *Reparación y Prevención del Daño al Medio Ambiente ¿Conviene dañar? ¿Hay derecho a dañar?*; en *Derecho de Daños* (obra colectiva); Ed. La Rocca; 1993; pág. 834.

protección del medio ambiente, derivan su valor en cuanto tengan relación con el Hombre. Por lo tanto, el medio ambiente y los recursos naturales solamente poseen valor como reflejo de su utilidad o instrumentalidad para satisfacer necesidades o requerimientos humanos.”⁴⁰

Por otro lado, la Teoría del Ecologismo Profundo señala que el desarrollo socioeconómico, tal como lo entendemos hoy en día, es incompatible con la protección ambiental. Sus promotores indican que es necesario redefinir nuestro concepto de desarrollo socioeconómico y retornar a un estilo de vida de baja tecnología. Esta “utopía retrospectiva” conllevaría un replanteamiento total de la economía global.

La Teoría del Ecologismo Profundo se alinea con una concepción ética ecocéntrica. El ecocentrismo funda su ideario en los conceptos de interacción, coevolución, la complejidad de las relaciones entre las especies, la no discriminación, el trato con los animales, la cultura de lo vivo, la democracia participativa, la ecología y las energías renovables. Puntualiza que el Hombre no puede vivir sin la Tierra, pero la Tierra sí puede vivir sin el Hombre.

En efecto, Walsh observa que *“Las posiciones éticas llamadas ecocéntricas, tienen un común denominador que las diferencia de las visiones antropocéntricas. Todas ellas sostienen el valor intrínseco o inherente a la naturaleza o a sus componentes individuales. La consideración moral se extiende a la naturaleza más allá de lo humano. Para una visión ecocéntrica extrema, que denominaremos “ética ecologista profunda”, la visión holística de la naturaleza se transforma en una suerte de “igualitarismo biocéntrico”. Todas las especies gozan de una consideración moral, en un plano de igualdad, con valor intrínseco, en cuanto componentes de la Naturaleza. Inclusive puede extenderse la ponderación moral, más allá del presupuesto de la existencia de vida, verdadera condición básica para la asignación de valor, en casi todas las teorías morales. En esta postura extrema, todos los minerales, por ejemplo, serían pasibles de ser valorados en forma intrínseca.”⁴¹*

No se trata de posicionamientos premodernos por completo ajenos a nuestro medio: los cultores de la concepción “expansiva” flirtean con la ética ecocéntrica, combinando elementos de la Teoría del Desarrollo Sustentable con elementos de la Teoría del Ecologismo Profundo. Sólo Bibiloni sincera su discurso, postulando abiertamente la visión “ecocéntrica”. En efecto, éste autor afirma que en el Derecho Ambiental *“subyace un concepto nuevo de conducta humana trascendente, en cuyo marco la especie humana tiene el mismo valor que cualquier otra criatura viviente”*.⁴²

⁴⁰ Walsh, Juan R.; *Ambiente, Derecho y Sustentabilidad* (obra colectiva) – *El Ambiente y el Paradigma de la Sustentabilidad*; La Ley; 2000; págs. 41 y ss.

⁴¹ Walsh, Juan R.; *Ambiente, Derecho y Sustentabilidad* (obra colectiva) – *El Ambiente y el Paradigma de la Sustentabilidad*; La Ley; 2000; págs. 41 y ss.

⁴² Ver Bibiloni, Héctor J.; *El proceso ambiental*; Lexis Nexis; 2005; págs. 61 y 73.

Desarrollo Sustentable es Comunitarismo Antropocéntrico

Nuestra Constitución Nacional tiene una raíz profundamente humanista. Adopta conceptos inconfundiblemente ligados a la Teoría del Desarrollo Sustentable, cuando en su Artículo 41 dispone 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...*”.

También es dable destacar que la Encíclica “Caritas in Veritatis”, del Papa Benedicto XVI, encuentra contrario al verdadero desarrollo considerar la naturaleza como más importante que la persona humana misma. También condena la “posición contraria”, que subordina a la naturaleza, propugnando su completa tecnificación. El documento es enfático al afirmar que “*hoy, muchos perjuicios al desarrollo provienen en realidad de estas maneras de pensar distorsionadas*”, y propugna un uso inteligente –y no instrumental o arbitrario- de la naturaleza. Por último, puntualiza que los proyectos para un desarrollo humano integral deben tener en cuenta, además del aspecto ecológico, el jurídico, el económico, el político y el cultural.

Por nuestra parte, adherimos a la visión humanista y antropocéntrica, encarnada por la Teoría del Desarrollo Sustentable. Ello sin perjuicio de la complejidad del tema y de las fundadas críticas que su práctica defectuosa merece.⁴³ La idea central de la Teoría del Desarrollo Sustentable es la compatibilización entre desarrollo socioeconómico y protección ambiental. Tal como lo expone Bellorio Clabot “*debe encontrarse un honesto y virtuoso punto de equilibrio*” entre esos dos bienes.⁴⁴ En razón de lo expuesto, el Derecho Ambiental debe estar acotado por la racionalidad, por lo jurídicamente posible y lo socialmente deseable.⁴⁵

Bibiloni asimila indebidamente antropocentrismo con individualismo⁴⁶, cuando lo cierto es que tanto la Teoría del Desarrollo Sustentable (antropocéntrica) como la Teoría del Ecologismo Profundo (ecocéntrica) son de raigambre “comunitarista”.

La diferencia es que solo la primera postula el comunitarismo sin desmesura ni extralimitación. Ello en razón de que un comunitarismo absoluto o extralimitado deja de ser humanista.⁴⁷ El antropocentrismo de la Teoría del Desarrollo Sustentable modera el

⁴³ Tanto la Teoría del Desarrollo Sustentable como la Teoría del Ecologismo Profundo tienen su versión “corrupta”. En el caso de la primera sucede cuando su moderación deriva en complacencia. En el caso de la segunda es cuando su radicalismo degenera en un “fascismo biocéntrico” de raíz idealista (platónica).

⁴⁴ Bellorio Clabot, Dino; *Tratado de Derecho Ambiental*; Ed. Ad Hoc; 1997; pág. 37.

⁴⁵ Benjamín, A. H. V.; *Dano Ambiental: prevencao, reparacao e repressao*; Funcao Ambiental; Sao Paulo; 1994; Nro. 2; págs. 9 y ss.

⁴⁶ Bibiloni contrapone su concepción “*holística y biocéntrica*” al “*antropocentrismo individualista*”. Ver Bibiloni, Héctor J.; *El proceso ambiental*; Lexis-Nexis; 2005; pág. 72.

⁴⁷ En rigor, no pueden existir posturas “absolutas” en materia de responsabilidad. Postular un individualismo o un “comunitarismo” absoluto equivaldría a promover la aplicación mecánica de la norma, con indiferencia de

comunitarismo; mientras que el ecocentrismo de la Teoría del Ecologismo Profundo lo exacerba.

TEORÍA	POSICIONAMIENTO
Desarrollo Sustentable	Comunitarismo Antropocéntrico
Ecologismo Profundo	Comunitarismo Ecocéntrico

El enfoque de la visión ecocéntrica –al decir de Lorenzetti- recurre a una “*metodología retórica; argumentando, contraponiendo los valores en juego*”.⁴⁸ Y este enfoque retórico es proclive a señalar culpables: postula, al decir de Mosset Iturraspe, un Derecho Ambiental “*mesiánico o maniqueísta, de buenos y malos*”.⁴⁹

Nuestra opinión es que, debido a su rigidez, la Teoría del Ecologismo Profundo no está llamada a dirigir, sino a denunciar. Dicha vocación se advierte claramente en la descripción que hace Lorenzetti, quien observa que la visión ecocéntrica “*hace del Derecho Ambiental una especie de cruzada salvadora. Para ello apela a una labor de concientización, de toma de conciencia sobre los riesgos a los que está sometida la humanidad ...*”.⁵⁰

Implicancias de la concepción “expansiva” en el Derecho Ambiental Argentino

¿Cuáles son las características de la concepción “expansiva” en el Derecho Ambiental argentino?

Sin duda podemos citar entre ellas su poca familiaridad con el principal sujeto regulado (el sector productivo). Y su pretensión de compensar esa endeblez técnica a través del exceso de abstracción. Esa combinación –endeblez técnica y exceso de abstracción- genera legislación ineficaz.

Lo expuesto no impide que en la concepción “expansiva” prevalezca cierto conformismo por el estado de desarrollo actual de la legislación ambiental. La imprecisión y ambigüedad normativa no incomoda a sus promotores. Por el contrario, consideran que la misma coadyuva a las pretensiones abarcativas que ellos postulan para el Derecho Ambiental, aunque sea a expensas de su eficacia.

las circunstancias. Eso también sería inconciliable con la “rigurosidad técnica” que, al decir de Mosset Iturraspe, caracteriza al Derecho Ambiental.

⁴⁸ Lorenzetti, Ricardo; *Las normas fundamentales de Derecho Privado*; Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1995.

⁴⁹ Ver Mosset Iturraspe, Jorge; *Daño Ambiental* (obra colectiva); Ed. Rubinzal Culzoni; 1999; pág. 32.

⁵⁰ Lorenzetti, Ricardo; *Las normas fundamentales de Derecho Privado*; Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1995.

El credo “expansivo” resta precisión al Derecho Ambiental porque su tendencia a exacerbar el “comunitarismo” genera un campo fértil para la generalización y las extrapolaciones excesivas. Muchas veces discusiones que deben mantenerse en un marco estrictamente técnico y jurídico se desvirtúan en posicionamientos ideológicos que trascienden lo ambiental (ej.: respecto de la política social y económica, la pobreza, la deuda externa, las relaciones Norte-Sur, el rol de las empresas multinacionales, la dependencia tecnológica; la globalización; etc.).

En la concepción “expansiva” sobreviven dicotomías anacrónicas, como la que considera que el desarrollo económico es necesariamente enemigo de la protección ambiental. Tal como indica Lorenzetti, la visión ecocéntrica “*opone dialécticamente: desarrollo versus preservación del medio ambiente*”.⁵¹ Esa mentalidad induce a la desvirtuación del concepto de “Licencia Social”.⁵²

Los promotores de la concepción “expansiva” desdeñan los cambios evolutivos, que consideran propios del “*derecho arcaico y decimonónico*”⁵³, y reclaman cambios radicales. Denuncian el “*apego nostálgico a los principios clásicos del derecho civil y procesal civil*”, pero la incolumidad del debido proceso también les parece “demodé”.⁵⁴ Opinan que el principio de la verdad formal –ligado íntimamente al Estado de Derecho- debe ceder lugar a una supuesta justicia “sustancial”.⁵⁵ **No les incomoda la idea de menoscabar el derecho de defensa en nombre del interés público.**

Los promotores de la concepción “expansiva” reconocen legitimación para demandar por el sólo hecho de pertenecer a la especie humana, sin reparar en que, aún en los sistemas más flexibles, se requiere la prueba del daño a alguna porción del medio ambiente utilizada por el actor.⁵⁶ Asimismo, alientan el paradigma del “litigio sin riesgo” para el demandante, el

⁵¹ Lorenzetti, Ricardo; *Las normas fundamentales de Derecho Privado*; Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1995.

⁵² El concepto de Licencia Social es interpretado por muchos como una suerte de “derecho de veto” sobre determinadas empresas o actividades. Nuestra opinión es que se trata de un proceso que debe desarrollarse gradualmente entre empresa y comunidad, donde deben atenderse tanto los derechos adquiridos como los legítimos intereses de la población (es decir, no los “deseos” ni, mucho menos, los caprichos de minorías organizadas y a menudo autoritarias). El Estado no puede desentenderse, y debe jugar un papel facilitador y proactivo. Acerca del rol del Estado, ver Arienza, Marisa y Mallmann, Delfina; *Licencia Social – Alcances y Límites*; Revista Gerencia Ambiental; Nro. 164; Marzo de 2010.

⁵³ Con todo, son varios los “cambios evolutivos” que ya obtuvieron su “carta de ciudadanía” en el Derecho Ambiental. Por ejemplo, la legitimación amplia para demandar; la responsabilidad objetiva por daño ambiental; la aplicación de la teoría de las cargas probatorias dinámicas (como excepción, no como regla); etc.

⁵⁴ Hemos criticado esa tesitura en Bec, R. Eugenia y Franco, Horacio J.; *El Derecho Ambiental no es tan hereje como lo pintan*; Suplemento Ambiental de EL DERECHO; 25/07/05; pág. 1 y ss. En contra: Camps, Carlos Enrique; *Caducidad de instancia y proceso ambiental*; RDAMB 9-157.

⁵⁵ Ver Silva, Carlos D.; *El proceso civil frente al nuevo Derecho Ambiental de orden público*; RDAMB 0-97.

⁵⁶ Ver Findley, Roger W. y Farber, Daniel A.; *Environmental Law in a nutshell*; West Publishing Co.; 2da Ed.; 1988; págs 2 y 9; citados por Highton de Nolasco, Elena; *Reparación y Prevención del Daño al Medio Ambiente ¿Conviene dañar? ¿Hay derecho a dañar?*; en *Derecho de Daños* (obra colectiva); Ed. La Rocca; 1993; pág. 810 y 811.

cual se materializa con el abuso de algunos institutos, como el beneficio de litigar sin gastos, y con la inaplicación de otros, como las sanciones por pluspetición, temeridad y malicia.

Por lo general, recurren a una interpretación literal –y no finalista- de la ley. Conciben la legislación ambiental más como un objetivo de mejoramiento social que como un mínimo de conducta efectivamente exigible.⁵⁷ Consideran que algunas situaciones sociales –que ni remotamente han devenido en costumbre- tienen el poder de torcer o derogar normas jurídicas positivas.

Se aferran –a veces explícitamente- a la pretensión ilusoria del “riesgo cero”, y consideran reaccionaria la única tesitura aplicada a nivel mundial que, obviamente, gira alrededor del concepto de “riesgo aceptable”.⁵⁸ Por esa razón, insisten en postular la remediación “in natura” como única opción deseable⁵⁹, silenciando la por demás evidente recepción de la herramienta del “análisis de riesgo” en el derecho positivo argentino.⁶⁰

En la misma sintonía, promueven un alcance virtualmente ilimitado del concepto de daño ambiental, sin tener en cuenta factores condicionantes tan obvios como la zonificación o la existencia de parámetros máximos admisibles. Postulan la mera “posibilidad” (verosimilitud) por sobre la “probabilidad” como factor de atribución del daño ambiental.⁶¹ No falta quien anuncia el réquiem de la necesidad de acreditar el nexo causal.⁶²

Proponen la “colectivización” de la responsabilidad, desestimando que la imputación recaiga primariamente sobre el causante del daño. Sostienen que “*la conciencia jurídica actual*” tiende a buscar una reparación asegurada para la víctima, antes que la existencia de un responsable.⁶³ Paradójicamente, su activismo languidece cuando se trata de denunciar la

⁵⁷ Lorenzetti afirma acertadamente que “*la ineficacia es un problema de primer orden en el Derecho Ambiental*”, y denuncia la “*legislación declarativa*” es decir, el “*Derecho Ambiental que se dirige a las conciencias y no a las conductas*”, ese tipo de normas “*que resultan tranquilizadoras, declarativas, que exponen el conflicto pero no lo resuelven y no impactan en las decisiones de los individuos*”. Ver Lorenzetti, Ricardo L.; *Teoría del Derecho Ambiental*; La Ley; 2008; pág. 100 y ss.

⁵⁸ El “riesgo cero” no es un derecho, sino una imposibilidad. Ver Bec, Eugenia y Franco, Horacio J.; *Sitios Contaminados – Curso de Acción a Seguir*; Revista Gerencia Ambiental; Nro. 162; Noviembre de 2009; págs.28 y ss.

⁵⁹ Ver Cafferatta; *Introducción al Derecho Ambiental*; Instituto Nacional de Ecología; 2004; pág. 139.

⁶⁰ Ver, por ejemplo, el Decreto Nacional 831/93 (residuos peligrosos); la Resolución SADS 177/07 - modificada por las resoluciones SADS 303/07 y 1639/07-, y las Resoluciones Conjuntas SADS 178/07 y SADS 1973/07 (seguro ambiental). Ver también la Resolución SE 785/05 (tanques aéreos de combustible).

⁶¹ Falbo, Anibal; *El rol del derecho ante la incertidumbre científica en los casos ambientales*; JA 1995-IV-976.

⁶² Ver Silva, Carlos D.; *El proceso civil frente al nuevo Derecho Ambiental de orden público*; RDAMB 0-97.

⁶³ Ver Goldenberg, Isidoro H.; *La Relación de Causalidad en la Responsabilidad Civil*; La Ley; 2000; pág. 125, nota 310. Hemos criticado esta tesitura en Franco, Horacio J.; *El Límite de la Responsabilidad Colectiva y Solidaria por Daño Ambiental*; LL Tomo 2009-C; 21 de Abril de 2009.

responsabilidad estatal por omisión que deriva de la desinversión pública en materia de saneamiento.

Los promotores de la concepción “expansiva” desdibujan la línea que separa el sistema de la “sana crítica” de la borrosa región de las “libres convicciones”. En efecto, señalan que los jueces no deben ser imparciales, sino tener “compromiso social”, e incluso “imaginación vanguardista”. Postulan –arrebatadamente- que el Derecho Ambiental tiene una “naturaleza igualadora”, una “lógica solidarista” e incluso una “vocación redistributiva”.⁶⁴ Consienten la imposición de un criterio dogmático de valoración de la prueba.⁶⁵ En materia de medidas cautelares, sostienen que “*la particularidad de las cuestiones ambientales*” opera para acotar –o incluso disculpar- el requerimiento de verosimilitud del derecho, peligro en la demora y la exigencia de contracautela.⁶⁶ Cualquier medida cautelar sería justificable si se generalizara esta tesitura.

El paradigma expansivo arrasó con la precisión y la eficacia de las leyes de presupuestos mínimos al divorciarlas del concepto de “cuantificabilidad”. Desde entonces, el concepto de “presupuestos mínimos de protección ambiental” se tornó mentalmente ingobernable. Cualquiera –desde un juez hasta un estudiante- lo comprueba cotidianamente. No es exagerado afirmar que la evolución del Derecho Ambiental Federal se estancó desde entonces.⁶⁷

Los promotores de la concepción “expansiva” invocan el Principio Precautorio incluso en situaciones donde no se verifica una real incertidumbre científica, y omiten mencionar que la definición establecida por el Artículo 4 de la Ley General del Ambiente 25.675 (LGA) desvirtuó la consagrada en la Declaración de Río.⁶⁸

Los cultores de la concepción expansiva son proclives a los “cócteles” doctrinarios. Propician combinar la Teoría de la Responsabilidad Civil con los principios de la responsabilidad pública ambiental.⁶⁹ Hasta se ha llegado a sugerir la aplicación de los principios de la Ley General del Ambiente 25.675 a las normas penales.⁷⁰ ¿Qué quedaría

⁶⁴ Cafferatta, Néstor; *La prueba del daño ambiental*; JA 2005-IV, fascículo Nro. 9; 30/11/05.

⁶⁵ Ver Nota al pie Nro. 18.

⁶⁶ Juzgado de 1ra Inst. en lo Contencioso Administrativo y Tributario N° 12 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, in re: *Peino Leonardo Esteban y otros c. GCBA s. Amparo* (expte. 20.677).

⁶⁷ Bec, Eugenia y Franco, Horacio J.; *Presupuestos Mínimos de Protección Ambiental – Tratamiento Completo de su Problemática Jurídica*; Ed. Cathedra Jurídica; 2010.

⁶⁸ Ver De Benedictis, Leonardo; *El Principio Precautorio y la Defensa del Ambiente – Consideraciones para su Aplicación Razonable*; RDAMB 15-1.

⁶⁹ Ver Cafferatta, Néstor A.; *La ley 25.675 es aplicable a todos los casos de daño ambiental*; LNBA 2005-6-689. Ver también la crítica a esta posición formulada por Lago, Daniel H.; *La aplicación de la ley 25.675 a los juicios por daños individuales derivados de la contaminación*; RDAMB 8-117.

⁷⁰ Ver fallo “*Landnort*” en RDAMB 1-191 y comentario crítico de Freeland, Alejandro; *¿Jueces Penales o Jueces Ambientales?*; Suplemento Ambiental de EL DERECHO; 23/12/2005; págs. 3 y 4.

del Estado de Derecho si, por ejemplo, se aplicara el Principio Precautorio al Derecho Penal?

Ninguna de esas tesis deriva ni se infiere de la Teoría del Desarrollo Sustentable, que postula un Derecho Ambiental sin margen para la inacción, pero tampoco para la extralimitación. Tal como Walsh observa, la aplicación de las visiones extremas nos conduce a soluciones poco sensatas, aún desde la simple intuición.⁷¹ No hace falta que digamos esto en voz baja.

El Derecho Ambiental argentino es inmaduro. Pero eso no se debe al hecho indiscutible de que constituye una disciplina “reciente” que aún se encuentra “en formación”.⁷² Se debe al paradigma “expansivo”, que es la virulenta expresión de su adolescencia.

Con todo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación se enrola decididamente con la sana teoría. Nuestro máximo Tribunal sostiene que “se debe armonizar la tutela del ambiente y del desarrollo a través de un juicio de ponderación razonable” y que “no debe buscarse oposición entre ambos, sino complementariedad, ya que la tutela del ambiente no significa detener el progreso sino, por el contrario, hacerlo más perdurable en el tiempo, de manera que puedan disfrutarlo las generaciones futuras”.⁷³ Highton de Nolasco es enfática al señalar que “corresponde al Tribunal conciliar los derechos de la industria con los de la comunidad”.⁷⁴

El Derecho Ambiental argentino hacia un cambio de paradigma

El epistemólogo Thomas Kuhn elaboró y difundió el concepto de *paradigma científico*. Un paradigma es un conjunto de ideas y actitudes, elaboradas y aceptadas por los científicos de cada época, que permite distinguir qué es ciencia y que no lo es; cuales son los enigmas que vale la pena investigar dentro del marco de la ciencia y cual es el método aceptable para apreciar las respuestas a tales enigmas.⁷⁵ Kuhn decía que un paradigma encierra un período de *ciencia normalizada* (es decir, sometida a las reglas establecidas por el paradigma dominante), pero que en un momento dado aparecen anomalías, preguntas que la *ciencia normalizada* es incapaz de responder. La ciencia entra entonces en crisis y, luego de un período en el que se trata de negar las anomalías o encontrar para ellas explicaciones poco

⁷¹ Walsh, Juan R.; *Ambiente, Derecho y Sustentabilidad* (obra colectiva) – *El Ambiente y el Paradigma de la Sustentabilidad*; La Ley; 2000; pág. 46; nota al pie N° 84.

⁷² Conf. Messina de Estrella Gutierrez, G. N.; *La responsabilidad civil en la era tecnológica*; Abeledo Perrot; 1989; pág. 112.

⁷³ CSJN; S. 1144.XLIV-Originario; *Salas, Dino y otros c. Salta, Provincia de y Estado Nacional s. Amparo*.

⁷⁴ Highton de Nolasco, Elena; *Reparación y Prevención del Daño al Medio Ambiente ¿Conviene dañar? ¿Hay derecho a dañar?*; en *Derecho de Daños* (obra colectiva); Ed. La Rocca; 1993; pág. 817.

⁷⁵ Ver Guibourg, Ricardo A.; *Teólogos e Ingenieros*; LL, 02/03/2010; pág. 1.

satisfactorias, se produce una revolución científica que acaba por establecer un nuevo paradigma.

El Derecho Ambiental argentino está en plena etapa de anomalías

Esto puede verificarse a través de las turbulencias conceptuales que acompañan a temas de importancia clave, como los alcances del Principio Precautorio⁷⁶, el concepto de “daño ambiental”⁷⁷, los alcances de la remediación⁷⁸, los límites del seguro ambiental⁷⁹, la definición de “residuo peligroso”⁸⁰ y la naturaleza de los presupuestos mínimos de protección ambiental⁸¹.

Dichas anomalías pueden ser debitadas de la cuenta de la concepción “expansiva” del Derecho Ambiental. Los defensores de éste paradigma en crisis niegan las mismas o procuran explicaciones poco satisfactorias.

El Derecho Ambiental argentino atraviesa el “ciclo de Kuhn”

El paradigma “expansivo” pudo –en su momento- haber jugado un rol para concientizar acerca de la cuestión ambiental. Pero se trata de un discurso que tuvo su época, y que está culminando su ciclo. En la actualidad, **no basta con exaltar el Derecho Ambiental: se requieren análisis menos conformistas y más críticos respecto de su eficacia.**

Si no se supera el paradigma “expansivo”, el Derecho Ambiental argentino continuará anclado en la adolescencia.

* * *

⁷⁶ Ver De Benedictis, Leonardo; *El Principio Precautorio y la Defensa del Ambiente – Consideraciones para su Aplicación Razonable*; RD Amb 15-1.

⁷⁷ Lorenzetti coloca un freno a las interpretaciones extralimitadas al admitir que no cualquier alteración de un recurso natural implica “daño ambiental”, agregando además que “*la actividad productiva, transformando el medio ambiente, no resulta lesiva*” (Lorenzetti, Ricardo L., *Las normas fundamentales de derecho privado*; Ed. Rubinzal Culzoni; págs. 491 y 492).

⁷⁸ Ver Bec, Eugenia y Franco, Horacio J.; *Sitios Contaminados – Curso de Acción a Seguir*; Revista Gerencia Ambiental; Nro. 162; Noviembre de 2009; págs. 28 y ss.

⁷⁹ Ver De Benedictis, Leonardo; *La novela del Seguro Ambiental*; Revista Gerencia Ambiental; Nro. 156; Mayo de 2009; págs. 24 y ss.

⁸⁰ El Artículo 2 de la Ley Nacional de Residuos Peligrosos 24.051 (LRP) generó una persistente confusión con relación a la definición de “residuo peligroso”. Considera como tales a todas las sustancias incluidas en su Anexo I o que posean las características de peligrosidad listadas en su Anexo II. La realidad es que para ser considerado “residuo peligroso” un material debe sumar ambas cualidades.

⁸¹ Ver Bec, Eugenia y Franco, Horacio J.; *Presupuestos Mínimos de Protección Ambiental – Tratamiento Completo de su Problemática Jurídica*; Ed. Cathedra Jurídica; 2010.

Publicado en Revista de Derecho Ambiental | RD Amb 24 | (AbeledoPerrot)



Horacio Franco es socio de ESTUDIO BEC |
Abogados Especialistas en Derecho Ambiental

Abogado egresado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires (1988). Master en Derecho Empresarial - The American University - Washington College of Law (Washington D.C., 1993). Master en Derecho Administrativo Económico de la Universidad Católica Argentina (2000). Autor de numerosas publicaciones sobre Derecho Ambiental en Argentina y el exterior. Director Editorial de la Revista Gerencia Ambiental www.gerencia-ambiental.com

Sus antecedentes completos pueden ser consultados en www.estudiobec.com.ar