

PRÓLOGO

La obra que hemos escrito y presentamos en este libro, es un sencillo estudio sobre el Derecho Ambiental que no tiene por objeto una reflexión doctrinal sobre las particularidades de esta nueva rama del Derecho, ni sobre su contribución a la modernización de las disciplinas jurídicas.

Nuestro estudio no pretende ser exhaustivo, ni profundizar los múltiples aspectos de una materia en plena evolución, como tampoco hacer una puesta al día de todas las respuestas normativas y de las variadas reflexiones científicas que suscita esta inquietante problemática universal sobre la indispensable preservación del medio ambiente y la imperiosa necesidad de una utilización racional de los recursos naturales.

Nuestro trabajo quiere, modestamente, ser un instrumento de aproximación a una disciplina jurídica que concierne no solamente al jurista, sino desde luego, al hombre en general, promoviendo el interés común para lograr una activa participación de los ciudadanos y un protagonismo insoslayable de las autoridades públicas en una cuestión vital para la existencia de la especie humana sobre el planeta Tierra, así como para la sobrevivencia de las futuras generaciones.

El hombre es parte de la Naturaleza y debe vivir en armonía con ella. Esto significa que las actividades humanas deben desenvolverse de tal manera que ellas sean compatibles con el mantenimiento y el mejoramiento del entorno ecológico, que lo sustenta y lo condiciona, y, además, con el respeto y el progreso de los factores culturales que son el fruto de su conciencia moral y de su ser racional, que distinguen la dignidad del hombre como la obra suprema del Creador.

La problemática ambiental ha sido asumida por la Humanidad en tiempos relativamente recientes, asignándosele trascendencia planetaria, por lo que constituye hoy una preocupación universal.

Como fenómeno social es rigurosamente contemporáneo, aunque recién a partir de los años cincuenta, se ha formado una conciencia general de valorización de los factores ecológicos y culturales que constituyen el medio ambiente, el cual el hombre debe preservar y cultivar como única justificación ética y racional de su existencia.

La institucionalización de la protección ambiental en su cabal sentido ecológico y cultural, tiene, como punto de partida, la Conferencia de Estocolmo de 1972, convocada por las Naciones Unidas.

El Principio Número Uno de su Declaración, enuncia que: "El hombre tiene un derecho fundamental a la libertad, a la igualdad y a condiciones de vida satisfactorias en un ambiente cuya calidad de vida le permita vivir con dignidad y bienestar, y tiene el deber solemne de proteger y mejorar el medio ambiente de las generaciones presentes y futuras".

Otro hito importante en la institucionalización de la tutela ambiental, es el informe producido en el año 1987 por la Comisión BRUNTYFLAND, conocido como "Nuestro futuro común", donde se formuló la propuesta de "Un desarrollo sustentable que satisface las necesidades de las generaciones presentes sin comprometer las posibilidades de las futuras generaciones para satisfacer las suyas".

Estos dos principios básicos son los pivotes sobre los cuales se asienta la construcción

institucional que sirve de fundamentación al Derecho Ambiental, es decir, la "calidad de vida" por un lado, que se logra mediante la tutela del ambiente, y el "desarrollo sustentable", por el otro, que consiste en preservar los factores ecológicos y culturales haciendo un uso racional de los recursos naturales y un disfrute conservacionista, y a la vez progresista, de los factores creados por la actividad humana para poder legarlos a las generaciones futuras como patrimonio de la Humanidad.

El Derecho Ambiental es así una nueva rama del Derecho, cuyo carácter interdisciplinario le nutre de los principios y experiencias de otras ciencias, como la ecología, la sociología y la economía.

También, en otro sentido, es una rama interdisciplinaria del Derecho. Así, por su carácter sistemático y tutelar de los intereses colectivos, se halla en íntima relación con el derecho público, tanto administrativo como sancionador, y, por su énfasis preventivo y reparador de los daños particulares, constituye un capítulo importante del derecho privado.

Finalmente, por su vocación redistributiva se relaciona con el aspecto económico del Derecho, y por su carácter supranacional compromete principios del derecho internacional. El Derecho Ambiental ha surgido en la conciencia social por la necesidad de disciplinar las conductas con trascendencia en el medio ambiente, mediante la estrategia de la normatividad impuesta a través de los poderes del Estado, dictando leyes y reglamentos tuitivos de los factores ambientales.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que la regla por excelencia que es el Derecho, como mandato imperativo y teóricamente irresistible, no es la única norma social posible, ni puede producir por sí sola los efectos pretendidos, en ausencia de un consenso social previo que no sólo presione a la clase política para la producción legislativa, sino que también asegure su mayoritario y voluntario acatamiento.

Si bien es verdad que existe una definida conciencia sobre la preceptividad de ciertas pautas de comportamiento en relación con la Naturaleza, que debería inhibir la realización de actividades contrarias a ella, no es menos cierto que debe arraigar en aquélla, una fuerte ética ambiental.

El principio que hemos afirmado y según el cual el hombre es parte de la Naturaleza y debe vivir en armonía con ella, es un juicio ético contenido en la conciencia moral o sea la razón práctica de la filosofía kantiana, que se expresa en un imperativo categórico, no hipotético o condicionado, que manda al hombre a obrar de tal manera que pueda querer que el motivo de su voluntad se convierta en ley universal.

La afirmación de la ética ambiental por sobre otros intereses meramente materiales del hombre, es el principio laico que dará sustento a la preceptiva jurídica de tutela del ambiente para que éste no sufra el impacto de las actividades humanas, y el hombre, a su vez, no tenga que padecer por reflejo, el rigor de un medio enviciado o destruido.

CAPÍTULO I INTRODUCCION

1.1. EI MEDIO AMBIENTE

El medio ambiente constituye hoy día una gran preocupación no solamente en los países ricos o desarrollados, sino también en los países pobres que padecen el subdesarrollo o la marginación.

Después de mucho tiempo de reflexiones de naturalistas y ecólogos, salta a la vista que el hombre, como especie viviente, forma parte de un sistema complejo de relaciones e interrelaciones con el medio natural que lo rodea. El ambiente es el conjunto de factores que influyen sobre el medio en el cual el hombre vive.

Refiriéndose a la expresión francesa *Penvironnement*, explica Michel Prieur, que ella constituye un neologismo reciente en la lengua francesa y significa el hecho de rodear. Ha sido tomada del sustantivo inglés *environment* y de su derivado *environmental*. Esta expresión está actualmente incorporada en el *Grand Larousse* de la lengua francesa desde 1972, definiéndola como "conjunto de elementos naturales o artificiales que condicionan la vida del hombre".

Nosotros consideramos que expresa el mismo significado que en español tiene la palabra "ambiente" en una de sus acepciones. El *Diccionario de la Lengua Española* de la Real Academia Española ed. 1956) dice que "ambiente" son las circunstancias que rodean a las personas o a las cosas. Este significado coincide también con una de las acepciones de la palabra "medio" que, en sentido figurado según el mismo *Diccionario*, equivale a "conjunto de personas y circunstancias entre las cuales vive un individuo". Aunque parezca redundante utilizaremos provisoriamente la expresión "medio ambiente" dada la recepción que ella tiene en nuestro lenguaje, precisamente para significar el conjunto de cosas y circunstancias que rodean y condicionan la vida del hombre.

Más adelante (Cap. III-3.1) cuando abordemos el tema "El ambiente como objeto del Derecho", nos ceñiremos estrictamente a la expresión "ambiente" con todo su rigor conceptual, eludiendo la reiteración de expresiones cuya sinonimia conduce a una práctica redundante reñida con la ortodoxia del lenguaje.

Este término general debe ser, sin embargo, precisado y completado por una serie de otros vocablos utilizados comúnmente con significados parecidos o que tienen estrecha relación con aquél, por ser integradores de un mismo fenómeno o consecuencias que derivan necesariamente de él.

1.2. PREOCUPACIÓN UNIVERSAL POR EL MEDIO AMBIENTE

La problemática ambiental ha sido asumida por la humanidad en épocas recientes asignándosele una trascendencia planetaria.

La naturaleza por sí misma produce grandes fluctuaciones en su propio curso evolutivo, tales como glaciaciones, erupciones volcánicas, terremotos, inundaciones y tempestades. También existen alteraciones del medio de carácter espontáneo y permanente, determinadas por radiaciones solares particularmente intensas, según las circunstancias geográficas y estacionales, que suelen ser nocivas para el hombre e incluso mortíferas. Lo que diferencia a estas alteraciones de las inducidas por el hombre, es que estas últimas desconocen y no respetan los mecanismos de autorregulación natural y pueden alterar gravemente los sistemas terráqueos.

En lo que ha transcurrido de nuestro siglo próximo a terminar, se han producido catástrofes de gran magnitud por fallas de las previsiones establecidas en muchos casos deficientemente, alertando a la humanidad sobre los peligros inherentes a la aplicación masiva de una tecnología reciente de amplios efectos potenciales, negativos y positivos.

Otras perturbaciones ambientales, de distinto carácter, pero seguramente mucho más peligrosas por su creciente proceso de deterioro del ambiente, se observan actualmente con profunda preocupación de los gobiernos y las organizaciones ambientales, en lo que se ha

dado en llamar hoy el cambio climático global. Todo ello ligado al desarrollo con su secuela de radiaciones nocivas en ciertas partes de la superficie terrestre, que llevan al calentamiento global o efecto invernadero y las actividades colectivas que conllevan el uso irracional de los recursos naturales haciendo peligrar la subsistencia de la diversidad de las especies; y al agotamiento de los recursos no renovables. La preocupación de la humanidad apunta a la necesidad de preservar el patrimonio ambiental para las generaciones futuras poniéndose énfasis en el concepto de "desarrollo sustentable" como eje de la política conservacionista de la aptitud ambiental para el porvenir del género humano.

Como veremos en el desarrollo de esta obra, la problemática ambiental se manifiesta en el ámbito universal a través de reuniones y conferencias internacionales en las cuales se van precisando las cuestiones de mayor trascendencia universal y expresan en declaraciones sustantivas, los propósitos de adoptar decisiones uniformes en relación a los problemas generales que comprometen el futuro de la humanidad. Ello es demostrativo de que no obstante las inseguridades que resultan del desarrollo de la actividad industrial en espacios tecnológicamente avanzados pero no suficientemente dominados científica ni sociológicamente, se busque la estrategia de la normatividad para atenuar la presión excesiva a que hoy están sometidos los principales sistemas naturales.

Sin embargo, es necesario tomar conciencia de que la disciplina del Derecho, como mandato imperativo y teóricamente irresistible; no es la única norma social posible, ni puede producir por sí sola los efectos pretendidos, en ausencia de un consenso social previo que no sólo presione a la clase política para la producción legislativa, sino que también asegure su mayoritario y voluntario cumplimiento.

1.3. DIFUSIÓN DE LA CONCIENCIA AMBIENTAL

En todos los países más o menos industrializados se ha generalizado un clima de opinión en torno a los problemas del medio ambiente. Este tipo de preocupaciones va más allá de las simples ilusiones naturalistas o de la demanda colectiva de mejoras sanitarias. Puede afirmarse que ha ido surgiendo una indudable reflexión ecológica que ha impulsado en todas partes reformas institucionales, aunque aún no se haya alcanzado la organización y el desarrollo que la humanidad precisa para su supervivencia secular.

Este fenómeno social es rigurosamente contemporáneo, aunque ha despertado en la última década y a partir de los años cincuenta. Es entonces cuando aparecen las primeras manifestaciones de la preocupación administrativa, así como de las organizaciones no gubernamentales en defensa del medio ambiente contra la contaminación.

El movimiento ambientalista ha resultado muy sensible a componentes emotivos que desbordan y dilatan sus verdaderas bases ecológicas, dando lugar a manifestaciones excesivas y extravagantes que al fundirse en las ideologías políticas y sociales prevalecientes en este siglo, han originado toda suerte de rebeldías contra las iniciativas de avances tecnológicos que han hallado fácil campo de cultivo en los movimientos contestatarios, sobre todo en los ámbitos universitarios en los años sesenta.

Sin embargo, nada estaría más lejos de la realidad suponer que la reacción social ambientalista sea el resultado de aquellos movimientos idealistas y fundamentalistas que, alejados artificialmente de la realidad social, conducían a enfrentamientos ideológicos que ponían en cuestionamiento los progresos científicos y los avances culturales de la sociedad occidental durante la primera mitad del siglo XX.

La conciencia ambiental es una respuesta tal vez tardía, a la insensata y pertinaz acción destructiva del hombre sobre la naturaleza que alcanza una importancia notable a partir de la revolución industrial.

Desde que aparece la especie humana sobre la Tierra, y especialmente desde que controla el fuego, va a modificar efectivamente el entorno natural, lo que afecta a las primeras manifestaciones agrícolas que aún se mantienen en las regiones menos desarrolladas, consistentes en quemar bosques para cultivar la tierra.

1.4. INSTITUCIONALIZACIÓN DE LA PROTECCIÓN AMBIENTAL

La conciencia ambiental comienza a adquirir su dimensión universal cuando se dan los primeros pasos para expresarla institucionalmente, a través de conferencias y acuerdos internacionales.

Podría señalarse en el ámbito internacional como la primera expresión de un intento orgánico de institucionalización, la Conferencia Científica de las Naciones Unidas sobre Conservación y Utilización de Recursos, reunida en Nueva York del 17 de agosto al 6 de septiembre de 1949.

El 12 de mayo de 1954 se suscribe en Londres el Acuerdo Internacional para la Prevención de la Contaminación del Mar por Petróleo, y en 1956 se crea la Agencia Internacional de la Energía.

En el desarrollo de este proceso de institucionalizaciones ha tenido mucha importancia la Conferencia Intergubernamental de Expertos sobre Bases Científicas para el Uso Racional de los Recursos de la Biosfera, reunida por la UNESCO en París, del 4 al 13 de septiembre de 1968.

Sin embargo, el impulso que dio comienzo al tratamiento orgánico a nivel internacional de los problemas de conservación del ambiente, fue la Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas, preparatoria de la Conferencia de Estocolmo, el 3 de diciembre de 1968.

Los prolegómenos de esta importante Conferencia se encuentran en las reuniones auspiciadas por las Naciones Unidas en Nueva York, Praga y Ginebra en 1971.

1.5. LA CONFERENCIA DE ESTOCOLMO. EL “P.N.U.M.A.”

La Conferencia de Estocolmo se reunió en junio de 1972, donde hubo de vencerse serias resistencias que ya se habían hecho sentir a lo largo de las reuniones anteriores por parte de los países del Tercer Mundo, que veían con justificado temor el riesgo de que se diversificase la atención mundial, olvidándose temas para ellos más acuciantes, como el de los alimentos, temiendo, no sin razón, que se aplicaran a objetivos ambientales los recursos que ellos necesitaban, congelándose así su desarrollo.

La Conferencia de Estocolmo de 1972 fue el punto de partida de la conciencia mundial para la protección y el mejoramiento del medio ambiente y ha creado una estructura institucional flexible pero permanente.

A partir de esta conferencia se crearon organizaciones especializadas, institucionalizándose el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (P.N.U.M.A.) con sede en Nairobi. Este programa permite la coordinación no solamente de las técnicas y de las investigaciones, sino también de los derechos.

Esta decisión de las Naciones Unidas a nivel mundial, completada por instituciones regionales como la Comunidad Económica Europea (C.E.E.) hoy Unión Europea (U.E.), han constituido un factor poderoso de unificación.

A continuación de los trabajos de la Conferencia de Estocolmo, muchos Estados han introducido en sus constituciones, cláusulas reconociendo la existencia de un derecho al medio ambiente y cuya formulación se inspira en el primer principio de la Declaración de Estocolmo que enuncia: "El hombre tiene un derecho fundamental a la libertad, a la igualdad y a condiciones de vida satisfactorias, en un ambiente cuya calidad de vida le permita vivir con dignidad y bienestar, y tiene el deber solemne de proteger y mejorar el medio ambiente de las generaciones presentes y futuras".

1.6. LA CONFERENCIA DE RIO DE JANEIRO. LA "C.N.U.M.A.D."

Durante el año 1992, al cumplirse el vigésimo aniversario de la Conferencia de Estocolmo, la Asamblea General de las Naciones Unidas resolvió convocar la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y Desarrollo (C.N.U.M.A.D.), denominada la "Cumbre de la Tierra", la cual se reunió en Río de Janeiro en el mes de junio de 1992. No obstante que los intereses políticos y económicos de las naciones más poderosas del mundo, pusieron coto al impulso solidario de las iniciativas que buscan armonizar programas universales de defensa del medio ambiente, los logros más señalados de la Conferencia de Río, han sido poner en acción efectiva a sectores no ecologistas, como los hombres de negocio y también a muchos gobiernos que eran indiferentes y, finalmente, haber sustituido la concepción principalmente ecologista que primó hace veinte años en Estocolmo, por la de desarrollo sostenible que sitúa en el mismo plano y entrelaza, el desarrollo y la preservación del ambiente.

DECLARACIÓN DE RIO SOBRE EL MEDIO AMBIENTE Y EL DESARROLLO

Preámbulo

La Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Habiéndose reunido en Río de Janeiro del 3 al 14 de junio de 1992, Reafirmando la Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente, aprobada en Estocolmo el 16 de junio de 1972, y tratando de basarse en ella, Con el objetivo de establecer una alianza mundial nueva y equitativa mediante la creación de nuevos niveles de cooperación entre los Estados, los sectores clave de las sociedades y las personas, Procurando alcanzar acuerdos internacionales en los que se respeten los intereses de todos y se proteja la integridad del sistema ambiental y de desarrollo mundial, Reconociendo la naturaleza integral e interdependiente de la Tierra, nuestro hogar, Proclama que:

Principio 1

Los seres humanos constituyen el centro de las preocupaciones relacionadas con el desarrollo sostenible. Tienen derecho a una vida saludable y productiva en armonía con la naturaleza.

Principio 2

De conformidad con la Carta de las Naciones Unidas y los principios del Derecho internacional, los Estados tienen el derecho soberano de aprovechar sus propios recursos según sus propias políticas ambientales y de desarrollo, y la responsabilidad de velar por que las actividades realizadas dentro de su jurisdicción o bajo su control no causen daños al medio ambiente de otros Estados o de zonas que estén fuera de los límites de la jurisdicción nacional.

Principio 3

El derecho al desarrollo debe ejercerse en forma tal que responda equitativamente a las necesidades de desarrollo y ambientales de las generaciones presentes y futuras.

Principio 4

A fin de alcanzar el desarrollo sostenible, la protección del medio ambiente deberá constituir parte integrante del proceso de desarrollo y no podrá considerarse en forma aislada.

Principio 5

Todos los Estados y todas las personas deberán cooperar en la tarea esencial de erradicar la pobreza como requisito indispensable del desarrollo sostenible, a fin de reducir las disparidades en los niveles de vida y responder mejor a las necesidades de la mayoría de los pueblos del mundo.

Principio 6

La situación y las necesidades especiales de los países en desarrollo, en particular los países menos adelantados y los más vulnerables desde el punto de vista ambiental, deberán recibir prioridad especial. En las medidas internacionales que se adopten con respecto al medio ambiente y al desarrollo también se deberán tener en cuenta los intereses y las necesidades de todos los países.

Principio 7

Los Estados deberán cooperar con espíritu de solidaridad mundial para conservar, proteger y restablecer la salud y la integridad del ecosistema de la Tierra. En vista de que han contribuido en distinta medida a la degradación del medio ambiente mundial, los Estados tienen responsabilidades comunes, pero diferenciadas. Los países desarrollados reconocen la responsabilidad que les cabe en la búsqueda internacional del desarrollo sostenible, en vista de las presiones que sus sociedades ejercen en el medio ambiente mundial y de las tecnologías y los recursos financieros de que disponen.

Principio 8

Para alcanzar el desarrollo sostenible y una mejor calidad de vida para todas las personas, los Estados deberían reducir y eliminar los sistemas de producción y consumo insostenibles y fomentar políticas demográficas apropiadas.

Principio 9

Los Estados deberían cooperar para reforzar la creación de capacidades endógenas para lograr un desarrollo sostenible, aumentando el saber científico mediante el intercambio de conocimientos científicos y tecnológicos, intensificando el desarrollo, la adaptación, la difusión y la transferencia de tecnologías, entre estas, tecnologías nuevas e innovadoras.

Principio 10

El mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todos los ciudadanos interesados, en el nivel que corresponda. En el plano nacional, toda persona deberá tener acceso adecuado a la información sobre el medio ambiente de que dispongan las autoridades públicas, incluida la información sobre los materiales y las actividades que ofrecen peligro en sus comunidades, así como la oportunidad de participar en los procesos de adopción de decisiones. Los Estados deberán facilitar y fomentar la sensibilización y la participación del público poniendo la información a disposición de todos. Deberá proporcionarse acceso efectivo a los procedimientos judiciales y administrativos, entre estos el resarcimiento de daños y los recursos pertinentes.

Principio 11

Los Estados deberán promulgar leyes eficaces sobre el medio ambiente. Las normas ambientales, y los objetivos y prioridades en materia de ordenación del medio ambiente, deberían reflejar el contexto ambiental y de desarrollo al que se aplican. Las normas aplicadas por algunos países pueden resultar inadecuadas y representar un costo social y económico injustificado para otros países, en particular los países en desarrollo.

Principio 12

Los Estados deberían cooperar para promover un sistema económico internacional favorable y abierto que llevara al crecimiento económico y al desarrollo sostenible de todos los países, a fin de abordar en mejor forma los problemas de la degradación ambiental. Las medidas de política comercial para fines ambientales no deberían constituir un medio de discriminación arbitraria o injustificable ni una restricción velada del comercio internacional. Se debería evitar tomar medidas unilaterales para solucionar los problemas ambientales que se producen fuera de la jurisdicción del país importador. Las medidas destinadas a tratar los problemas ambientales transfronterizos o mundiales deberían, en la medida de lo posible, basarse en un consenso internacional.

Principio 13

Los Estados deberán desarrollar la legislación nacional relativa a la responsabilidad y la indemnización respecto de las víctimas de la contaminación y otros daños ambientales. Los

Estados deberán cooperar, asimismo, de manera expedita y más decidida en la elaboración de nuevas leyes internacionales sobre responsabilidad e indemnización por los efectos adversos de los daños ambientales causados por las actividades realizadas dentro de su jurisdicción, o bajo su control, en zonas situadas fuera de su jurisdicción.

Principio 14

Los Estados deberían cooperar efectivamente para desalentar o evitar la reubicación y la transferencia a otros Estados de cualesquiera actividades y sustancias que causen degradación ambiental grave o se consideren nocivas para la salud humana.

Principio 15

Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave e irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente.

Principio 16

Las autoridades nacionales deberían procurar fomentar la internacionalización de los costos ambientales y el uso de instrumentos económicos, teniendo en cuenta el criterio de que el que contamina debería, en principio, cargar con los costos de la contaminación, teniendo debidamente en cuenta el interés público y sin distorsionar el comercio ni las inversiones internacionales.

Principio 17

Deberá emprenderse una evaluación del impacto ambiental, en calidad de instrumento nacional, respecto de cualquier actividad propuesta que probablemente haya de producir un impacto negativo considerable en el medio ambiente y que esté sujeta a la decisión de una autoridad nacional competente.

Principio 18

Los Estados deberán notificar inmediatamente a otros Estados de los desastres naturales u otras situaciones de emergencia que puedan producir efectos nocivos súbitos en el medio ambiente de esos Estados. La comunidad internacional deberá hacer todo lo posible por ayudar a los Estados que resulten afectados.

Principio 19

Los Estados deberán proporcionar la información pertinente y notificar previamente, y en forma oportuna, a los Estados que puedan verse afectados por actividades que puedan tener considerables efectos ambientales nocivos transfronterizos, y deberán celebrar consultas con esos Estados en una fecha temprana y de buena fe.

Principio 20

Las mujeres desempeñan un papel fundamental en la ordenación del medio ambiente y en el desarrollo. Es, por tanto, imprescindible contar con su plena participación para lograr el desarrollo sostenible.

Principio 21

Deberían mobilizarse la creatividad, los ideales y el valor de los jóvenes del mundo para forjar una alianza mundial orientada a lograr el desarrollo sostenible y asegurar un mejor futuro para todos.

Principio 22

Los pueblos indígenas y sus comunidades, así como otras comunidades locales, desempeñan un papel fundamental en la ordenación del medio ambiente y en el desarrollo debido a sus conocimientos y prácticas tradicionales. Los Estados deberían reconocer y prestar el apoyo debido a su identidad, cultura e intereses y velar porque participaran efectivamente en el logro del desarrollo sostenible.

Principio 23

Deben protegerse el medio ambiente y los recursos naturales de los pueblos sometidos a opresión, dominación y ocupación.

Principio 24

La guerra es, por definición, enemiga del desarrollo sostenible. En consecuencia, los Estados deberán respetar el Derecho internacional proporcionando protección al medio ambiente en épocas de conflicto armado, y cooperar para su ulterior mejoramiento, según sea necesario.

Principio 25

La paz, el desarrollo y la protección del medio ambiente son interdependientes e inseparables.

Principio 26

Los Estados deberán resolver todas sus controversias sobre el medio ambiente por medios pacíficos y con arreglo a la Carta de las Naciones Unidas.

Principio 27

Los Estados y los pueblos deberán cooperar de buena fe y con espíritu de solidaridad en la aplicación de los principios consagrados a esta Declaración y en el ulterior desarrollo del

Derecho internacional en la esfera del desarrollo sostenible.

TRATADOS FIRMADOS EN RIO DE JANEIRO

Los tratados firmados en Río de Janeiro fueron dos, negociados fuera del ámbito de la Secretaría del C.N.U.M.D., en el llamado "Foro Global" del Sector no gubernamental (O.N.G.S.).

Esos tratados fueron: A) Convención Marco sobre Cambio Climático Global; y B) Convención sobre Diversidad Biológica.

A) Convención Marco sobre Cambio Climático Global

Esta Convención se denomina así porque parte de sus principios deberán ser desarrollados por Protocolos. Ha quedado abierta en Río de Janeiro con la firma de ciento cincuenta y tres países y para entrar en vigor requiere que la ratifiquen al menos cincuenta países.

Las principales disposiciones de la Convención Marco son resumidamente las siguientes:

- a) Admite que los países desarrollados históricamente han producido y producen más emisiones de gases con efecto invernadero que los subdesarrollados, pero también que en los próximos años, estos serán forzados a aumentar sus emisiones actuales, dada su necesidad de desarrollarse.
 - b) Acepta que existe un alto grado de incertidumbre en la información científica disponible sobre el grado y velocidad del calentamiento".
 - c) La índole mundial del fenómeno hace indispensable la cooperación de todos los países. Ello llevó a la afirmación de que existen "responsabilidades comunes pero diferenciadas", porque las capacidades de los países para enfrentar el problema son diferentes. Todo ello obliga a los países desarrollados a tomar la iniciativa, que consiste en adoptar las medidas conducentes a reducir la emisión de gases"
 - d) Reitera expresamente principios que ya fueron adoptados en Estocolmo: el de la soberanía sobre los recursos naturales, y el de non alterun laedere".
 - e) Son reconocidos el papel jugado por las Conferencias Mundiales de Cambio Climático, la Organización Meteorológica Mundial y el P.N.U.M.A."
 - f) Admite la necesidad de los países subdesarrollados de acceder a recursos financieros para conseguir un desarrollo sostenible y admite que éste aumentará su consumo de energía y, por tanto, la emisión de gases con efecto invernadero".
 - g) Propicia un sistema económico comercial internacional abierto que permita el desarrollo sostenible de los países subdesarrollados, haciéndoles al mismo tiempo posible la adopción de las medidas necesarias para prevenir el cambio climático".
 - h) Proclama la necesidad de asegurar la producción de alimentos en "plazo suficiente".
- Estados Unidos no firmó la Convención Marco pero manifestó que ya adoptó unilateralmente las medidas.

B) Convención sobre la Diversidad Biológica

Esta Convención es el proyecto que ha sido adoptado por consenso en Nairobi en 1992, a propuesta del P.N.U.M.A. La Convención se propone como objetivo, conservar la biodiversidad, posibilitar el uso sostenible de sus componentes y repartir equitativamente sus beneficios. Los países subdesarrollados deben tener acceso a recursos financieros

nuevos y adicionales, y a tecnologías relevantes para poder adoptar y ejecutar las políticas de preservación de la biodiversidad.

Estados Unidos se rehusó a firmar la Convención, por considerar que no habían sido cubiertos numerosos aspectos esenciales, como propiedad intelectual, transferencia de tecnología y biotecnología, evaluación del impacto ambiental marino, etcétera.

La Convención fue firmada por ciento cincuenta y tres países y quedó abierta a la firma en Nueva York hasta el 4 de junio de 1993. A partir de esta fecha se puede adherir a la Convención, la cual podrá entrar en vigencia necesita treinta ratificaciones o accesiones.

CAPÍTULO II NOCIONES PRELIMINARES GLOSARIO NOMENCLADOR

2.1. LA BIOSFERA

Al referirnos a los elementos del medio ambiente debemos comenzar por la mención de la biosfera, porque es el ámbito natural en el que aparece el hombre y constituye el elemento primero que condiciona su existencia como ser ético físico. Los demás factores ambientales tienen el protagonismo del hombre que, con su actividad, crea valores culturales que deben preservarse como patrimonio de la humanidad.

La biosfera está constituida por la capa de suelo, de agua y de aire que rodea el globo terrestre donde reinan las condiciones necesarias para la vida animal y vegetal. Ella comprende elementos minerales o abióticos y elementos bióticos como animales, vegetales y microorganismos.

La energía indispensable para el funcionamiento de este sistema es aportada por los rayos solares y es fijada por la clorofila de los vegetales superiores, que absorbe la energía radiante para ser utilizada en la elaboración de sustancias químicas orgánicas esenciales para su propia vida y para la de otras especies.

Cada elemento de la biosfera tiene una función en relación a los otros aportándoles servicios sin los cuales estos últimos serían a su vez, incapaces de llenar sus propias funciones.

A) Elementos abióticos: el suelo, el agua y el aire

La mayor parte de las especies vegetales obtienen del suelo las sustancias nutrientes y también el agua de la que necesitan para subsistir. Las degradaciones cuantitativas y cualitativas del suelo pueden alterar profundamente las condiciones de vida de la flora y la fauna.

El agua es un componente esencial del cuerpo de todos los seres vivos. La cantidad de agua necesaria en cada ecosistema particular, terrestre o acuático, varía de un tipo de medio a otro. Toda modificación significativa y durable de esta cantidad, por falta o por exceso, causa modificaciones profundas de las condiciones de vida, y, por lo tanto, de la fauna y de la flora.

El aire aporta a los organismos vivos el oxígeno y, para las plantas, el carbono que les es indispensable. El gas carbónico contenido en la atmósfera constituye un factor determinante del clima mundial. El exceso de emisiones de gas (monóxido de carbono) a consecuencia

del uso creciente de combustibles fósiles, pone el clima en grado elevado de toxicidad y en peligro de recalentamiento con el consiguiente derretimiento de los hielos y glaciares polares que desaparecerían bajo las aguas.

Existen en la atmósfera cantidades relativamente pequeñas de algunos gases, fundamentalmente: dióxido de carbono (CO₂), ozono (O₃), vapor de agua, metano (CH₄) y, recientemente el hombre ha añadido los halocarburos (CFC).

Toda variación en el contenido de esos gases, ocasiona cambios en las temperaturas medias de la Tierra, o sea que ésta puede calentarse o enfriarse, según sea el caso. Por ello se observa con preocupación el incremento de la concentración de la mayoría de estos gases, y en particular el dióxido de carbono cuya emisión excesiva se traduce en monóxido de carbono (CO) que como gas termoactivo se acumula en las capas exteriores de la atmósfera, absorbiendo y remitiendo radiaciones infrarrojas que llegan desde la Tierra haciéndolas rebotar hacia ella, produciendo el llamado "efecto invernadero". Estas emisiones excesivas de monóxido de carbono se producen por el combustible quemado por motores (hidrocarburos y carbón) y también el metano producido por las plantaciones de arroz. Los rayos solares, al tocar originalmente la superficie terrestre, rebotan hacia la atmósfera y, por tanto, a causa del efecto invernadero, vuelven a rebotar sobre la Tierra. A ello se agrega que están siendo disminuidos los "sumideros" de dichos gases, es decir los lugares donde esos gases son absorbidos, disminuyendo en parte el efecto invernadero. Tales sumideros están formados, principalmente, por los bosques cuya tala achica los mismos y aumenta la concentración de los gases.

El calentamiento de la atmósfera, el suelo y los mares afectan a los ecosistemas y a la vida humana, y puede obligar a desplazamientos sustanciales de las áreas cultivadas y habitadas actualmente, con los consiguientes severos trastornos económicos y sociales. Un efecto adicional del calentamiento global es el derretimiento de los hielos polares y de glaciares en las montañas, lo que puede producir una suba del nivel del mar, inundando islas y zonas costeras bajas.

Los rayos solares son indispensables para la vida porque asignan la fotosíntesis que permite a los vegetales por medio de la clorofila fijar el carbono.

En la alta atmósfera una capa de ozono actúa como filtro que impide el paso de los rayos ultravioletas hacia la biosfera evitando sus efectos nocivos para la vida.

Es un error corriente asociar este tema con el cambio climático (efecto invernadero). El debilitamiento de la capa de ozono se produce por las emisiones al aire de ciertos gases contaminantes, aerosoles que actúan sobre el ozono y pueden llegar a destruir este filtro natural por adelgazamiento de la capa del mismo, impropriamente aludido como agujero de ozono.

B) Elementos bióticos: las especies

Las especies son los organismos vivos que pueblan nuestro planeta, comprendiendo millones de especies de plantas, de animales y de microorganismos. Cada especie está compuesta de individuos que poseen caracteres semejantes y son capaces de reproducirse y transmitir estos caracteres a sus descendientes. Estos caracteres son determinados por un patrimonio genético propio de cada especie, o sea los genes que portan los cromosomas de los individuos que forman parte de ella. Cuando una especie se extingue, su patrimonio genético desaparece con ella.

La intensificación de las actividades humanas en el curso de los últimos decenios y, en

particular, la destrucción o la fragmentación de los hábitat naturales, que es su consecuencia, crea el riesgo creciente de hacer desaparecer la diversidad genética de la biosfera.

2.2. LA ECOLOGÍA

Es la parte de la biología que estudia las relaciones existentes entre los organismos y el medio en que viven. Proviene del griego oikos (casa o lugar donde se vive) y logos (ciencia, estudio o tratado).

Cuando se emplea por primera vez, en el año 1866, la palabra ecología se limita al estudio de los animales y vegetales en su medio, con exclusión del hombre. Mientras que la expresión environnement, usada posteriormente, toma en consideración al hombre en su medio natural y artificial, la ecología solamente se refiere a los animales y a los vegetales. El término ecología tiene un carácter científico indiscutible, mientras que l'environnement que equivale, como hemos dicho, a medio ambiente, tiene un contenido mucho menos preciso y más abarcativo pues se refiere especialmente al hombre en su relación con el medio en que vive y el cual condiciona su existencia en el marco de los elementos ecológicos dominantes.

Más allá de su significación estrictamente científica, el termino "ecología" es empleado por la opinión pública expresando, primero, el movimiento de ideas ligado a la protección de la naturaleza, y, después, el movimiento político que lo ha prolongado a través de organizaciones internacionales como Greenpeace y los llamados partidos verdes en defensa de la naturaleza. Los ecologistas son los representantes militantes de estos movimientos políticos, mientras que los ecólogos son los científicos que estudian los elementos de la biosfera y sus procesos de transformación con igual sentido conservacionista.

Hay toda una serie de palabras surgidas de la ciencia ecológica que han hecho su ingreso en el mundo jurídico por el sesgo del Derecho Ambiental. Así, el nicho ecológico o hábitat es el medio donde vive una especie definida por su comportamiento alimentario, reproductor y territorial. Un biotopo es el soporte inorgánico o abiótico de una especie y comprende el sustrato (suelo, agua, etc.) y también los factores físico-químicos (temperatura, luz, concentración iónica, etc.). La biocenosis o elemento biótico es un conjunto de especies animales y vegetales que coexisten en un biotopo determinado y constituyen con éste un "ecosistema" presentando una cierta homogeneidad y manteniendo lo que se denomina "equilibrio ecológico".

2.3. LOS ECOSISTEMAS

Las especies vegetales forman entre ellas asociaciones que dependen estrechamente de las características físicas y químicas del suelo y del agua, de la altitud, de la latitud, del clima, etcétera. A estas asociaciones vegetales corresponden especies animales que se nutren de las plantas que las componen. Esos herbívoros son a su vez consumidos por carnívoros. que son ellos mismos las presas de otros carnívoros y así seguidamente hasta la cúspide de la pirámide alimentaria.

El conjunto de los elementos abióticos y bióticos presentes en un espacio determinado, constituyen una unidad natural firmando un ecosistema.

La destrucción de los medios naturales o ecosistemas, arrastra la desaparición de las

especies que de ellos dependen. En razón de ello debe actuarse con mucha prudencia en la construcción de barreras artificiales, tales como las autopistas, los ferrocarriles y los canales, que pueden modificar considerablemente la estructura de un ecosistema impidiendo los desplazamientos de animales.

2.4. LOS PROCESOS ECOLÓGICOS

Los procesos ecológicos comprenden todos los procesos físicos y químicos así como las actividades biológicas de los animales y las plantas que tienen influencia sobre el estado de los ecosistemas y contribuyen al mantenimiento de su integridad, de su diversidad y, en consecuencia, de su potencial evolutivo. Constituyen elementos del medio ambiente tan importantes como los demás porque su alteración puede tener por consecuencia la desestabilización completa de los ecosistemas.

Las actividades humanas que amenazan los procesos ecológicos son numerosas. Han sido clasificadas en varios grupos.

A) La alteración de los elementos minerales y orgánicos, produciendo un empobrecimiento del sistema.

B) Las perturbaciones físicas, especialmente del ciclo hidrológico por la construcción de diques que afectan el régimen de las aguas reduciendo la diversidad de los hábitats acuáticos.

C) La destrucción de la capa vegetal de la superficie terrestre que afecta la naturaleza y la fertilidad de los suelos, el ciclo hidrológico y la diversidad biológica.

D) La introducción de especies exóticas como ratas, conejos, cabras, peces, etcétera, que causa la desaparición de numerosas especies, en particular en las islas y los lagos.

E) La utilización de productos tóxicos cuyos efectos pueden hacerse sentir a gran distancia.

F) La destrucción de especies claves, predadores en la cúspide de la pirámide alimentaria.

G) La prevención de los ciclos de fenómenos naturales, como las inundaciones y los incendios.

Cuando las actividades humanas pueden producir consecuencias futuras irreversibles e irreparables en el proceso ecológico, la prudencia se impone y debe hallar su expresión en el derecho. Las víctimas de la destrucción de los recursos genéticos, de la desaparición de los grandes ecosistemas, como las selvas tropicales, de la alteración de la capa de ozono o del aumento del gas carbónico en la atmósfera, serán las generaciones que vendrán.

Las generaciones actuales deben legar a las generaciones futuras el patrimonio heredado de las generaciones precedentes y, por lo tanto, los bienes del medio ambiente deben ser administrados de manera que se mantengan intactas sus características esenciales.

2.5. LA NATURALEZA

Es todo lo que ha sido creado por Dios y no ha sido directamente objeto de una intervención humana. Se sabe que hoy la naturaleza salvaje no existe prácticamente, y no hay siquiera un lugar en el mundo que directa o indirectamente no haya sido modelado por el hombre en el curso de la historia. La idea de Naturaleza, sin embargo, se halla fuertemente arraigada en la mente humana y corresponde a una aspiración profunda del hombre de reencontrarse en sus fuentes.

Hay algo de metafísico o místico en la idea de Naturaleza que preserva su carácter sagrado, lo cual ha contribuido grandemente al desarrollo del concepto del medio ambiente a través de la protección o la conservación de la naturaleza.

2.6. LA CALIDAD DE VIDA

La fórmula se ha convertido en una especie de complemento necesario del medio ambiente. Ella expresa la voluntad de una búsqueda de calidad más allá de lo cuantitativo, que es el nivel de vida. Es decir que el medio ambiente concierne no solamente a la Naturaleza sino también al hombre en sus relaciones sociales, de trabajo y de descanso. Hoy es motivo de preocupación de los gobiernos, la regulación del tiempo en el trabajo, los descansos, los entretenimientos populares, los deportes y el turismo.

La calidad de vida habrá de funcionar como parámetro de las condiciones mínimas que debe tener el medio físico, entendido éste en un sentido amplio, relacionándose con los recursos naturales, pero implicando también sensaciones psicológicas, estéticas y estados de ánimo en función de la belleza del paisaje, la tranquilidad del entorno y el equilibrio natural de la convivencia social.

La noción de calidad de vida ha aparecido como objetivo fundamental de la política de conservación de los recursos naturales y la protección del ambiente, desde las primeras reuniones internacionales que se han preocupado por estas cuestiones. Así entre los principios sancionados en la Conferencia de Estocolmo, se incluye en primer lugar la declaración de que: "El hombre tiene el derecho fundamental a la libertad, a la igualdad, y al disfrute de condiciones de vida adecuadas en un medio de calidad tal que le permita llevar una vida digna y gozar de bienestar y tiene la solemne obligación de proteger y mejorar el medio para las generaciones presentes y futuras".

Desde el surgimiento de la preocupación por la calidad de vida, ésta aparece íntimamente ligada a la protección del medio y con los elementos básicos de la biosfera. El programa de trabajo de la Comisión de la C.E.E. para 1988, expresa: "El ámbito del medio ambiente representa el marco indispensable para el mantenimiento y la mejora de la calidad de vida". Parece obvio señalar que las sensaciones y satisfacciones que constituyen lo que se ha dado en llamar la "calidad de vida" supone previamente el cumplimiento por parte del Estado de sus funciones esenciales para satisfacer las necesidades básicas de alimentación, vivienda, salud y educación a través de servicios públicos adecuados que lleguen a los sujetos que no están en condiciones de proveerse por sí de tales recursos.

2.7. EL MARCO DE VIDA

Más alejado de la ecología, el marco de vida es en realidad un sinónimo de medio ambiente en sentido arquitectónico y urbanístico. Comprende todo lo que constituye el territorio del hombre como individuo, y abarca a la vez el medio ambiente social en los grupos familiares que lo rodean, así como la arquitectura habitacional en los centros donde conviven.

2.8. EL PAISAJE

Es la impronta del hombre sobre la naturaleza y constituye un conjunto de elementos naturales y seminaturales, de plantaciones, de árboles, de cultivos, de edificios y otras construcciones como monumentos, caminos y puentes, que resultan de la ocupación humana del territorio durante centenas de años.

Lo que se busca preservar en el paisaje es, sobre todo, la armonía entre los diferentes elementos que lo componen, que puede ser desfigurada por otras construcciones o plantaciones inadecuadas o impropias.

2.9. EL PATRIMONIO AMBIENTAL

Esta terminología busca introducir un elemento jurídico esencial en la conservación del medio ambiente, y, en efecto, se acude a la idea de una herencia legada por las generaciones que nos han precedido y que debemos transmitir intacto a las generaciones que nos seguirán.

Es así que incumbe al conjunto de la colectividad preservar o tutelar el patrimonio ambiental que comprende el patrimonio biológico, el patrimonio cultural, el patrimonio arquitectónico o urbano, el patrimonio rural, y el patrimonio que conforman los ecosistemas regionales que exhiben las bellezas naturales en los llamados parques nacionales.

2.10. EL DESARROLLO SUSTENTABLE

Es la unión o el lazo entre el medio ambiente y el desarrollo, cuya finalidad es buscar un nuevo modo de desarrollo basándose en una sana utilización de los recursos para la satisfacción de las necesidades actuales y futuras de la sociedad.

En 1983 se creó una Comisión de Expertos cuya denominación oficial fue World Comisión on Environment and Developement más conocida por el nombre de su presidente la señora Gro Harlem Brundtland, Primer Ministro de Noruega y Ministro del Ambiente de ese país, que después de significativos estudios sobre el ambiente y el desarrollo, dio a conocer su informe en abril de 1987 donde se formuló la propuesta de un desarrollo sustentable, definiéndolo como "el desarrollo que satisface las necesidades de la generación presente sin comprometer las posibilidades de las futuras generaciones para satisfacer las suyas".

Esta publicación se hizo en varias lenguas bajo el título "Nuestro futuro común" (Our common concert en inglés y Notre avenir á tous en francés) y el principio así definido ha sido asumido con entusiasmo no sólo por las organizaciones ambientalistas, sino también por agencias internacionales y numerosos gobiernos desde los más ricos hasta los más pobres.

Existe, por lo tanto, la responsabilidad de preservar para las generaciones futuras un medio ambiente humano que pueda darles un nivel de vida decoroso, haciendo frente a los desbordes de una tecnología desenfrenada y al crecimiento de la población con sus secuelas de enormes presiones ecológicas sobre el medio natural.

La sustentabilidad es requerida en cuatro áreas:

a) Área ecológica: que tiene tres requisitos, (1) mantener los procesos ecológicos que posibiliten la capacidad de renovación de plantas, animales, suelo y aguas; (2) mantener la diversidad biológica animal y vegetal; (3) mantener los recursos biológicos en un estado que permita su capacidad de regeneración.

b) Área social: que permita la igualdad de oportunidades entre los miembros de la sociedad y estimule la integración comunitaria. Sus requisitos son, (1) respeto de la diversidad de valores culturales; (2) ofrecimiento de oportunidades para la innovación y renovación intelectual y social; (3) afianzamiento del poder individual para controlar sus vidas y mantener la identidad de sus comunidades, lo que implica la participación ciudadana en la tarea de decisión y en la gestión ambiental; (4) asegurar la satisfacción adecuada en las necesidades de vivienda, salud y alimentación.

c) Área cultural: que preserve la identidad cultural básica y reafirma las formas de relación entre el hombre y su medio interesa especial, pero no únicamente, en los países donde hay comunidades aborígenes.

d) Área económica: consistente en la capacidad de generar bienes y servicios, usando racionalmente los recursos naturales, humanos y de capital, para satisfacer las necesidades básicas. Los requisitos de la sustentabilidad económica son: (1) eficiencia, que implica la internalización de los costos ambientales; (2) consideración de todos los valores de los recursos: presentes, de oportunidad y potenciales incluso los culturales no relacionados con el uso; (3) equidad dentro de la generación actual y respeto de las generaciones futuras.

2.11 EL DAÑO AMBIENTAL

Toda actividad humana individual o colectiva que ataca los elementos del patrimonio ambiental causa un daño social por afectar los llamados "intereses difusos" que son supraindividuales, pertenecen a la comunidad y no tienen por finalidad la tutela del interés de un sujeto en particular, sino de un interés general o indeterminado en cuanto a su individualidad.

El daño así ocasionado es llamado por algunos autores "daño ecológico" pero en realidad es más apropiado llamarlo "daño ambiental" por ser más abarcativo y comprensivo del ecológico, reservando aquella expresión para el daño que ataca los elementos bióticos y abióticos de la biosfera.

Debemos, sin embargo, aclarar que "daño ambiental" es una expresión ambivalente, pues designa no solamente el daño que recae en el patrimonio ambiental que es común a una colectividad, en cuyo caso hablamos de "impacto ambiental", sino que se refiere también al daño que el medio ambiente ocasiona de rebote (par ricochet) a los intereses legítimos de una persona determinada, configurando un daño particular que ataca un derecho subjetivo y legitima al damnificado para accionar en reclamo de una reparación o resarcimiento del perjuicio patrimonial o extrapatrimonial que le ha causado.

El impacto ambiental adquiere real importancia en su formulación moderna como un proceso por el cual una acción que debe ser aprobada por una actividad pública y que puede dar lugar a efectos colaterales significativos para el medio, se somete a una evaluación sistemática cuyos resultados son tenidos en cuenta por la autoridad competente para conceder o no su aprobación.

La auditoria del medio ambiente o evaluación del impacto ambiental (E.I.A.), tiene por objeto apreciar en un momento dado, el impacto que todo o parte de la producción de una empresa es susceptible de producir o generar directa o indirectamente en el medio ambiente.

2.12 EL CAMBIO CLIMÁTICO GLOBAL

El cambio climático global, o sea en toda la tierra, se produce por el efecto invernadero, causado por la acumulación en las capas exteriores de la atmósfera de gases llamados "termo-activos".

Cuando hemos tratado "La biosfera" (2.1) nos referimos a "Los elementos abióticos" (A) y en particular al exceso de emisiones de gas (monóxido de carbono) que pone al clima en peligro de recalentamiento. Dijimos entonces que es un error corriente asociar este tema con el problema que crea el debilitamiento de la capa de ozono.

Parece oportuno reflexionar sobre las investigaciones de Ralph Toumi, un físico del Imperial College de Londres, según las cuales la progresiva destrucción de la capa de ozono incrementa la cantidad de luz solar que las nubes devuelven al espacio y esto provoca el enfriamiento progresivo de nuestro planeta. La capa de ozono protege a la Tierra de los rayos ultra-violetas emitidos por el sol, que pueden provocar cánceres de piel y el debilitamiento del sistema inmunológico, además de perjudicar gravemente a la agricultura. Sin embargo, según las investigaciones de Toumi parece ser que el deterioro de la capa de ozono podría paliar las consecuencias del llamado "efecto invernadero", es decir, el progresivo calentamiento de la Tierra provocado por un exceso de dióxido de carbono en la atmósfera. El deterioro de la capa de ozono estaría directamente relacionado con la formación de nubes que impiden la penetración de la luz solar en la atmósfera de la Tierra. Los rayos ultravioletas, afirma este estudio, inducen a una reacción por la que generan radicales hidroxilos (O.H.). Estos radicales, a su vez, provocan la creación de las nubes brillantes que devuelven una cantidad mayor de luz solar al espacio.

CAPÍTULO III FUNDAMENTACIÓN Y CARACTERES DEL DERECHO AMBIENTAL

3.1. EL AMBIENTE COMO OBJETO DEL DERECHO

Al tratar de esta nueva rama del Derecho, preferimos referirnos directamente al Derecho Ambiental, en vez de mencionar Derecho del Medio Ambiente.

Hemos expresado antes (Cap. I-1.1) que aludir al "medio ambiente" era una práctica lingüística poco ortodoxa que utiliza acumulativamente expresiones sinónimas o, al menos, redundantes. Aceptamos al comenzar el tratamiento de esta cuestión incurrir en ese defecto lingüístico, dada la recepción que la expresión "medio ambiente" tiene en el uso cotidiano de nuestro lenguaje, precisamente para significar el conjunto de cosas y circunstancias que rodean y condicionan la vida del hombre. Ahora, que vamos a abordar el tema desde la perspectiva jurídica o sea, de la ciencia del Derecho, emplearemos la expresión "ambiente" y "ambiental" con todo su rigor conceptual, lo que permitirá una mejor comprensión de la materia y su correlación con los desarrollos alcanzados bajo esa denominación en otras legislaciones, o sea environnement (en francés), environment (en inglés) y umwelt (en alemán).

Aclarada esta cuestión semántica, debemos dejar en claro si la expresión Derecho Ambiental equivale a la expresión "derecho ecológico". En este sentido creemos que ambas

expresiones no son identificables entre sí. La primera conduce a un tratamiento más abarcativo de la materia, en tanto que la segunda la limita a los ecosistemas naturales. El concepto de ambiente comprende toda la problemática ecológica general y, por su puesto, el tema capital resulta ser el de la utilización de los recursos naturales que se encuentran a disposición del hombre en la biosfera. Pero aunque el ambiente sea una parte de la naturaleza y se busque una política de tutela ambiental en su totalidad, existen múltiples estrategias proteccionistas sectoriales que van más allá del ámbito puramente natural y persiguen preservar la obra humana en sus aspectos estéticos, paisajísticos, urbanísticos, etcétera, con miras a asegurar una buena calidad de vida y una sana utilización de los recursos y de la obra cultural para legarlos a las generaciones futuras.

3.2. CARACTERES DEL DERECHO AMBIENTAL

El Derecho Ambiental se estructura sobre principios propios, recién en formación y consiste en la novísima rama de la ciencia jurídica nacida en los prolegómenos de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el hábitat humano, celebrada en Estocolmo en junio de 1972.

Esta nueva rama hace parte del conjunto del Derecho, pero la unidad de su problemática y un cierto número de características específicas permiten hablar de una identidad propia dentro de los sistemas jurídicos. Por lo tanto, está perfectamente justificado hablar de Derecho Ambiental, señalando sus características propias.

A) Carácter interdisciplinario

La primera de estas características resulta de la naturaleza interdisciplinaria de todo lo que concurre al medio ambiente. El Derecho, requiere en este caso, para establecer las necesarias medidas de protección, las indicaciones y la asistencia de otras disciplinas que estudian los aspectos físicos, químicos y biológicos del medio ambiente y que describen los deterioros de la biosfera, los evalúan y proponen las soluciones que el legislador debe traducir al lenguaje jurídico teniendo en cuenta, igualmente, los datos que los economistas y sociólogos pueden aportar.

B) Carácter sistemático

La segunda característica es consecuencia del sustrato ecológico del ordenamiento ambiental, frente a la normativa sectorial de carácter sanitario, paisajístico, defensora de la fauna y regulativa de las actividades industriales, que impone necesariamente a esta nueva disciplina un riguroso carácter sistemático. La regulación de conductas que comporta no se realiza aisladamente, lo que era la tónica de las regulaciones administrativas precedentes, sino teniendo en cuenta el comportamiento de los elementos naturales y las interacciones en ellos determinadas como consecuencia de la intervención del hombre.

C) Carácter supranacional

El tercer rasgo esencial del derecho del medio ambiente es el rol de los factores cuyos efectos sobrepasan las fronteras de los Estados y destacan la importancia de la cooperación

internacional. Ni el mar, ni los ríos y el aire, ni la flora y la fauna salvaje conocen fronteras, las poluciones que pasan de un medio al otro, no pueden ser combatidas sino en un contexto, o, dicho de otro modo, sin la cooperación de otros Estados.

D) Espacialidad singular

Los imperativos ecológicos hacen que el ámbito espacial de las regulaciones administrativas, se halle en función del marco más o menos impreciso de los mecanismos de emisión, transporte e inmisión, cuya singularidad da lugar a subsistemas acotados dentro del sistema general.

De aquí que el Derecho Ambiental ponga en conflicto los dispositivos regulatorios que se adopten en los diferentes espacios en los cuales se desarrollen los fenómenos que impactan el ambiente.

E) Especificidad finalista

Este criterio finalista tiene por objeto suprimir o eliminar el impacto de las actividades humanas sobre los elementos o los medios naturales. Con un criterio análogo se ha afirmado que "el Derecho Ambiental es el sector del orden jurídico que regla las conductas humanas que pueden ejercer influencia, con efectos en la calidad de la vida de los hombres, sobre los procesos que tienen lugar entre el sistema humano y el medio ambiente".

F) Énfasis preventivo

Aunque el Derecho Ambiental se apoya en un dispositivo sancionador, sus objetivos son fundamentalmente preventivos.

Cierto que la represión lleva implícita siempre una vocación de prevención en cuanto que lo que pretende es precisamente, por vía de amenaza, evitar que se produzcan los supuestos que dan lugar a la sanción, pero en el Derecho Ambiental la coacción a posteriori resulta ineficaz por cuanto de haberse producido ya las consecuencias biológicas y socialmente nocivas, la represión podrá tener una trascendencia moral, pero difícilmente compensará los graves daños ocasionados al ambiente.

G) Rigurosa regulación técnica

La normativa del Derecho Ambiental contiene prescripciones rigurosamente técnicas, que determinan las condiciones precisas en que deben realizarse las actividades afectadas. La discrecionalidad de la administración pública para adaptar las regulaciones a situaciones particulares y diferenciadas es muy limitada, y lo mismo sucede en la apreciación que los juristas pueden hacer dentro de los límites y umbrales de las regulaciones técnicas.

H) Vocación redistributiva

Uno de los aspectos no menos importantes del Derecho Ambiental es su intento de corregir las deficiencias que presenta el sistema de precios, para incorporar a los costos las

externalidades que representan los gastos de instalaciones que eviten la contaminación. Sea el contaminador el que debe pagar, sea el usuario o el consumidor, el Derecho Ambiental debe hacerse cargo de esta problemática aportando los instrumentos normativos adecuados para la efectividad de los criterios adoptados.

"Una reconciliación entre la economía y el medio ambiente puede lograrse utilizando las instituciones de la primera como medio para alcanzar los fines del segundo. El sistema de libre empresa se dedica a asegurar que todos los costos hayan sido sumados, para que no ocurran invasiones o violaciones sobre el medio ambiente".

D) Primacía de los intereses colectivos

El Derecho Ambiental es sustancialmente derecho público. La tutela del ambiente apunta a mejorar la calidad de vida de la humanidad y a lograr el desarrollo sostenible como legado para las generaciones futuras. Ello no excluye, sin embargo, al derecho privado, cuyo ordenamiento debe atender a las relaciones de vecindad y a las exigencias particulares de compensaciones y reparaciones en caso de ilícitos ambientales, ya se trate de responsabilidad objetiva por riesgo o responsabilidad subjetiva por culpa.

3.3. CAMPO DE APLICACIÓN

En la medida en que el medio ambiente es la expresión de las interacciones y de las relaciones de los seres vivos, incluyendo al hombre, tanto entre ellos como en relación a su medio, no sorprende que el Derecho Ambiental sea un derecho de carácter horizontal.

Es así que esta nueva rama del Derecho alcanza las diferentes ramas clásicas del derecho público internacional y del derecho público interno. El derecho público está implicado en cuanto a la tutela ambiental contra el impacto que produce la actividad del hombre en los elementos naturales y también contra la agresión que el desarrollo social comporta sobre los recursos naturales y el propio medio cultural, estético, paisajístico y arquitectónico creado por la acción humana a través del tiempo.

El derecho privado está también comprometido en orden a la protección de los intereses legítimos de las personas individuales, y al reconocimiento de los derechos subjetivos a la reparación de los daños privados que la actividad humana sobre el medio ambiente puede causar de rebote a los intereses particulares de los miembros de la comunidad.

3.4. LAS DEMÁS RAMAS DEL DERECHO IMPLICADAS

A) El derecho internacional público

El derecho internacional público del medio ambiente comporta numerosas convenciones internacionales, resoluciones obligatorias, algunas de ellas dictadas por organismos internacionales, y un cierto número de textos no obligatorios de carácter meramente declarativo.

Las resoluciones obligatorias de organismos internacionales son relativamente escasas, pues son muy pocos los órganos investidos de competencia para estudiar y dictar normas con tal efecto hacia sus miembros. Por el contrario, las resoluciones no obligatorias que emanan, sea de organismos intergubernamentales, sea de conferencias internacionales son

numerosas e importantes. Según sus contenidos ellas pueden ser clasificadas en tres categorías: recomendaciones y directivas, por una parte, para ser instrumentadas por los Estados miembros con el fin de alcanzar un objetivo común perfectamente determinado; por otra parte, programas de acción colectiva y coordinada, y, finalmente, declaraciones de principios cuyos objetivos constituyen aspiraciones para realizaciones futuras, que delinean los temas prioritarios que serán motivos de debates y pronunciamientos en reuniones posteriores en circunstancias más apropiadas en función del progreso cultural, científico, tecnológico y social de las naciones inmediatamente preocupadas por los problemas que afectan a la Humanidad.

B) El derecho público interno

El derecho público interno de cada país, está constituido por las normas legales que cada uno de ellos dicta o debe dictar en ejercicio de sus poderes de policía de salubridad, seguridad y bienestar, proveyendo en defensa de sus recursos naturales para la preservación de la integridad y pureza de los elementos abióticos que constituyen el suelo, el aire y el agua, así como de los elementos bióticos que forman las especies animales y vegetales de sus respectivos ecosistemas, así como también de los procesos ecológicos que contribuyen al mantenimiento de su integridad y de su potencial evolutivo.

Incumbe también al derecho público interno no solamente proteger la naturaleza y el paisaje, sino también la calidad de vida, el marco de ella en sus expresiones arquitectónicas y urbanísticas, y en síntesis, el patrimonio ambiental en sus bienes biológicos, físicos y culturales para que lo reciban intacto las generaciones futuras.

Toda actividad humana individual o colectiva que ataca los elementos del patrimonio ambiental, causa un daño social por afectar los llamados "intereses difusos" que son supraindividuales, pertenecen a la comunidad y no tienen por finalidad la tutela del interés de un sujeto en particular, sino de un interés general e indeterminado en cuanto a su individualidad.

El daño así ocasionado es llamado por algunos autores "daño ecológico", pero en realidad es más apropiado como lo dijimos antes, llamarlo "daño ambiental" por ser más abarcativo y comprensivo del ecológico, reservando aquella expresión de "daño ecológico" para el que ataca los componentes de la biosfera.

El daño ambiental ocasionado a los intereses difusos es de la incumbencia de las autoridades gubernamentales, las cuales en el ejercicio de sus poderes de policía que antes hemos mencionado, deben preservar la calidad de vida del hombre, su existencia, su salud, su integridad física y moral y sus valores culturales.

Para lograr esos fines el Estado debe dictar las normas legales pertinentes en el ámbito de sus competencias nacional, provincial y municipal, según los casos y hacerlas cumplir por medio de la pertinente autoridad administrativa o judicial, en su caso.

La legitimación para actuar en estos casos está dada por medio de acciones populares o de clase, a través de los llamados defensores del pueblo u ombudsman, de las organizaciones representativas de intereses comunitarios debidamente reconocidas, o con el criterio amplio e indefinido que habilita para ejercer la acción al "afectado", como veremos más adelante.

C) El derecho privado Interno

La protección de los individuos contra el "daño ambiental" o sea el perjuicio que se les

puede causar personalmente, como miembros de la comunidad cuyo medio ambiente resulta impactado por la actividad humana, se halla estructurada por el reconocimiento legal de los derechos subjetivos que amparan los intereses legítimos de las personas. Si estos intereses legítimos son afectados por el ataque a los bienes jurídicos materiales o corporales o inmateriales de una persona, ésta goza de la facultad de actuar para hacer cesar la acción ilícita y obtener la reparación del daño. Los bienes jurídicos inmateriales constituyen los derechos de la personalidad en la técnica del derecho y no son otros que los derechos humanos en el lenguaje universal de la Humanidad.

CAPÍTULO IV TUTELA DEL AMBIENTE

4.1. FACTORES SUSCEPTIBLES DE TUTELA

La tutela del ambiente consiste básicamente en las regulaciones que el Derecho debe imponer a las actividades humanas, susceptibles de impactar sobre los elementos naturales y culturales que constituyen el entorno dentro del cual aquéllas se desarrollan. El impacto es siempre un concepto negativo en el sentido de que su efecto es el de destruir o deteriorar por contaminación las condiciones naturales que hacen a la viabilidad o sea la existencia normal del hombre sobre la Tierra.

4.2. INTERVENCIÓN DEL ESTADO

Esta intervención tutelar del Estado debe ser acotada dentro de los límites que la justifican y la hacen necesaria, sin excederlos al punto de coartar la libertad del individuo para desarrollarse en la sociedad y así lograr los objetivos de bienestar y progreso de la Humanidad.

4.3. CARACTERES DE LOS FACTORES TUTELADOS

No todos los factores naturales deben estar sometidos a la tutela específica del Derecho Ambiental. Sólo aquellos que tengan una decisiva importancia para el hombre y el resto de los seres y sean susceptibles de intervenciones homologables, se integrarán en este núcleo especialmente protegido, cuyos componentes tienen los siguientes caracteres.

- a) Trascendencia básica para la vida, en cuanto a que sin ellos sería imposible la existencia en la biosfera.
- b) Comportamiento dinámico, en cuanto a que se integran en los distintos sistemas naturales de los que forman parte, interaccionando a su vez entre sí.
- c) Posibilidad de que la incidencia sobre ellos de conductas humanas de fundamentación económica excedan de su capacidad de autorregulación.
- d) Énfasis preventivo y subsidiariamente represivo y compensador.

Estos parámetros están referidos especialmente a dos sistemas fundamentales, el del agua y el del aire, a través de los cuales pueden transmitirse agresiones de muy diversa índole: sonoras, radiactivas, etcétera. Cabe incluir las medidas que afectan la degradación de los

suelos como los afectados por la explotación de canteras, excavaciones mineras, desertificación de superficies de cultivo, talas de bosques, etcétera.

4.4. FACTORES CONEXOS

Existen una serie de nociones relacionadas con el medio ambiente y que corresponden al campo de las ciencias sociales: calidad de vida, entorno humano; al campo de las ciencias naturales: recursos naturales, ecología, sistemas naturales; o mixtas: medio ambiente industrial, paisaje, espacios verdes.

A) Calidad de vida

Es un criterio valorativo, que es actualmente muy tenido en cuenta a partir de la Conferencia de Estocolmo y que ha sido erigido a la categoría de un derecho fundamental de la persona como derecho al bienestar en un ambiente sano, equilibrado y apto para el desarrollo humano, más allá de lo cuantitativo, que es el nivel de vida.

B) Recursos naturales

Se deben tomar en cuenta los recursos renovables y los no renovables. los primeros incluyen principalmente la energía solar y después los componentes básicos apoyados en ella y que hacen posible la vida en la biosfera.

los recursos naturales no renovables son los inertes incluidos en la litósfera o en los mares que por su accesibilidad y posibilidad de explotación tienen relevancia económica. Existen otros recursos no renovables que en un periodo relativamente corto se agotarán, como los hidrocarburos que hoy sustentan la vida económica de todos los países.

El criterio hoy generalizado del desarrollo sustentable aconseja una utilización razonable de los recursos naturales para preservarlos como herencia para las generaciones futuras.

4.5. EL INTERÉS DEL PUEBLO (USUARIO) POR LA PRESERVACIÓN AMBIENTAL

Para conocer hasta dónde alcanza el interés de la población, como usuaria del medio ambiente, es ilustrativo el estudio realizado en Francia, sobre la base de una encuesta popular con respecto al mejoramiento de las reglas jurídicas existentes. Se advierte así una cierta despreocupación, que contrasta con los "Libros blancos" de las asociaciones ambientalistas que expresan una decidida reivindicación y una remarcable intervención de los poderes públicos con fines conservacionistas.

Las asociaciones y los usuarios tienen tendencia a desentenderse de los modelos jurídicos existentes para hacer prevalecer sus reivindicaciones, pero ellos difieren en cuanto a la manera de abordar los problemas de protección.

Las primeras prefieren una política ambiental que constituya un derecho que trascienda las fronteras de la apropiación de los bienes que forman el medio ambiente; los segundos, expresan no muy claramente su derecho de cuidar del medio ambiente que utilizan, y, por ello mismo, prefieren un derecho de apropiación exclusivo que no están dispuestos a

moderar.

Cualquiera sea la diferencia entre el requerimiento de las asociaciones y el de los usuarios, la preocupación por el medio ambiente, que es por lo general desatendida por el legislador y las autoridades administrativas, debe ser tomada en cuenta y debe ser un criterio rector de innovación de las reglas jurídicas.

Las personas consultadas para la encuesta han respondido en su mayoría que el medio ambiente es el lugar donde se vive y constituye el medio natural. La mitad de las respuestas coinciden en que el medio ambiente es un todo. De acuerdo a ello comprende el medio natural en toda su acepción, pero también abarca las nociones inmateriales como el silencio, la libertad, el espacio, la emoción estética y las necesidades naturales de los ciudadanos.

Los enfoques de los encuestados se centran en lo que constituyen sus actividades habituales. Para los pescadores y los agricultores, es el medio natural en que viven y trabajan. Para los que explotan la tierra, el medio ambiente, tiene una connotación patrimonial, es la herencia que sus antepasados han dejado, pero también es una cuenta corriente de la cual se puede sacar más allá de las necesidades, y de la que ninguna reglamentación o necesidad de protección puede cuestionar el derecho del propietario a su fundo y a sus rentas. Las personas de esta categoría insisten en la preservación del patrimonio a través de las generaciones sin admitir una intrusión del derecho. Las demás personas tienen también un criterio utilitarista del medio ambiente, en particular los que aprovechan los recursos naturales.

De acuerdo a lo expuesto, el derecho, la reglamentación, no son deseables en la opinión de la gente de campo, o que explota artesanalmente los recursos naturales. Sin embargo, si el derecho es necesario, creen que él debe ser una "fórmula simple" que puede resumirse "reglamentar sin prohibir".

Reflexionando sobre la formulación y la aplicación de normas reglamentarias proteccionistas del ambiente, la mayoría popular desea medidas complementarias de las cuales consideran esenciales la "información", la "educación", la "buena voluntad" de la gente, ya que la protección depende de la voluntad de todos, por lo cual es necesario "una protección jurídica" y una toma de "conciencia individual".

4.6. EL RECLAMO DE LAS ASOCIACIONES PROTECTORAS DE LA NATURALEZA

Es importante la tarea que desarrollan las asociaciones que actúan sobre el terreno, activamente, para la protección de la Naturaleza y la defensa del medio ambiente.

Estas asociaciones reconocidas y registradas oficialmente tienen un carácter representativo de los intereses conservacionistas de los recursos naturales y del medio ambiente. Sus reuniones suelen ser informales, y se realizan activamente y aun improvisadamente según los sectores de interés que comprenden. En la mayoría de los casos tienen un "Libro blanco", que no es un informe general, sino un conjunto de informaciones de las diferentes comisiones dentro de sus respectivos ámbitos. A veces, como ocurre en la whole House Commitee británica, o sea la Comisión plenaria, se realizan reuniones de comisiones especiales en relación a cuestiones puntuales.

Los reclamos de estas asociaciones, particularmente en Europa, se pueden resumir en estos tres temas: 1) La demanda o reclamo institucional. 2) La demanda normativa. 3) La renovación del status jurídico de los bienes del medio ambiente.

La demanda institucional busca un refuerzo de las estructuras perimidas, o la creación de nuevas estructuras.

La demanda normativa persigue fundamentalmente requerir a las asociaciones su opinión sobre los estudios de impacto (E.I.A.) y la definición jurídica de los procedimientos sanitarios de prevención.

La renovación del status jurídico de los bienes del medio ambiente, comprende la totalidad de los bienes naturales clásicos, como el agua, el aire, el suelo, o genéricamente "los bienes naturales", como los bosques y las selvas, las minas y yacimientos, etcétera.

Se comprenden también en los bienes del medio ambiente, lo concerniente al entorno urbano, rural y arquitectural, ensanchándose así el concepto primitivo de la "ecología" que solamente comprendía los elementos abióticos de la biosfera.

CAPÍTULO V BASES INSTITUCIONALES DE LA NORMATIVA AMBIENTAL

5.1. EL PODER DE POLICÍA EN MATERIA DE PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE

La protección del medio ambiente no tiene por finalidad el cuidado de la naturaleza por sí misma, sino el cuidado del hombre y el afianzamiento de su dignidad, que impone la satisfacción de sus necesidades.

El desarrollo creciente de la actividad industrial ocasionado por la necesidad de satisfacer requerimientos perentorios de una población en aumento, que forma hoy grandes concentraciones demográficas en las proximidades de las grandes ciudades en busca de trabajo y mejores condiciones de vida de aquellas que deben soportar en sus pueblos de origen, ha sido la causa del establecimiento acelerado e improvisado de pequeñas y medianas fábricas en centros urbanos y su entorno.

La contaminación ambiental ha sido la consecuencia inmediata y expansiva de este descontrolado desarrollo, que constituye actualmente un motivo de honda preocupación de gobernantes y gobernados, ante la marginación de poblaciones que padecen la pobreza, la desnutrición y las enfermedades.

Corresponde al Estado adoptar las disposiciones o normas administrativas que regulen tales actividades en vista de la preservación del ambiente, que le corresponde en ejercicio de los poderes de policía inherentes a la Nación y a las provincias para proteger la vida, la propiedad, la seguridad, la moralidad y la salud de los habitantes, como lo ha declarado la Corte Suprema de Justicia de la Nación en numerosos fallos, que definieron ese poder por primera vez (Fallos, t. 1, págs. 150 y 373) hasta aquellos posteriores que declaran que, por regla general, ese poder corresponde a las provincias y que la Nación lo ejerce en éstas sólo en los casos en que le ha sido expresamente conferido o es una consecuencia forzosa de otras facultades constitucionales (Fallos, t. 192, pág. 350).

En opinión de nuestra doctrina en general la cuestión resulta compleja, ya que el poder de policía está distribuido entre la Nación y las provincias, aunque se admite que les corresponde originariamente a estas últimas, por tratarse de una potestad que se habrían reservado al constituir la unión nacional. Por excepción le correspondería a la Nación cuando ejerza atribuciones que la Constitución le ha conferido, ya sea en forma expresa o implícita.

Con respecto al poder de policía ambiental mucho se ha debatido sobre la distribución de ese poder entre la Nación y las provincias. Por una parte se decía que el artículo 104 de la Constitución Nacional de 1853-60 (actualmente, después de la reforma de 1994, es el art. 121) dispone que las provincias conservan todo el poder no delegado por ellas al gobierno federal, y que no existía delegación expresa de facultades en materia de medio ambiente. Por otra parte se señalaba que por la interdependencia del ambiente y la movilidad de los factores degradantes, toda situación de deterioro puede llegar a comprometer los poderes concurrentes a "la prosperidad del país, al adelanto y bienestar de todas las provincias" (art. 67, inc. 16, Const. Nac., 1853-60, actualmente es el art. 75, inc. 18, después de la reforma de 1994) y "hacer legítimo y necesario su concurso con la posible exclusión de la autoridad local en caso de incompatibilidad".

Lo cierto es que esta discusión sobre las competencias del gobierno nacional y de las autoridades de provincia en materia de poder de policía en orden a la protección del medio ambiente, ha dado origen a un verdadero caos normativo, donde coexisten leyes, ordenanzas, reglamentos, etcétera, nacionales, provinciales y municipales, y no se ha logrado establecer un sistema legal orgánico de defensa integral del medio ambiente, mediante las necesarias regulaciones preventivas y represivas acordes con el desarrollo industrial y el crecimiento poblacional de nuestro país. El resultado es que no tenemos en la República Argentina, hasta hoy, una política orgánica e integral pese a que ésta es la tendencia tanto latinoamericana como universal.

Para lograr este resultado, se ha buscado la armonización en el ejercicio concurrente de los poderes de policía entre la Nación y las provincias, mediante el mecanismo legislativo apropiado del sistema de adhesión. Sin embargo, no puede decirse que ello hubiese contribuido a obtener una política ambiental eficiente, actualizada y coordinada.

Ante la urgencia de una legislación apropiada en defensa del medio ambiente con alcance nacional, se ha propugnado en la doctrina, una aplicación dinámica y realista de la Constitución Nacional con método esencialmente actualizado poniendo a los principios y preceptos constitucionales en relación directa con las circunstancias actuales de la vida argentina.

5.2. EL ESTADO DE LA CUESTIÓN DESPUÉS DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1994

A) Nuevos derechos y garantías

La reforma ha incorporado a la Constitución Nacional los principios universalmente admitidos como derechos humanos en lo concerniente a la calidad de vida, disponiendo en el nuevo artículo 41 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".

La tutela del ambiente tiene actualmente rango constitucional a partir de la reforma, y es

parte del Capítulo Segundo que enumera los "Nuevos derechos y garantías" en la Primera Parte de la Constitución reformada. Se incorporan así a la Constitución Nacional los dos postulados universalmente reconocidos, como la "calidad de vida", más allá del nivel cuantitativo que asegura el mínimo de la subsistencia, y el "desarrollo sustentable o sostenible" que predica la satisfacción de las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras. Al imponer a las autoridades el deber de proveer a la protección de aquel derecho y a la utilización racional de los recursos naturales, establece imperativamente el deber de preservarlos mediante el uso racional de ellos para evitar su desmejoramiento o su agotamiento si ellos fueran no renovables.

B) Distribución del poder de policía ambiental entre la Nación y las provincias

En los dos párrafos finales del nuevo artículo 41 se dispone que: "Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección y, a las provincias, las necesarias para complementarías, sin que aquéllas alteren las jurisdicciones locales.

"Se prohíbe el ingreso al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos. Esta norma de la Constitución reformada es de significativa trascendencia en orden a los poderes de policía concurrentes de la Nación y las provincias, en el ejercicio de las facultades que les compete en sus respectivas jurisdicciones para proteger la calidad de vida de los habitantes mediante la tutela ambiental asegurar la utilización racional de los recursos naturales, así como la preservación del patrimonio cultural y de la diversidad biológica y a la información y educación ambientales.

El nuevo artículo 41 de la Constitución reformada pone fin al acuciante problema de las competencias en el ejercicio del poder de policía ambiental. En adelante, corresponde a la Nación dictar las normas legales necesarias para la tutela del ambiente en toda la República, que contengan los presupuestos mínimos de protección. Concurrentemente incumbe a las provincias dictar las disposiciones necesarias para complementarlas, sin que aquéllas alteren las jurisdicciones locales, lo cual significa que las infracciones administrativas a las normas de seguridad preventivas, así como las violaciones a las normas de fondo que dicte el gobierno nacional, ya sean de carácter represivo o resarcitorio (penales o civiles) serán juzgadas en las respectivas jurisdicciones locales donde se hubiesen cometido las faltas o los ilícitos ambientales.

El Gobierno de la Nación por disposición constitucional asume los poderes de policía que corresponden a la tutela ambiental en todo el territorio de la República, para que el Congreso de la Nación dicte la normativa básica que establezca los presupuestos mínimos de protección del ambiente, de los recursos naturales, del patrimonio natural y cultural, de la diversidad biológica, de la información y educación ambiental.

En concurrencia con esta atribución legislativa fundamental que la reforma constitucional pone en manos del Congreso de la Nación, las legislaturas provinciales deben dictar las necesarias normas complementarias de aplicación en sus respectivas jurisdicciones, de manera de hacer efectiva esa protección constitucional adecuándola a las modalidades y particularidades del Medio ambiente y desarrollo propios de cada una de ellas.

Como lo expresa el convencional Natale, la más importante de las normas de cumplimiento efectivo, es el tercer párrafo del artículo 41 que deslinda con precisión el reparto de competencias legislativas, administrativas y jurisdiccionales entre la Nación y las provincias.

Hasta la reciente reforma constitucional la Nación había legislado para la Capital Federal y territorios nacionales. Las provincias por imperio de los poderes reservados, dictaban sus propias normas de protección o adherían a las federales. La ley 13.273/48, de bosques y tierras forestales establecía en el artículo 3º que sometía a sus disposiciones los bosques situados en jurisdicción federal, y, además los ubicados en las provincias que se acogieran al régimen. La ley 20.284/73 sobre preservación de los recursos del aire, también sujetaba a sus normas a la jurisdicción federal y a las provincias que adhirieran. La ley 22.421/ 81 de protección y conservación de la fauna silvestre establecía la concurrencia del Estado nacional y las provincias adherentes. La ley 23.879/90 sobre la evaluación de las consecuencias ambientales que podría producir en el territorio argentino represas construidas, en construcción o planificadas, distinguía entre la jurisdicción nacional y provincial. La ley 24.051/92 de residuos peligrosos establece en su artículo 1º que: "La generación, manipulación, transporte, tratamiento y disposición final de residuos peligrosos quedarán sujetos a las disposiciones de la presente ley, cuando se tratare de residuos generados o ubicados en lugares sometidos a jurisdicción nacional o, aunque ubicados en territorios de una provincia, estuvieren destinados al transporte fuera de ella, o cuando, a criterio de la autoridad de aplicación, dichos residuos pudieren afectar a las personas o el ambiente, más allá de la frontera de la provincia en que se hubiesen generado...".

Respecto a esta última ley (24.051/92), nosotros hemos señalado una grave anomalía legislativa en orden al sistema republicano y federal que estructura la Constitución Nacional de 1853-60. Los capítulos VII y IX de dicha ley violan el inciso 11 del artículo 67 de la Carta Magna, en cuanto ella disponía al igual que lo prescribe el inciso 12 del artículo 75 de la Constitución reformada que es atribución del Congreso de la Nación "dictar los códigos Civil, Comercial, Penal, de Minería, y del Trabajo y Seguridad Social, ...sin que tales códigos alteren las jurisdicciones locales...".

El artículo 75, inciso 12 de la Constitución Nacional, como antes el artículo 67, inciso 11, impone la unidad de legislación en las materias de derecho común que comprenden los códigos que enumera, y no es compatible con una legislación que establezca un régimen especial diferente según la región del país en que se aplique. Como lo dice Joaquín V. González, "el poder de dictar códigos no significa el de legislar dentro del territorio de las provincias, porque aquellos son la ley común de todo el pueblo de la Nación, con prescindencia de las divisiones territoriales".

Ahora bien, el Capítulo VII de aquella ley ("De las responsabilidades") dispone en el artículo 45: "Se presume, salvo prueba en contrario, que todo residuo peligroso es cosa riesgosa en los términos del segundo párrafo del artículo 1113 del Código Civil, modificado por la ley 17.11", y en el artículo 47 se expresa: "El dueño o guardián de un residuo peligroso no se exime de responsabilidad por demostrar la culpa de un tercero de quien no debe responder...".

Estas normas significan que la ley 24.051 dictada por el Congreso de la Nación como legislatura local de la Capital Federal (art. 67, inc. 27, Constitución 1853-60 y art. 75 inc 30 Constitución reformada) modifican el régimen común de responsabilidad civil establecido en el artículo 1113 del Código Civil, agravando la responsabilidad del dueño o guardián de los residuos peligrosos al crear una presunción relativa de peligrosidad respecto de la cosa que causa el daño, presunción ésta que no existe en el derecho común (art. 1113, Cód. Civ.), limitando a la vez las defensas del presunto responsable que no puede invocar la causa ajena para eximirse de responsabilidad como lo autoriza el citado artículo del Código Civil. A su vez el Capítulo IX de la misma ley al referirse al "Régimen penal", dispone en el

artículo 56 que; "Cuando alguno de los hechos previstos en el artículo, anterior fuere cometido por imprudencia o negligencia o, por Impericia en el propio arte o profesión o por inobservancia de los reglamentos u ordenanzas se impondrá prisión de un (1) mes a dos (2) años". El hecho cometido en iguales circunstancias en el derecho común (art. 203, Cód. Pen.) sólo tiene pena de multa. Es el caso de preguntarse si quien comete este delito en Jurisdicción nacional debe sufrir una pena más grave que la que correspondería a quien delinque cometiendo el mismo delito en jurisdicción provincial.

No se expurga esta grave anomalía que atenta contra las facultades propias del Congreso de la Nación, disponiendo en el artículo 67 de aquella ley que: "Se invita a las provincias y los respectivos municipios, en el área de su competencia a dictar normas de igual naturaleza que la presente para el tratamiento de los residuos peligrosos". Va de suyo que esa invitación no puede ir más allá de lo que es propio de las competencias locales en el ejercicio del poder de policía, pero de ningún modo a dictar normas específicas de responsabilidad civil y penal que modifiquen el derecho común.

5.3. Los INTERESES DIFUSOS Y LA TUTELA JUDICIAL DEL AMBIENTE

Consolidados formalmente los derechos básicos de los individuos, primero los de carácter político y después los de naturaleza social, la preocupación en el plano de lo jurídico se centra en las reivindicaciones colectivas en el marco de la problemática universal que produce la explosión demográfica y las modernas técnicas del desarrollo como sustento actual y de las futuras generaciones.

La Humanidad se enfrenta ahora con la cuestión de establecer un ordenamiento jurídico que regule las relaciones de derecho público y privado tendientes a disciplinar las conductas en orden al uso racional de los recursos humanos y a la preservación del medio ambiente con el propósito fundamental de asegurar una calidad de vida sana y equilibrada y, a la vez, mantener un desarrollo sostenible que garantice iguales condiciones para las futuras generaciones.

En relación a esta problemática la doctrina, inicialmente la italiana y también la de otros países, ha acuñado la noción de "intereses difusos" que no constituye aún un concepto acabado y categorizado, sino más bien comporta una idea fuerza renovadora de la clásica e insuficiente tutela procesal.

"Son intereses difusos los que pertenecen idénticamente a una pluralidad de sujetos, en cuanto integrantes de grupos, clases sociales o categorías de personas, ligadas en virtud de la pretensión de goce por parte de cada uno de ellos, de una misma prerrogativa. De forma tal que la satisfacción del fragmento o porción de interés que atañe a cada individuo, se extiende por naturaleza a todos; del mismo modo que la lesión a cada uno afecta, simultánea y globalmente, a los intereses de los integrantes del conjunto comunitario".

Los intereses difusos, a los que pertenece la protección ambiental, tienen las siguientes características:

a) Alcance colectivo: Comprometen intereses dignos de respeto de los distintos individuos miembros de una comunidad, más allá de sus intereses propios y particulares, de tal modo que se podría decir de ellos que son intereses supraindividuales.

b) Defensa común: El progreso en la defensa del interés difuso en pos de la tutela ambiental, aunque fuera ejercida por un solo individuo afectado o un solo grupo social, debe beneficiar automáticamente a todos los que están en la misma situación. La decisión jurisdiccional que protege a quien acciona, se extiende por su fuerza expansiva en forma

positiva, a la esfera jurídica de otros a quienes afecte el mismo problema ambiental, aunque nada hubieren hecho en favor de la protección del medio que les rodea.

c) Indiferencia en relación a los derechos subjetivos: Obviamente quien acciona en defensa de un derecho subjetivo, como sería el daño particular que le causa la contaminación del ambiente provocado por la actividad específica de una persona o personas determinadas, puede obtener la respuesta judicial adecuada sin invocar los "intereses difusos" que son alcanzados indiferenciadamente en relación a un grupo indeterminado.

d) Debilidad de los instrumentos procesales de acceso a la justicia: La tutela jurisdiccional de los "intereses difusos" no hallan, en general, en el derecho universal, una definida instrumentación legal en punto a dos cuestiones: la legitimación procesal o calidad de obrar, y las normas adjetivas del procedimiento adecuado a las necesidades del ejercicio de una acción expedita y rápida. Es así que esta categoría de intereses, con ser vitales, tienen una frágil sustentación en el derecho positivo.

5.4. DIVERSAS TÉCNICAS PARA LA DEFENSA DE LOS INTERESES DIFUSOS

Los intereses considerados proyectan frecuentemente sus efectos antes de que se haya producido lesión alguna en la esfera jurídica de los afectados, reaccionándose ante simples amenazas, proyectos o avances aún no materializados, al constatarse que de producirse los efectos combatidos su rectificación sería difícil o quizás inviable.

Entre las diversas técnicas de acceso a la jurisdicción para la defensa de los intereses difusos, se pueden citar las siguientes:

A) Apoderamientos de instancias públicas

Tales son los casos en que la ley inviste de representación popular a funcionarios públicos con autonomía orgánica y funcional para ejercer esta clase de acciones. Por ejemplo el caso del Defensor del Pueblo u ombudsman.

B) Acción popular

Excepcionalmente, algunas legislaciones permiten el acceso directo a los tribunales a ciudadanos aislados que invocan un interés público por la afectación de garantías de goce común e indeterminado. El criterio de admisibilidad por la Justicia es sumamente impreciso; pero es considerada la defensa como una actuación personal y a título individual de intereses generales.

C) El litisconsorcio ocasional

Cuando un grupo de personas se asocian ocasionalmente para litigar en común, con el fin de lograr un objetivo que pertenece a todas ellas en la medida en que se sienten afectadas por las mismas causas. El beneficio de tal mancomunación en el ejercicio de la acción, les reporta el beneficio del menor costo del proceso.

D) Asociaciones cualificadas

Existe legitimación para obrar si la ley reconoce a ciertas asociaciones como órganos representativos de intereses generales, que alcanzan a determinados grupos sociales ligados por la necesidad de la defensa comunitaria de algunos sectores.

E) las acciones de clase

Algunos ordenamientos dan posibilidad de acceso a la Justicia a través de las llamadas class actions, aceptándose la comparecencia jurisdiccional individual y sin apoderamiento formal expreso, cuando se invoca la defensa de intereses compartidos por varios sujetos con trascendencia procesal para todos ellos.

Las class actions son de ejercicio frecuente ante los tribunales estatales de los Estados Unidos. Tienen su origen en los planteos judiciales que Constituyen las demandas por clases de personas, cuando la cuestión es de interés común o general de muchas de ellas, determinando que las partes sean tan numerosas que resulta imposible traerlas a todas al tribunal y considerar sus casos separadamente.

Tanto en la jurisdicción federal como en los tribunales estatales, la sentencia dictada en una class action tiene efecto de cosa juzgada con respecto a todos los miembros de la clase comprometida en el proceso, aunque no hayan comparecido a la instancia judicial.

En algunos casos recientes de class actions se ha negado a los actores individuales su derecho a no estar comprendidos en ellas (opt-outs) o sea la posibilidad de salir de las class actions.

Este derecho está implícito en la cláusula del debido proceso de la Constitución y, sin embargo se niegan a reconocerlo muchos tribunales federales, en razón de que las class actions se relacionan generalmente con el fenómeno de daños causados masivamente, es decir, con una implicancia colectiva.

En los casos más comunes las class actions se ejercen en las demandas por actos ilícitos extracontractuales (torts) que afectan a un grupo o clase que reclama compensatory damages, a los cuales el tribunal adiciona por decisión de los jurados los llamados exemplary damages o punitive damage (daños punitivos) que es una indemnización incrementada, reconocida por encima de lo que simplemente compensaría el daño patrimonial si ha sido agravado por circunstancia de violencia, opresión, malicia, fraude, engaño o conducta dolosa gravemente imprudente o negligente por parte del demandado. El jurado no recibe pautas para la determinación del monto de ese resarcimiento agravado y, generalmente se tiene en cuenta la capacidad de pago de la parte demandada. Existe en los Estados Unidos una honda preocupación por los montos exagerados con los cuales los jurados incrementan la aplicación de los exemplary damages.

La Corte Suprema Federal de aquel país ha demostrado la trascendencia institucional que le atribuye a este tipo de decisiones de la mayoría de las Cortes estatales.

El 24 de junio de 1994 el Alto Tribunal dictó un pronunciamiento prior history. Ejerciendo el writ of certiorari expidió un auto de avocación para cerciorarse de la causa "Honda Motors Corporation v/Karl Oberg", en la cual la Corte del estado de Oregon dictó una sentencia condenatoria por la cantidad de u\$s 1.000.000 por compensatory damages incrementado en cinco veces por punitive damages.

La Corte Federal declaró que los punitive damages eran una forma peligrosa y arbitraria de castigo, y que la Constitución prohíbe actos de gobierno irrazonables que infrinjan los derechos de propiedad violando el principio del debido proceso legal sustancial, cuando los

jurados reciben autoridad ilimitada de redistribuir sumas importantes de dinero de unos ciudadanos a otros (de los condenados a los demandados).

Posteriormente un jurado de Alaska impuso la multa punitiva más grande en la historia mundial, a los accionistas de Exxon Corporation al condenarla a pagar cinco mil millones de dólares, o sea la cantidad de u\$s 150.000, a cada uno de los "vecinos" de ese Estado. Ni un centavo de esta condena se aplicará a la limpieza de la bahía de Prince Williams o para aquellos que fueron perjudicados por el derrame de petróleo del "Exxon Valdez", que causó la contaminación de las aguas. El beneficio de esa cuantiosa condena solamente alcanza a los "vecinos" de Alaska representados colectivamente por quien ejerció la acción de clase, y que no son otros que los que acrediten residencia en ese Estado.

5.5. LAS VÍAS PROCESALES DE ACCESO A LA JURISDICCIÓN

A) Antes de la reforma constitucional de 1994

El tema relativo a la instrumentación legal de las vías procesales para tener acceso a la jurisdicción y obtener la tutela pública del medio ambiente, es cuestión que ha motivado controversias que no han tenido adecuada respuesta legislativa en nuestro país, habida cuenta de que los llamados "intereses difusos" han sido siempre vistos con desconfianza por la doctrina civilista la cual ha puesto énfasis en la protección de los intereses particulares y fundamentalmente patrimoniales, configurando los derechos subjetivos o sea aquellos intereses legítimos a los cuales el ordenamiento jurídico les confiere la facultad de actuar en su defensa.

Se ha dicho que nuestro derecho administrativo ha venido ciñendo las situaciones subjetivas dignas de tutela dentro de la clásica trinidad de "derecho subjetivo, interés legítimo e interés simple". Si allí se cierra el espectro, parece que la categoría tan defendida en la doctrina y el derecho comparado de los intereses difusos o colectivos queda afuera. Se afirma incluso que no existe o que carece de recepción en el Derecho argentino. El mismo autor en un comentario más reciente, expresa "...más allá de las incriminaciones que la ley haga o pueda hacer a quienes causan daño al medio ambiente, al equilibrio ecológico, al ecosistema, etcétera, ya no es posible a estas horas dejar librado el derecho ambiental al entretenimiento académico. Está en juego la salud, la vida, la subsistencia de la especie humana y muchas cosas más relacionadas con la vida biográfica de los seres humanos". Continúa expresando el autor citado, "Aparecen también los intereses difusos, éstos a los que tantas veces se los considera meros intereses simples, sin categoría ni identidad propia porque, como relativamente nuevos que son, no tuvieron a su tiempo un casillero independiente y autónomo en el derecho administrativo. Y como para muchos lo que no está en las leyes no existe, los intereses difusos no existen".

Dice el autor que estamos citando, "Por más que en la defensa del ambiente prediquemos la presencia de intereses difusos, no cabe duda de que en numerosos casos, la contaminación y el perjuicio repercuten en la salud de las gentes. Y la salud, ya no es un interés difuso, sino un derecho personal-personalísimo de cada uno, bien que lo sea de todos". Propugna una interpretación del artículo 33 de la Constitución Nacional dinámica actualizada, sintonizada con las necesidades más urgentes de la vida contemporánea, y apela al "activismo judicial que tiene un protagonismo en esto que no debe rehuir".

Compartimos la idea de que la salud, así como la vida, merecen la mayor protección. Sin

embargo, estos son bienes jurídicos extrapatrimoniales que la ley tutela como intereses legítimos y por ello constituyen derechos subjetivos que confieren el Poder de actuar en defensa de ellos. La calidad de vida es, sin duda un derecho subjetivo personalísimo que depende de la preservación del ambiente para que todos los habitantes puedan gozar de un medio sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano, sin embargo la necesidad de tutelar el ambiente constituye un interés difuso, o sea de aquellos que pertenecen a una pluralidad de sujetos indeterminadamente, pero que no les afecta a cada uno de ellos directa y personalmente.

En virtud de ello creemos que no se puede derivar por vía de interpretación del artículo 33 de la Constitución Nacional la existencia de un derecho subjetivo a la calidad de vida, aunque, va de suyo, que al no estar enumerado en la Constitución Nacional no debe entenderse como negación del derecho de cada habitante a gozar de un ambiente, sano y equilibrado, apto para el desarrollo humano.

La tutela del ambiente continúa siendo un interés difuso. La solución no consiste en categorizarlo como un derecho subjetivo, sino en establecer institucionalmente la legitimación procesal representativa de la comunidad de intereses plurales e indeterminados que se afectan con el fin de promover administrativa o judicialmente su acceso a las instancias pertinentes para su defensa, así como instaurar la vía procesal adecuada para llegar a ese resultado.

En uno de los primeros trabajos orgánicos sobre esta materia el doctor Guillermo J. Cano, propuso los medios procesales e institucionales que debían ser considerados para la formulación de la legislación adecuada para la tutela ambiental".

En primer término estima necesario el reconocimiento o legitimación de la calidad de obrar, esto es, del derecho de accionar judicial o administrativamente, a entidades cívicas o a "cualquiera del pueblo" en interés de la protección ambiental, como un instrumento indispensable para contribuir a la efectiva aplicación de la legislación ambiental.

Expone de lege ferenda algunos de los principios de derecho ambiental interno que debieran ser el sustento de una normativa futura.

- El principio de quien por acción u omisión deteriora el entorno debe cargar con las consecuencias patrimoniales de su acto, debe presidir las relaciones individuales al respecto. Las consecuencias patrimoniales deberán consistir no sólo en el resarcimiento de los daños causados, sino en la carga del costo de los trabajos e instalaciones necesarias para prevenir o corregir el deterioro ambiental, esto es la obligación de recomponer.

- El bien jurídico protegido - "derechos ambientales" -no sería sólo el mensurable en términos monetarios, sino también la salud y los valores culturales, estéticos y recreativos.

- Para reconocer título para mover la acción protectora o resarcitoria de los derechos ambientales, no debería ser requerida la prueba de una lesión individualmente sufrida o esperada, debiendo bastar la del daño objetivo al contorno como bien de disfrute colectivo.

- Los delitos contra el entorno o los derechos ambientales deberían ser definidos como formales, y no deberían requerir la prueba de la intención dolosa ni del daño ocasionado (responsabilidad objetiva y presunción absoluta del perjuicio).

- Las acciones civiles en el ámbito del derecho ambiental deberían ser sumarias y su procedimiento impulsable de oficio.

En un fallo verdaderamente creativo y premonitorio, expresión del moderno concepto del activismo judicial, un tribunal de la provincia de Mendoza declaró que "es procedente recurrir a la acción de amparo para brindar efectiva protección a los intereses colectivos e impedir que la acción u omisión del Estado o de los particulares hagan ilusoria la

efectividad de las garantías constitucionales". Se expresa en el mismo fallo que "para resolver la cuestión acerca de la legitimación de quienes requieren protección jurisdiccional para los intereses colectivos por su pertenencia indiferenciada a un número indeterminado de personas, las técnicas clásicas de protección jurisdiccional se revelan ineficaces, tal vez porque están imbuidas de un criterio excesivamente individualista y patrimonial de la juridicidad".

B) Después de la reforma constitucional de 1994

a) Las normas constitucionales implicadas

La reforma ha incorporado a la Constitución Nacional de 1853-60, los principios universalmente admitidos como derechos humanos en lo concerniente a la calidad de vida, cuando dispone en el artículo 41 que "todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano...". También ha quedado incorporado el principio del desarrollo sustentable, al disponer el mismo artículo a continuación "y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras...". A continuación dispone el mismo artículo: "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".

Finalmente la misma norma constitucional hace el deslinde de competencias legislativas, administrativas y judiciales entre la Nación y las provincias, a lo cual nos hemos referido en el párrafo 5.2-B.

b) Operatividad inmediata de las nuevas normas constitucionales

Los derechos enunciados en el citado artículo 41 de la Constitución reformada son, concretamente: el derecho de todos los habitantes de la Nación a gozar de un ambiente sano, y el de las generaciones futuras a recibir la herencia de un patrimonio ambiental que les asegure igual tratamiento como seres humanos. Estos enunciados constituyen intereses difusos o supraindividuales que protegen a una pluralidad de sujetos indeterminados en su individualidad, pero que pertenecen a grupos sociales que gozan de idéntica prerrogativa tutelar en cuanto a la preservación del medio ambiente.

Estos reconocimientos, genéricamente formulados, llevan implícitos el derecho subjetivo de cada miembro de la sociedad a una buena calidad de vida presente y futura.

Dentro de la metodología constitucional, el artículo 41 es parte del nuevo Capítulo Segundo que se refiere a "Nuevos derechos y garantías", y forma con el Capítulo Primero, que enuncia "Declaraciones, derechos y garantías", la Primera Parte de la Constitución reformada. La Corte Suprema de Justicia de la Nación en los casos "Siri" y "Kot" (Fallos, 239-459 y Fallos, 241-291), ha sostenido que "las garantías individuales existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar consagradas en la Constitución e independientemente de las leyes reglamentarias".

La afirmación de esta doctrina por el más Alto Tribunal de la Nación, eleva a la categoría de norma constitucional aquel principio según el cual los derechos subjetivos declarados en la Constitución no dejarían de tener vigencia, de ser aplicados y merecer la protección del Estado por el solo hecho de que la ley no los haya explicitado en su contenido o no haya

arbitrado los institutos procesales para su defensa.

Del derecho a un ambiente sano equilibrado y apto para el desarrollo humano, del que gozan todos los habitantes de la Nación, deriva el derecho a la calidad de vida, y este enunciado del artículo 41, no es una mera norma programática, sino un derecho subjetivo fundamental, directamente operativo, aunque el Gobierno de la Nación no haya dictado las normas reglamentarias o complementarias para su aplicación.

Ello quiere decir que si existen actividades contaminantes del ambiente, que ponen en peligro la garantía constitucional relativa al goce "del derecho a un ambiente sano, equilibrado y apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras", se puede invocar la tutela jurisdiccional aunque las autoridades públicas en el ámbito de sus respectivas competencias no hayan dictado las normas reglamentarias o complementarias para su aplicación, como lo manda la propia Constitución en el mismo artículo 41.

Más allá del amparo del derecho común que brindan el Código Civil y el Código Penal, o las legislaciones especiales cuando el derecho subjetivo de cualquier particular al goce de la calidad de vida como bien jurídico protegido, es desconocido o atacado, causando daño a su interés legítimo a la integridad de su patrimonio (daño material), o a la incolumidad de su espíritu (daño moral), existe en la misma reforma constitucional el medio de acceso jurisdiccional para la tutela del ambiente como un interés difuso o colectivamente indeterminado, a través de los sujetos que resultan legitimados por la última parte del artículo 43.

El artículo 43 del nuevo texto constitucional dispone que. "Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley...". Continúa expresando la norma constitucional "Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización".

c) La vía del amparo

El artículo 43 que hemos transcrito habilita la acción expedita y rápida del amparo, en las condiciones que establece la norma constitucional, como un medio excepcional y subsidiario si no existe otro medio judicial más idóneo, en defensa de los derechos y garantías reconocidos por la Constitución, un tratado o una ley.

De tal forma que el derecho subjetivo a la calidad de vida como garantía constitucional puede poner en actividad la acción de amparo, pero también puede recurrirse a esta vía expedita y rápida en defensa de los derechos que protegen el ambiente que tienen incidencia colectiva en general, aunque no se halle afectado un derecho subjetivo de incidencia meramente particular. Tal alcance resulta de los términos expresos de la norma constitucional que habilita la acción en defensa de los derechos de incidencia colectiva, esto es de los intereses difusos, legitimando al afectado, al defensor del pueblo, y las asociaciones debidamente registradas que propendan a esos fines.

El amparo que ahora tiene fundamento constitucional presenta las siguientes características: La recepción constitucional es actualmente explícita. En el caso "Kot S.R.L." que hemos citado antes (Cap. V, 5.5, B) b), la Corte Suprema de Justicia de la Nación había detectado el amparo dentro de los derechos constitucionales "no enumerados" o implícitos del artículo 33 de la Constitución de 1853-60, en la reforma ha quedado explicitado, como hemos visto. En cuanto a su naturaleza jurídica, el artículo 43 considera al amparo como acción, al igual que la ley 16.986, y no como mero recurso como se lo caracterizó orgánicamente, o como una sumarísima vía procedimental tal como la regula el artículo 321, inciso 2º y artículo 498 del Código de Procedimientos Civil y Comercial de la Nación.

La acción de amparo ha tenido siempre (art. 2º, inc. a), ley 16.986) un carácter supletorio o subsidiario, por lo que solamente es viable si no existen otras vías judiciales o administrativas que permitan obtener la protección del derecho o garantía constitucional de que se trate. El actual artículo 43 de la Constitución reformada de 1994, condiciona el ejercicio de la acción de amparo siempre que no exista otro remedio judicial más idóneo, por lo cual mantiene aquel carácter subsidiario o supletorio. Sagüés infra considera que si hay otra ruta procesal mejor que la del amparo para tutelar el derecho en juego, de acuerdo con las particularidades de la litis, habrá que seguirla, en vez del amparo. El amparo no es así una vía alternativa pues no le es dado elegir al titular de la pretensión jurídica si existe otro procedimiento objetivamente más idóneo como medio judicial para lograr el amparo del derecho conculcado, de modo más expedito y rápido, con lo cual el amparo continúa siendo un acceso supletorio a la jurisdicción. Solamente podría considerársele alternativo a elección del accionante si existiese otra vía igual.

La acción de amparo se propone ante un hecho lesivo proveniente de la acción u omisión de autoridades públicas o de particulares. La acción así diseñada en la reforma constitucional aventaja a la ley 16.986 que la declaraba admisible solamente contra los actos u omisiones de las autoridades públicas. En un alcance limitado a la jurisdicción nacional el Código de Procedimientos en lo Civil y Comercial de la Nación, ampliaba ya el alcance del amparo contra un acto u omisión de un particular enunciados limitados de la ley 16.986, referidos a la autoridad (art. 321, inc. 2º). Con la reforma pierden trascendencia los pública, y del artículo 321, inciso 2º, referidos a su vez a los actos de particulares, pues todas las jurisdicciones, ya sean nacionales o provinciales deberán ahora adecuarse a la Constitución reformada y atribuirle el amplio alcance que enuncia el nuevo artículo 43.

los actos impugnados en la acción de amparo deben ser de arbitrariedad o ilegalidad manifiesta o palmaria, es decir que esa calificación resulta de los actos mismos y no requieren una complicada demostración que desvirtuarían el carácter expedito y rápido del remedio procesal. La idoneidad de esta acción comparativamente con otras como la acción ordinaria, radicaría entonces en su simplificada sustanciación aunque va de suyo que la acción ordinaria es más apropiada, aun dentro de la complejidad del trámite, para allegar al proceso los elementos cabalmente demostrativos de la lesión constitucional.

Igualmente integra el concepto de acción rápida y expedita, la circunstancia de que los actos contra los cuales se puede interponer el amparo deben estar causando la lesión, restricción o alteración del derecho en forma actual, o constituir una amenaza cierta de un peligro inminente a la integridad de esos derechos.

La cobertura del amparo es también ahora más amplia en el sentido de que los derechos protegidos no son solamente los explícita o implícitamente reconocidos en la Constitución, sino también aquellos derechos de raigambre constitucional emergentes de un tratado o de una ley. La base constitucional que deben tener los derechos conculcados por los actos de

autoridades públicas o de particulares, es de suma importancia porque la vía del amparo es excepcional y no se justificaría que el titular de cualquier derecho subjetivo elija el procedimiento sumarísimo del amparo para obtener el reconocimiento de otro derecho que, aunque emerja de un tratado o una ley, no se sustente en una garantía constitucional directamente operativa.

El artículo 43 de la Constitución reformada establece que en el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funda el acto u omisión lesiva. Esta disposición acuerda mayor elasticidad y consiguientemente mayor amplitud al amparo, que la ley 16.986 que no la admitía si para declarar la invalidez del acto objetado hubiese sido necesaria la declaración de inconstitucionalidad de leyes, decretos u ordenanzas (art. 2º, inc. d], de la ley citada).

d) Legitimación procesal activa

Otra cuestión de gran importancia para la aplicación de la acción de amparo, es lo relativo a las personas que tienen legitimación activa ad processum para tener acceso a la jurisdicción en ejercicio de dicha acción.

Clásicamente la doctrina diferencia entre la legitimación procesal ad processum que se refiere a la capacidad para estar en juicio, de la legitimación procesal ad causam que constituye un elemento sustancial para la debida implementación de la relación que se trava entre las partes.

Mientras la primera se vincula con la representatividad del interés que moviliza el proceso, a fin de lograr una sentencia de mérito sobre la pretensión deducida que implique en sus efectos a los contradictores necesarios, la segunda, por su parte, se refiere a la especial naturaleza del interés cuya titularidad se invoca en la órbita de los derechos sustanciales.

El artículo 43 de la Constitución reformada se refiere, en primer lugar, a la calidad sustancial de los derechos que se pretende amparar en el ejercicio de la acción (legitimación ad causam) y ellos son: los que se oponen a cualquier forma de discriminación, los que protegen el ambiente y la competencia, así como los derechos de incidencia colectiva en general. En este aspecto, la reforma llena un vacío cuyo mantenimiento marcaba un notable retraso jurídico al no amparar o tutelar los "intereses difusos", como los que ahora enuncia la norma constitucional.

El segundo párrafo del artículo 43 estatuye dos casos peculiares de legitimación activa y en lo que respecta a otras situaciones, rigen las normas regulares de la ley 16.986. Ahora se regula constitucionalmente la legitimación para promover amparo en estos dos temas: a) discriminación, b) derechos que protegen el ambiente, la competencia, el usuario y consumidor, e intereses difusos (derechos de incidencia colectiva en general).

Para estas situaciones que acabamos de mencionar la Constitución reformada da legitimación procesal activa, como expresa el segundo párrafo del artículo 43 a los tres sujetos que menciona: el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización.

Según Gozáni (en el trabajo que hemos citado en la precedente nota 21), el artículo 43, distingue en la procedencia del amparo, las tres categorías de individuos que pueden reclamar ante el acto ilegítimo, la agresión discriminatoria, la protección del consumidor, la defensa al medio ambiente sano y ecológica mente equilibrado, o los de incidencia colectiva en general. Ellos son los sujetos que hemos citado en el párrafo anterior y agrega,

"cada uno representaría las defensas del derecho subjetivo, el interés difuso y los intereses legítimos respectivamente".

Nos parece equivocado este criterio que atribuye al "afectado" la defensa del derecho subjetivo, al "defensor del pueblo el interés difuso y a las "asociaciones registradas" el interés legítimo.

Nosotros vamos a analizar separadamente estas tres clases de sujetos legitimados. En primer término nos ocuparemos de "el afectado", que es la figura que representa aristas menos de finidas y se presta a las más disímiles interpretaciones. Como dice Sagüés en su trabajo antes citado, "ésta es una palabra indulgente que puede abarcar tanto a quienes tengan derecho subjetivo, interés legítimo o interés simple". Este autor coincide con Morello en el sentido de que el artículo 5° de la ley 16.986 cuando se refiere al "afectado", cubre con tal palabra la legitimación para amparar "intereses difusos".

Trataremos de lograr una interpretación coherente y a la vez lo suficientemente plástica para abrir la instancia judicial a la defensa de los "intereses difusos" o sea a aquellos de "incidencia colectiva general", mediante el ejercicio de una suerte de acción popular, no en cabeza de "cualquier persona o de "todo habitante" sino que solamente la pueda ejercer quien acredite un mínimo interés "razonable y suficiente" para constituirse en defensor de aquellos derechos de incidencia general o supraindividuales.

Es verdad que el empleo del término "afectado" abre interrogantes sustanciales en cuanto a su extensión. Es así que a la clasificación tripartita clásica del derecho público argentino: derecho subjetivo, interés legítimo e interés simple, se incorpora un concepto novedoso: el de "afectado".

En los litigios ambientales, dice Juan Rodrigo Walsh, el Derecho anglosajón reconoce legitimación a cualquiera que acredite "interés suficiente", realizando una interpretación amplia de la misma. Coincidimos con esta idea del "interés razonable y suficiente" que hemos expuesto antes. Esta calificación que hacemos del interés que pueda mover la acción por parte de cualquier persona que se considere "afectada" permite a los jueces hacer una interpretación amplia de aquel concepto, admitiendo la legitimación procesal en defensa de intereses colectivos como sería el supuesto de la preservación del ambiente.

El artículo 43 comienza en su texto expresando: "Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley...".

Lo sustancial de la norma constitucional en la primera parte es la caracterización de la acción de amparo, como un medio expedito y rápido de acceso a la justicia, determinando su condición subsidiaria así como los actos contra los cuales se puede ejercer.

En lo concerniente a la legitimación procesal en general, menciona a "toda persona" cuando se trata de la defensa "de derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley". Luego en la segunda parte, se refiere a la legitimación procesal en un ámbito más específico: a) discriminación, b) derechos que protegen al ambiente, la competencia, al usuario y consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, aludiendo obviamente a los intereses difusos entre los cuales se encuentran los que enuncia el artículo.

Cuando en la primera parte acuerda legitimación procesal a "toda persona", está muy lejos de admitir una "acción popular" que por su alcance impreciso hubiera requerido una referencia expresa a ella y a la invocación de un presunto interés público indeterminado.

Tampoco estaría admitiendo lo que en el derecho norteamericano se denomina "acción de clase" pues debió ser más precisa mencionando la defensa de intereses compartidos dentro de una clase o un grupo.

Creemos que la acción de amparo que se concede aquí a "toda persona" para la defensa de derechos y garantías constitucionales o de igual rango, se refiere a toda persona que sufriese la lesión de un interés legítimo particular o personal por el ataque a un bien jurídico patrimonial o extrapatrimonial que goce de protección constitucional. En este caso la persona que ejerce la acción de amparo, pone en acción un derecho subjetivo que el ordenamiento jurídico le confiere a su titular mediante un poder de actuación en beneficio directo y exclusivo de él. Así quien se vea agredido en su derecho personalísimo a la calidad de vida del cual es titular, como consecuencia del derecho de incidencia colectiva que constituye el "interés difuso" a gozar de un "ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano..." (art. 41, 1ra. parte, Const. Nac.), tiene la acción rápida y expedita que le confiere el derecho subjetivo para actuar contra la autoridad pública o el particular a fin de obtener que la justicia disponga las medidas urgentes que conduzcan al cese de la agresión.

Distinta es la legitimación procesal que la segunda parte del artículo 43 reconoce contra: "cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente ... así como a los derechos de incidencia colectiva en general". Es evidente que en estos enunciados no están contemplados agresiones o daños de carácter personal o particular, sino que se está aludiendo a derechos supraindividuales de incidencia colectiva, que no son otros que los llamados "intereses difusos".

Para estos casos, la segunda parte del artículo 43 reconoce legitimación procesal: a) al afectado; h) al defensor del pueblo; c) a las asociaciones que propendan a esos fines registradas conforme a la ley.

a) EL afectado: Obviamente el "afectado" no es el titular de un derecho subjetivo que, como hemos visto, goza de legitimación por la primera parte del artículo 43, cuando es agredido en su derecho personalísimo a la calidad de vida.

El denominado "afectado" es otro sujeto a quien le interesa supuestamente la tutela del ambiente. Sin embargo, el impacto negativo y destructivo que sufre el ambiente por la contaminación de sus elementos abióticos (suelo, agua y aire), o la destrucción de la diversidad de las especies vivas, los ecosistemas, los procesos ecológicos, el marco de vida, el paisaje y todo lo que conforma el patrimonio ambiental, así como el uso irracional de los recursos naturales, tienen una incidencia colectiva en general, pero no tienen una afectación individual y particularizada como para legitimar a alguna persona por su condición de "afectado".

¿Cuál es entonces el alcance de la afectación en relación a ese sujeto legitimado para ejercer la acción de amparo, en defensa de intereses supraindividuales de incidencia colectiva general?

Notoriamente el "afectado" no es entonces el titular de un derecho subjetivo cuya legitimación resulta con obvia de la primera parte del artículo 43 cuando menciona que "toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo", como lo acabamos de expresar. Entonces volvemos al concepto de "afectado" vinculándolo con cualquier persona que acredite "interés razonable y suficiente" en la defensa de aquellos intereses colectivos que por ello mismo son supraindividuales.

La cuestión radica desde este momento en establecer cuándo existe ese interés razonable y suficiente en quien ejerce la pretensión accionaria del amparo. En este sentido nos parece

que no bastaría que éste adujera que tiene esa clase de interés movido por un impulso íntimo, que lo lleva por espíritu de solidaridad humana a la defensa de bienes comunes y coparticipables. No resulta convincente para mover el aparato judicial mediante un instrumento procedimental de excepción, la apreciación meramente subjetiva de quien pretende el amparo.

En consecuencia, corresponderá a los jueces en cada caso hacer una evaluación de las circunstancias que invoca el accionante, para determinar objetivamente, esto es, en abstracto, el alcance o afectación que potencialmente tendría el acto impugnado en relación a una persona de sensibilidad normal en las circunstancias y bajo las condiciones en que actúe quien requiere el amparo. El criterio que debe decidir al juez debe hallarse imbuido de la razonabilidad y suficiencia de la invocada afectación personal que el acto de una autoridad pública o de un particular pueda tener a su respecto, habida cuenta de que el acto impugnado debe atacar los derechos que protegen el ambiente con una incidencia colectiva general.

A este respecto es sumamente importante el análisis del primer fallo dictado por nuestros tribunales, sobre el tema de la legitimación procesal en la acción de amparo deducida en defensa del Derecho Ambiental, después de la reforma constitucional de 1994.

La doctrina del Tribunal respecto a la legitimación procesal del accionante se resume en los siguientes términos: "De conformidad con los artículos 41 y 43 de la Constitución Nacional posee legitimación activa quien, en su condición de vecino de una localidad promueve acción de amparo para que se decrete nulidad del concurso público convocado para la selección de proyectos de inversión, instalación y operación de plantas de tratamiento de residuos peligrosos".

La Cámara Federal al rechazar los argumentos de la apelante vinculados con la falta de legitimación del actor, expresa que esos argumentos podían ser sostenibles antes de la reforma constitucional, pero ahora dispone en el artículo 43 que cuando se trata de la protección de los derechos relativos al ambiente la acción podrá ser interpuesta por el afectado. Agrega el Tribunal que esta condición se encuentra debidamente cumplida con el interés personal y directo que, en el caso, ostenta el actor. Circunstancialmente se menciona antes de esta afirmación que "su calidad de vecino de la provincia de Buenos Aires, no fue negada en la contestación de la demanda por lo cual se tiene por acreditado".

Este fallo, en el punto que estamos considerando, merece una severa crítica: a) En primer lugar porque el carácter de "afectado" resultaría cumplido "con el interés personal y directo que, en el caso, ostenta el actor según se afirma en el fallo" Ese interés es el resultado de la mera invocación que el Tribunal acepta lisa y llanamente, haciendo mérito absoluto de una valoración subjetiva, que abre la amplia posibilidad de que cualquier sujeto, invocando un interés personal y directo, quede legitimado para recurrir al amparo contra todo acto de autoridad pública o particular que reúna las demás condiciones que exige la ley. b) En segundo lugar porque aunque con mucha benevolencia, pueda asociarse en el fallo, el interés personal y directo del accionante con su calidad de vecino de la provincia de Buenos Aires, tampoco deberá haberse admitido su legitimación. Si bien es cierto que su condición de supuesto afectado estaría entonces vinculada con elementos objetivos relacionados con el lugar geográfico de su residencia habitual, la idea de vecino o vecindad se asocia a la de proximidad convivencial. En relación a la afectación que podría alcanzarle el impacto ambiental perjudicial por contaminación, originado eventualmente en una planta de tratamiento de residuos peligrosos, no basta su condición de vecino de la provincia de Buenos Aires, o sea de habitante dentro de los límites jurisdiccionales políticos de ella. Su

carácter de afectado, solamente puede entenderse si su vecindad con la futura planta de tratamiento de residuos peligrosos significa una radicación o localización espacial que tuviere para él, el riesgo de una acción contaminante emergente de la planta de tratamiento de residuos peligrosos.

Va de suyo que aunque fuere vecino o residente dentro de los límites políticos de la provincia de Buenos Aires, si su radicación espacial se halla lejos del alcance de la acción nociva de los efectos contaminantes de la planta, no puede objetivamente considerarse afectado, y, por lo tanto, carece de la legitimación procesal que la Constitución confiere a quienes de tal manera designa.

Comentando este fallo, se ha dicho, "el actor ni siquiera tuvo que demostrar que se resentiría su derecho constitucional a vivir en un ambiente sano por la instalación de una planta de tratamiento en su jurisdicción municipal, ni que vive en las cercanías físicas de la futura planta, o que utilice las napas de agua que podrían llegar a estar afectadas por la planta de tratamiento a ser instalada. La distancia que separa la mera vecindad en el Partido de la real afectación por una futura obra que aún no tiene siquiera localización precisa, ha sido reducida a cero mediante esta novedosa alquimia jurídica".

b) El defensor del pueblo: Como se ha expresado, el artículo 43 también legitima para interponer la acción de amparo al defensor del pueblo. Complemento de esta disposición es el artículo 86 donde se menciona que: "Su misión es la defensa y protección de los derechos humanos y demás derechos, garantías e intereses tutelados en esta Constitución y las leyes, ante hechos, actos u omisiones de la administración; y el control del ejercicio de las funciones administrativas públicas. El Defensor del Pueblo tiene legitimación procesal...".

Este es un caso de apoderamiento legal de instancias públicas, al cual nos referimos en el Capítulo V, 5.4-a). Se trata de un "órgano independiente instituido en el ámbito del Congreso de la Nación, que actuará con plena autonomía funcional, sin recibir instrucciones de ninguna autoridad" (art. 86, Const. Nac.)

La legitimación procesal que la nueva norma constitucional otorga al defensor del pueblo es representativa de los derechos de incidencia colectiva, esto es de los "intereses difusos", de tal forma que es un mandato preventivo en defensa de los derechos supraindividuales, siendo lo fundamental en el reconocimiento de su personería la importancia común de los valores que defiende.

Esta disposición constitucional amplía la órbita de la competencia del defensor del pueblo en punto a su legitimación

La ley 24.284/93 establece en el artículo 1º que: "el objetivo fundamental de esta institución es el de proteger los derechos e intereses de los individuos y la comunidad frente a los actos hechos y omisiones de la administración pública nacional, que se mencionan en el artículo 14". En este último artículo se incluyen "aquellos actos capaces de afectar los intereses difusos o colectivos".

Sin embargo esta ley nacional dictada el 1º de diciembre de 1993, o sea antes de aprobarse la reforma constitucional, no menciona los actos u omisiones de particulares, como lo hace el nuevo texto del artículo 43, que de este modo amplía la competencia del defensor del pueblo, mediante esta norma de jerarquía constitucional y, por lo tanto superior a la ley, cuya aplicación opera de inmediato. Aunque la parte final del citado artículo dispone que la organización y funcionamiento de esta institución serán regulados por una ley especial, obviamente la ley nacional que ha creado la Defensoría del Pueblo con anterioridad al mandato constitucional, sigue teniendo plena vigencia.

c) Asociaciones registradas: También tienen legitimación procesal "las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización", de acuerdo a lo que dispone el segundo apartado del artículo 43. Los fines son los enunciados precedentemente en el mismo artículo, o sea "contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente (a la competencia, al usuario y al consumidor) así como a los derechos de incidencia colectiva en general".

Es decir que esas asociaciones en las condiciones que la ley establezca tienen legitimación procesal representativa de intereses difusos en lo concerniente a la defensa del ambiente, que constituye el tema de este tratamiento. Este grupo de sujetos legalmente legitimados es aquél al cual nos hemos referido como "asociaciones calificadas" (Cap. V, 5.4, D).

Respecto a las exigencias de la registración de estas asociaciones habrá que contemplar las situaciones específicas; si existe regulación legal sobre el punto, la asociación tendrá que someterse a ella e inscribirse según la norma en vigor. Si no hay tal regulación, habrá que esperarla para que la entidad adquiriera legitimación, ya que el nuevo texto constitucional refiere a las asociaciones "registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su registración".

Esto último puede provocar el decaimiento de la legitimación procesal de algunas organizaciones que antes de la reforma estaban potenciadas para actuar, y ahora no, de no existir regulación sobre la organización y registro.

e) Medidas cautelares

Dado que los actos contra los cuales se puede interponer el amparo deben estar causando en forma actual lesión, restricción o alteración del derecho cuya protección judicial se reclama o constituir amenaza cierta de un peligro inminente a la integridad de esos derechos, es procedente que a solicitud de parte, el juez decrete las medidas cautelares que sean pertinentes, en la oportunidad y bajo los requisitos y condiciones que determina el Código Procesal. Es oportuna en tales casos la prohibición de innovar que los jueces pueden decretar en toda clase de juicio (art. 230, C.P.C.C.N.) siempre que: 1º) El derecho sea verosímil.

2º) Existiere el peligro de que si se mantuviera o alterara, en su caso, la situación de hecho o de derecho, la modificación pudiera influir en la sentencia o convirtiera su ejecución en ineficaz o imposible. 3º) La cautela no pudiere obtenerse por medio de otra medida precautoria.

f) Efectos de la sentencia

La reforma constitucional ha dejado sin efecto la limitación que ponía al amparo el inciso d) del artículo 2º de la ley 16986 al declararlo inadmisibles cuando la determinación de la eventual invalidez del acto requiriese la declaración de inconstitucionalidad de leyes, decretos u ordenanzas. Resulta del último párrafo de la parte primera del artículo 43 que: "En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto o la omisión lesiva".

Desde luego que tal declaración de inconstitucionalidad permitirá el acceso al amparo pretendido, pero de acuerdo con nuestro sistema constitucional, su alcance queda limitado a la causa en que se resuelve.

La sentencia que admita la acción deberá contener: a) La mención concreta de la autoridad o del particular contra cuya resolución, acto u omisión se concede el amparo. b) La determinación precisa de la conducta a cumplir, con las especificaciones necesarias para su debida ejecución. c) El plazo para el cumplimiento de lo resuelto. Estos efectos resultan de lo dispuesto en la ley 16.986, ampliada en sus alcances a los actos de particulares como lo dispone el nuevo artículo 43 de la Constitución reformada.

La sentencia firme declarativa de la existencia o inexistencia de la lesión, restricción o alteración o amenaza arbitraria o manifiestamente ilegal de un derecho o garantía constitucional hace cosa juzgada respecto del amparo, dejando subsistente el ejercicio de las acciones o recursos que puedan corresponder a las partes, con independencia del amparo.

La ejecutoriedad que emana de la sentencia permitirá realizar el cumplimiento forzado de la sentencia. Si se tratare de un acto podrá hacer suspender la ejecución o destruir lo hecho anular el acto jurídico invalidando el instrumento, ya se trate de una norma legislativa, decreto u ordenanza, su protocolización o registro. Si el acto lesivo fuere una omisión de la autoridad pública o de un particular, mandará ejecutar el acto omitido mediante todas las medidas de compulsión que la ley autorice y particularmente las "astreintes" que parecen las más adecuadas a la índole de la inexecución.

g) Obligación de recomponer

El artículo 41 de la Constitución reformada después de declarar 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", agrega "y tienen el deber de preservarlo". Seguidamente dice: "El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley".

Este último enunciado determina cuál es la sanción que corresponde aplicar a quien viola el deber de preservar el ambiente dañándolo. No se refiere al daño privado que se pueda ocasionar a un particular como consecuencia de la contaminación ambiental, sino al daño que se ocasiona al ambiente por el impacto que sobre él produzca la actividad humana que infrinja el deber legal de preservarlo.

Cualquiera sea la vía jurisdiccional utilizada por quienes están legitimados para obtener la tutela judicial del ambiente, el pronunciamiento que se dicte por el juez debe ordenar prioritariamente la obligación de recomponer el daño como sanción a cargo del infractor que resulte responsable.

El daño ambiental no es un concepto que pueda enunciarse en abstracto, de allí que sobre relevancia la disposición constitucional que somete el enunciado a la forma como lo establezca la ley.

"¿Cuál es el contenido de la obligación de recomponer?", se pregunta Natale, quien participó como convencional en la Convención reformadora y en la redacción de los artículos sobre la tutela ambiental. A continuación expresa: "Entramos aquí en un territorio de disímiles connotaciones. El principio legal es que siempre el daño (me refiero a cualquier clase de daño, no sólo ambiental) debe ser recompuesto. El Código Civil establece la obligación de repararlo, a cargo de quien lo ha causado. Recomponer y reparar son sinónimos". Si de acuerdo a la ley civil el daño debe ser reparado, vuelve a preguntarse el convencional Natale: "¿En qué innova la Constitución cuando establece que el daño

ambiental debe ser recompuesto? En nada o en mucho" -continúa expresando el convencional-. "Si se afirma el concepto tradicional de reparación del daño, no se hace otra cosa que reiterar un principio general de derecho. Si, por el contrario, se entiende la norma en el sentido prohibitivo de la realización de un daño ambiental, podría entenderse que se está impidiendo todo daño al ambiente. Entonces ¿no se podría cavar una zanja para instalar una cañería de agua corriente, o no se podría desmontar un bosque de arbustos para sembrar trigo o maíz? La respuesta debe ser afirmativa: se puede cavar la zanja o desmontar el bosque".

Creemos que la obligación de recomponer no tiene, en la estructura lógica de la norma, el carácter de un deber de abstención (prohibición de un daño ambiental) que ya está expresado en el deber de preservar el ambiente como presupuesto de aquélla; la obligación de recomponer es la sanción que le viene impuesta a quien viola el presupuesto normativo (tatbestand o fattispecie).

En cuanto a los ejemplos dados de "cavar la zanja o "desmontar un bosque", no son necesariamente actos que atentan contra el deber de preservar el ambiente. Estos hechos deben ser valorados en función de las necesidades del desarrollo y el supuesto daño irreparable que se causa a la naturaleza.

La sanción impuesta prioritariamente consistente en "recomponer", según lo establece la ley, está afirmando un principio de reparación en especie o in natura que, como tal, parece ser el más apropiado para hacer desaparecer el daño volviendo las Cosas al mismo o igual estado en que se hallaban antes del acto lesivo. Por su rigurosa lógica (restablecer el statu quo ante) es, sin duda, el modo de satisfacer la vocación de justicia de quien padece el perjuicio recibiendo así una reparación inmediata, directa e integral, más adecuada, por otra parte al resarcimiento indirecto por vía de una indemnización dineraria.

El Código Civil alemán (BGB) dispone en el artículo 249: "Quien está obligado a la indemnización de daños ha de reponer el estado que existiera si la circunstancia que obliga a la indemnización no se hubiera producido". El artículo 257 del mismo Código dispone: "Siempre que la reposición no sea posible o no sea suficiente para la indemnización del acreedor, el obligado a la indemnización ha de indemnizar en dinero al acreedor".

Este precedente legislativo ha inspirado la reforma de nuestro Código Civil en el año 1968, adoptándose como nuevo texto del artículo 1083: "El resarcimiento de daños consistirá en la reposición de las cosas a su estado anterior, excepto si fuera imposible, en cuyo caso la indemnización se fijará en dinero. También podrá el damnificado optar por la indemnización en dinero".

Esta reparación natural es la más apropiada sobre todo si se trata del daño ambiental, pues el ambiente sano es un derecho humano que determina la calidad de vida del hombre garantizada por la Constitución Nacional. Por otra parte, el derecho al ambiente constituye uno de esos intereses supraindividuales por su incidencia colectiva. Su significación ecológica solamente recupera su valor mediante su recomposición, y no satisface colectivamente a todos los damnificados que padecen el impacto ambiental, que alguno o algunos de ellos reciban una indemnización pecuniaria como compensación por el daño particular de cada uno de ellos.

Desde luego que dada la naturaleza del daño ambiental que suele manifestarse diversamente como un interés difuso de alcances imprecisos, la norma constitucional defiere a la ley las circunstancias y condiciones en que ha de imponerse esta obligación de recomponer. Recomponer el ambiente puede significar en algunos casos volver a colocar las cosas en el lugar en que se hallaban. En otros casos, si se trata de la atmósfera o el agua

contaminados, la colocación adecuada de dispositivos contra la polución pueden rescatar su calidad, o por medio de la administración de elementos de compensación que prevalezcan sobre los nocivos purificándolos.

La obligación de recomponer es, sin duda, la sanción teóricamente más perfecta que se pueda imponer al responsable del deterioro ambiental, como acto de justicia a favor de la comunidad afectada. Sin embargo, serán muy pocos los casos que la legislación pueda contemplar, dadas su heterogeneidad y el carácter irreversible del daño que puede causar al medio natural.

Se hace referencia muchas veces en el Derecho Ambiental a la indemnización o a mecanismos de compensación. Esto no es otra cosa que una confesión del fracaso, pues lo que pretende ser el objeto de una indemnización o de una compensación de otro tipo ya sea en dinero o en especie, está, probablemente irremediadamente destruido o deteriorado. No se puede reemplazar un medio natural, un biotopo o una especie desaparecida. Se haría pagar al sujeto responsable de la polución, para la cual no existe restitución in integrum posible, algo que no restablece el statu quo ante, y ello es así porque esa modalidad de reparación se inspira directamente en los mecanismos resarcitorios del derecho de la responsabilidad civil, totalmente inapropiados en el daño ecológico.

C) Jurisprudencia actualizada sobre acción de amparo

10104: C.N.Civ., Sala A, 10-II-1993, "Orban, Alberto c/ Municipalidad de Buenos Aires". "El amparo, como proceso subsidiario y residual, sólo es procedente cuando es necesaria la reparación urgente del perjuicio o la cesación inmediata de los efectos del acto, y se de muestra la ineficiencia de las vías procesales, paralelas o previas ya existentes, debiendo considerarse comprendidas dentro del concepto correspondiente el agotamiento de los cauces previos al reclamo del trámite administrativo, específicamente reservado a la gestión de que se trate".

10106: C.N.Fed., Cont. Adm., Sala III, 1-VI-1993, "Cáceres, Genaro A. y otros c/ Instituto Nacional de Acción Cooperativa".

"El carácter excepcional de la acción de amparo excluye aquellas cuestiones en las que no surja con total nitidez la arbitrariedad o ilegalidad que se arguye y además en tanto dicha acción no está destinada a reemplazar los medios ordinarios instituidos para la solución de las controversias".

10109: C.N.Fed., Cont. Adm., Sala II, 12-IV-1994, "Monzón, Luis A. c/ Jefe del Estado Mayor Gral. del Ejército".

"La existencia de una vía legal apta para la protección de los derechos que se dicen lesionados excluye, en principio, la admisibilidad del amparo, ya que éste no altera el juego de las instituciones vigentes".

10111: C.N.Civ., Sala A, 10-11-1993, "Orban, Alberto c/ Municipalidad de Buenos Aires".

"La acción de amparo exige como presupuesto esencial de admisibilidad, que no existan recursos o remedios judiciales o administrativos apropiados para obtener la protección del derecho o garantía constitucional de que se trate, ya que un requisito primordial que constituye prácticamente la razón de ser del amparo, es el de la irreparabilidad del perjuicio invocado por los caminos procesales que la ley coloca al alcance del afectado".

10113: C.N.Fed., Cont. Adm., Sala II, 12-IV-1994, "Monzón, Luis A. c/ Jefe del Estado Mayor Gral. del Ejército".

"La acción de amparo es un proceso excepcional, utilizable sólo en las delicadas y extremas situaciones en las que por carencia de otras vías legales aptas pelagra, la salvaguarda de derechos fundamentales".

10114: C.N.Civ., Sala E, 17-VI-1994, "Luongo, Carlos c/Municipalidad de Buenos Aires".

"Aunque la ley no lo prevé expresamente, es viable el amparo no obstante que existan medios legales para obtener la tutela perseguida, si ellos no son idóneos para evitar daños graves, que se convertirían en irreparables".

10117: C.N.Fed., Cont. Adm., Sala II, 12-IV-1994, "Monzón, Luis A. c/Jefe del Estado Mayor Gral. del Ejército".

"Para la procedencia de la acción de amparo se requieren circunstancias de definida excepción, tipificadas por la presencia de arbitrariedad, irrazonabilidad e ilegalidad manifiestas que configuren, ante la ineficacia de los procesos ordinarios, la existencia de un daño concreto y grave, sólo reparable por esta vía urgente y expeditiva".

CAPÍTULO VI ADMINISTRACION PUBLICA Y TUTELA AMBIENTAL

6.1. ASPECTOS GENERALES CONCERNIENTES A LA REGULACIÓN ADMINISTRATIVA

Dado que la contaminación ambiental, sea del aire, el agua o el suelo, tiene actualmente por principal agente la actividad industrial y el transporte automotor en los países más desarrollados y en los que se hallan en vías de desarrollo, la autoridad pública, en ejercicio del poder de policía de salubridad, se halla en la necesidad de intervenir en la actividad privada vinculada al desarrollo, dictando normas básicas que la condicionan en su habilitación y control de funcionamiento con vistas a tutelar el ambiente.

En todos los países involucrados en las resoluciones y recomendaciones de los congresos y acuerdos internacionales sobre preservación del ambiente y uso racional de los recursos naturales, se ha ido generando un ordenamiento legal a partir del control administrativo de la instalación y funcionamiento de los establecimientos que procesan elementos primarios y secundarios para la elaboración de productos de uso o consumo humano.

Se advierte así que la responsabilidad puede ser concebida, como una responsabilidad de imputación correspondiente a una acción pasada de la cual se debe rendir cuenta, como una responsabilidad frente al futuro que engloba la noción de misión confiada. Esta doble dimensión de la responsabilidad, aparece particularmente pertinente para apreciar las relaciones a menudo conflictivas entre la empresa y el ambiente.

Las externalidades suscitadas por la empresa y más precisamente por las poluciones a largo plazo, evocan no solamente la responsabilidad presente de la empresa por su acción pasada, sino igualmente su responsabilidad ante generaciones futuras por su contribución al deterioro de los recursos comunes.

El conjunto de estas consideraciones incita a las empresas a una reflexión profunda sobre su responsabilidad y por consiguiente sobre su gestión, sus inversiones, y su organización en función precisamente de tomar en cuenta el ambiente. La auditoria del ambiente es el instrumento adecuado para ello.

6.2. AUDITORIA AMBIENTAL

La auditoria del ambiente tiene por objeto apreciar, en un momento dado, el impacto que toda o parte de la producción o de la existencia de una empresa es susceptible, directa o indirectamente, de generar sobre el ambiente. La auditoria del ambiente puede tener un objeto de alcance muy variable.

Puede limitarse su objeto al impacto de un producto o de una línea de producción. Puede tratarse de un análisis de riesgos presentados por ciertos productos o materias primas, o su producción susceptible de generar tal o cual desecho.

Antes de emprender una inversión que puede ser extremadamente importante, la empresa puede desear tener una imagen lo más precisa posible de las autorizaciones que sean necesarias, de las inversiones que ella tenga que realizar para proteger el medio, y de los riesgos que puede eventualmente crear una nueva línea de producción.

También puede tener por objeto analizar los efectos de un establecimiento industrial en un lugar determinado. La auditoria tomará en consideración la situación geográfica, económica, sociológica e hidrológica para apreciar las incidencias que el proyecto de implantación sería susceptible de generar en esos medios.

Finalmente, la auditoria ambiental podrá tener un objeto general, enfocando un análisis global del impacto ambiental que producirá el funcionamiento de un establecimiento en el lugar.

Los objetivos mencionados pueden ser reagrupados en seis categorías:

A) Auditoria de conformidad

Es el nivel "0" de la auditoria. Es en efecto, el punto de partida de toda auditoria; tiene sólo un objetivo "defensivo". Se trata para la empresa de asegurarse que las condiciones de su funcionamiento son conformes a las reglas en vigor.

Esta auditoria cuyo aspecto jurídico será más importante, buscará, por lo tanto, a nivel de la reglamentación de orden general aplicable (reglamentaciones legales y ordenanzas municipales), así como en relación a autorizaciones individuales que fuesen otorgadas a la empresa en carácter de autorizaciones para matriculación específica, si las condiciones de funcionamiento son regulares.

B) Auditoria con motivo de accidentes ambientales

Esta auditoria se centrará naturalmente sobre los problemas de responsabilidad civil o penal y tendrá por objeto determinar las causas del accidente ambiental sucedido y los medios de evitarlo.

C) Auditoria de riesgo ambiental

En el marco de un contrato de seguro, o en el marco más general de un análisis de los riesgos, es útil a una empresa conocer con precisión la extensión de los riesgos ambientales a que pueda hallarse expuesta, y, por vía de consecuencia, del riesgo jurídico y por lo tanto económico y financiero. A diferencia de la auditoria global del ambiente, el objetivo de la empresa en este caso, no es tanto modificar el sistema de producción o de su organización de manera de respetar la reglamentación o asegurar una mejor gestión de la empresa, sino

simplemente limitar los riesgos.

D) Auditoria de fusión o adquisición

Si una empresa desea fusionarse con otra o adquirir un establecimiento, debe conocer previamente si éste es susceptible de generar polución en el ambiente. La auditoria previa cumplirá esa función para aceptar o rechazar la operación.

E) Auditoria puntual

Corresponde distinguir dos grandes categorías de cuestiones a auditar: la auditoria de ambiente en relación a un determinado producto o línea de productos y, por otra parte, la auditoria ambiental concerniente a una implantación industrial determinada. Las soluciones aconsejadas por el auditor serán distintas en uno y otro caso.

F) Auditoria de gestión generalizada

En este caso la auditoria tiene más trascendencia que en los supuestos anteriores. Se trata, en efecto, de apreciar el impacto general sobre el ambiente que tendrá la empresa, es decir, de buscar tanto la externalización como la internalización de los costos ambientales, integrándolos en una presentación general o si serán deferidos a los problemas de responsabilidad. Esta auditoria debe permitir la elaboración de un balance ecológico de la empresa y la presentación de una información dirigida al público. Debe permitir la definición de una política de la empresa tomando en cuenta la totalidad de las referencias ambientales y especialmente las evoluciones futuras de contexto jurídico.

6.3. EVALUACIÓN DEL IMPACTO AMBIENTAL

Aunque la auditoria ambiental tiene por objeto el análisis de diversos aspectos del ambiente y sus distintos impactos en la actividad industrial o empresaria, no es, sin embargo, lo que en el medio ecológico se conoce como Evaluación o Estudio del Impacto Ambiental (E.I.A.).

La expresión "evaluación del impacto ambiental" constituye en castellano, como en otros idiomas, la versión literal de la denominación adoptada por la NEPA norteamericana para una nueva institución de control ambiental rápidamente consolidada, en esos medios, que se adopta posteriormente en muchos otros países, dando lugar a una copiosa bibliografía.

La legislación primero y la doctrina después se han preocupado por precisar lo que se entiende por este tipo de evaluación (E.I.A.). Es así que la mayoría de la doctrina define una E.I.A., como un proceso por el cual una acción que debe ser aprobada por una autoridad pública y que puede dar lugar a efectos colaterales significativos para el medio, se somete a una evaluación sistemática cuyos resultados son tenidos en cuenta por la autoridad competente para conceder o no su aprobación.

Se dice también que, en general, el estudio de impacto ambiental se puede considerar sobre todo como un procedimiento previo para la toma de decisiones. Sirve para registrar y valorar de manera sistemática y global todos los efectos potenciales de un proyecto con objeto de evitar desventajas para el medio ambiente.

6.4. DIFERENCIAS Y ANALOGÍAS ENTRE ESTUDIO DE IMPACTO Y AUDITORIA AMBIENTAL

A) Diferencias

a) El estudio de impacto es un requisito previo para la obtención de ciertas autorizaciones administrativas, y corresponden a algunas de las etapas de la vida de la empresa: instalación y modificaciones sustanciales. En cambio, él no es necesario en caso de recompra o transferencia de una sociedad, o de cambio de dirección, si las condiciones de funcionamiento no experimentan modificaciones.

Por su parte la auditoria ambiental no tiene relación con la vida administrativa de la empresa, en cuanto no tiene por objetivo obtener una autorización.

b) Por lo demás, el estudio de impacto está destinado a permitir la obtención de una autorización administrativa. La auditoria ambiental apunta a un objetivo diferente, puesto que se trata de producir un informe sobre la totalidad de los riesgos ambientales a que queda expuesta una empresa.

c) Finalmente, las formas y condiciones de la auditoria de ambiente y del estudio de impacto, son diferentes. Este último tiene un contenido reglamentario y constituye una obligación legal que no existe para una auditoria.

Los objetivos de ambos estudios son diferentes, lo cual significa por lo tanto, que sus campos de aplicación son totalmente distintos.

B) Analogías

Sin embargo, hay entre estos estudios cierta analogía.

a) Primero, el objeto de ambos es idéntico porque se trata de apreciar el impacto sobre el ambiente de una misma empresa.

b) Además el estudio de impacto al cual se habrá procedido antes de la puesta en servicio de una instalación matriculada, será provisto evidentemente como documento de trabajo al auditor. En sentido contrario, una auditoria de ambiente sobre una línea de producción o sobre la implantación en un nuevo lugar, podrá ser ventajosamente utilizada para la elaboración del estudio de impacto.

Más allá de las diferencias y analogías que señalamos entre auditoria ambiental y evaluación del impacto ambiental, debemos destacar que en definitiva una E.I.A., tiene el alcance y contenido que desee el legislador; se trata de una institución jurídica, por lo que habrá que estar a lo que el legislador determine al respecto.

A este respecto resulta sumamente ilustrativo lo que establece la Directiva 337/85 de la C.E.E., cuando dispone: "La evaluación del impacto ambiental identifica, descubre y evalúa de modo apropiado en función de cada caso particular y de acuerdo a los artículos 4º y 11, los efectos directos e indirectos de un proyecto sobre los factores siguientes:

- El hombre, la fauna y la flora.
- El suelo, el agua, el aire, el clima y el paisaje.
- La interacción entre los factores relacionados en apartado primero y segundo.
- Los bienes materiales y el patrimonio cultural.

Finalmente, la E.I.A. "es un procedimiento participativo para la ponderación anticipada de las consecuencias ambientales de una prevista decisión de derecho público".

La evaluación del impacto ambiental, tiene un énfasis preventivo. Siguiendo la estrategia

más confiada para la protección ambiental, trata de identificar los elementos de riesgo para eliminarlos, paliar su incidencia, o, en su caso, aconsejar el desistimiento de la pretensión de un nuevo implante industrial en el lugar. Este estudio de impacto produce consecuencias jurídicas específicas y constituye intrínsecamente un procedimiento de análisis de los resultados, ambientalmente anticipables, de una decisión contemplada, sin que deba confundirse con éste, ni sustituir la responsabilidad en cabeza de quien en definitiva habrá de pronunciarse.

Las técnicas aplicables están íntimamente relacionadas con las que sopesan los factores de coste-beneficio, que serán determinantes para el establecimiento de la nueva actividad en el lugar elegido.

6.5.EFECTOS DE LA EVALUACIÓN-E.I.A.

A) El marco legal de la tramitación.

La evaluación (E.I.A.) constituye un procedimiento administrativo que puede integrarse o, al menos, deberá ser tenido en cuenta en el procedimiento que conduce a la decisión final. Normalmente, la regulación se efectúa a partir de una norma específica con rango de ley, desarrollada por otras disposiciones de carácter reglamentario.

El procedimiento de la E.I.A. conforme a los esquemas generalmente aceptados (Canadá, Francia y España), contiene las siguientes fases:

- Comunicación al organismo encargado de la tramitación del expediente del proyecto que habrá de ser sometido a evaluación.
- Realización del estudio por el promotor.
- Admisión por la Administración del proyecto de análisis ambiental.
- Información pública de este último.
- Decisión final.

La autoridad administrativa dicta la decisión final o sea la declaración de impacto, que puede consistir: a) en un rechazo total del proyecto; b) en una postergación para suplir insuficiencias, y c) en una aprobación del proyecto considerado con "aptitud ambiental".

La declaración ambiental es recurrible por la vía administrativa o bien por la vía jurisdiccional, tanto por los titulares de proyectos denegados u observados, como también por otros sujetos individuales o colectivos beneficiados o perjudicados por una obra, bien directamente, bien indirectamente por asociaciones defensoras de la naturaleza, o por funcionarios legitimados para la defensa de intereses difusos.

B) Las responsabilidades subsecuentes a la aprobación de aptitud ambiental

La declaración aprobatoria de aptitud ambiental comporta el otorgamiento al petitioner de una constancia o "certificado ambiental", que acredita el cumplimiento de todas las reglamentaciones administrativas concernientes a la habilitación del establecimiento. Esto no significa que el propietario, o el establecimiento en sí mismo, obtenga un certificado de impunidad, respecto al daño ambiental que el funcionamiento de éste pueda ocasionar, aun cumpliendo con todas las normas reglamentarias para su instalación y posterior funcionamiento. El certificado de aptitud ambiental se otorga sin perjuicio de daños ocasionados a terceros por poluciones o contaminaciones de incidencia individual o

colectiva.

Las responsabilidades que puedan emerger por las consecuencias ecológicas después que la obra haya sido instalada sobre la base de un estudio de impacto, pueden ser:

a) Responsabilidad privada del titular

Frente a terceros, si un daño sobreviene ulteriormente del hecho del funcionamiento del establecimiento, produciendo consecuencias ecológicas no previstas en el estudio de impacto, el dueño compromete su responsabilidad en los términos del derecho común, cualquiera fuere el contenido del estudio de impacto. Las previsiones de este último no liberan en ningún caso al dueño de su responsabilidad futura.

Tampoco podrá el titular del establecimiento para eximirse de su responsabilidad invocar la prioridad en el uso del lugar, respecto de aquellos damnificados que se hubiesen radicado en el lugar con posterioridad a la implantación del establecimiento "poluante".

Frente a la autoridad administrativa que aprobó el estudio de impacto, solamente puede admitirse su responsabilidad probándose la culpa o el dolo del funcionario interviniente, pero aun puede admitirse una responsabilidad objetiva de la autoridad pública por falta de servicio.

b) Responsabilidad del redactor del estudio de impacto

Cuando el peticionante da intervención a terceros para redactar en parte o la totalidad el estudio de impacto, este tercero no puede ser responsable del contenido del estudio más que frente a su comitente, como en cualquier contrato de investigación. Ni la administración ni los particulares podrían accionar contra el redactor del estudio de impacto, pues éste es presentado por el peticionante o el dueño de la obra bajo su propia responsabilidad.

c) Responsabilidad de la administración pública

En las condiciones del derecho común de la responsabilidad administrativa, el Estado puede ver comprometida su responsabilidad por culpa en el ejercicio de su control técnico, si la autorización acordada a un peticionante es anulada a causa del contenido irregular del estudio de impacto. Sería necesario aun la prueba de un perjuicio sufrido por la víctima, que puede ser el peticionario mismo o un tercero.

6.6. LA INFORMACIÓN PÚBLICA

Hemos visto al tratar el marco legal de la tramitación de la evaluación del impacto ambiental (E.I.A.) en el ámbito de la autoridad administrativa, que antes de adoptar ésta la decisión final debe someter el estudio de análisis ambiental a la información pública. Este aspecto de la tramitación de la evaluación ambiental es parte del concepto más amplio referido al derecho general a obtener información de la administración sobre las cuestiones ecológicas que sean de su incumbencia.

El derecho que enunciamos se refiere a la habilitación legal ciudadana para conseguir que la administración comunique o facilite a cualquier persona que manifieste su interés, las informaciones de que dispone en sus registros y archivos, compartiendo con ellos, con

ciertas limitaciones, sus disponibilidades y datos.

La institucionalización de este derecho supone la previa adopción del principio de transparencia en el obrar administrativo, la paulatina eliminación de los secretos públicos hasta los límites en que ello sea posible y la apertura hacia los controles indirectos de la administración por los administrados.

Este derecho se inscribe en un marco más amplio que comprende otros instrumentos de supervisión del ejercicio de potestades públicas como es la libertad de prensa, la derogación de la censura y la libre transmisión de noticias, comunicaciones, ideas y opiniones, por lo que no puede extrañar que su nacimiento venga auspiciado por el magno movimiento que ha servido de sustento a las declaraciones de derechos humanos reconocidos como la base fundamental de las instituciones de los modernos Estados de Derecho.

los mecanismos de información pública, tienen por finalidad implicar activamente a los ciudadanos en defensa de los intereses comunes cuya gestión incumbe a la administración pública, dando a aquellos una dimensión participativa, fundamentalmente cuando se trata de la tutela del ambiente que es el medio común en el que se desenvuelve la existencia de la humanidad.

La protección del ambiente aunque sea un deber del Estado es ante todo un deber de los ciudadanos. "Es el deber de cada uno de velar por la salvaguardia del patrimonio natural en el cual vive. Para que este deber se cumpla verdaderamente, los ciudadanos deben, directamente o por intermedio de sus agrupamientos de interés, estar en condiciones de ser informados y de participar en las decisiones que puedan ejercer influencia sobre el ambiente. Esta participación es el mayor aporte para la conservación del medio como protección de los derechos del hombre: por su doble aspecto que aporta a la vez derechos y deberes a los individuos, el Derecho Ambiental transforma totalmente la circunstancia en la cual los ciudadanos pasan de un estado pasivo de beneficiarios a una activa participación en la gestión de toda la colectividad".

6.7. EL CONTROL OPERATIVO EJERCIDO POR LA AUTORIDAD ADMINISTRATIVA

A) Las modulaciones de la autorización o declaración de aptitud ambiental

La autorización o declaración de aptitud ambiental es el medio preventivo más adecuado para condicionar el funcionamiento de una actividad industrial, con la relativa seguridad de no impactar el ambiente con factores contaminantes que pongan en peligro la calidad de vida de las personas que convivan en el mismo medio en que se desarrolla aquello.

El problema resulta más complicado si lo que se pretende es adaptar, sin que medie compensaciones económicas, las industrias ya existentes y las actividades en marcha a las condiciones más exigentes de nuevas regulaciones que hayan de dictarse en función de nuevas tecnologías de producción o de la modificación de las condiciones ambientales. Las soluciones innovadoras pueden ser:

a) El establecimiento de estándares

La fijación de niveles máximos de vertidos aparece como una posibilidad, así el Derecho Ambiental va a expandir el campo de aplicación de estas medidas flexibilizando su manejo

al relacionar actividades aisladas con umbrales generales de permisibilidad, en función de la capacidad de absorción del medio receptor y de los techos de tolerancia establecidos. Aparece así la determinación de límites máximos de vertidos para cada actividad en función de los distintos componentes transmitidos y a la vez el establecimiento de estándares en cuanto a la inmisión resultante de vertidos aislados. Circunstancias temporales o especiales, que reflejan a su vez los índices de contaminación, determinan, bien con carácter ordinario, bien con carácter extraordinario, límites admisibles más estrictos para los vertidos individuales.

La determinación de estos umbrales encaja perfectamente con la comprensión de la licencia como acto-condición que encadena la actividad autorizada al complejo dinámico en que se inserta.

La fijación de estándares y su acomodación sectorial o territorial aclimata las técnicas de la licencia a los imperativos del equilibrio ambiental. Una comprensión estática de la licencia que concede derechos inmutables o no modificables es incompatible con la propia esencia de los procesos ambientales.

b) Regulación de las características de las materias primas

Así como los estándares afectan en su conjunto a todas las actividades eventuales que puedan ocasionar disfunciones ambientales, este tipo de regulación se dirige a los factores empleados en la actividad y, concretamente, a los materiales utilizados, como es el caso de determinadas materias primas sobre las que opera el proceso de transformación y sobre todo los combustibles. Los más eficaces resultados obtenidos hasta ahora en la lucha contra la contaminación atmosférica, han sido conseguidos por estas vías indirectas, especificándose los límites admisibles o prohibiendo directamente la utilización de determinados recursos energéticos.

c) Homologaciones

Otra medida ampliamente aplicada con fines de defensa ambiental consiste en la previa comprobación por la administración de las características de ciertos procesos o dispositivos que pueden impedir emisiones no deseables. Ante la imposibilidad de contrastar caso por caso y unidad por unidad si los equipos en cuestión son admisibles en términos de defensa del medio, se procede por la administración, en primer lugar, a la determinación de los requisitos que deben cumplir, y a continuación se comprueba si los prototipos autorizados corresponden a los componentes que son objeto de fabricación en serie. El prototipo autorizado queda así homologado y es provisto de una marca identificatoria que se incorpora al mismo.

d) Imposición de niveles tecnológicos

Fuera de las hipótesis de defensa ambiental que hemos enunciado, la administración pública puede llegar a imponer que en las actividades por ella controladas se emplee la mejor tecnología existente en el momento. Esta decisión sirve de estímulo para el desarrollo científico y tecnológico en busca del perfeccionamiento de los sistemas y los objetivos.

B) Las sanciones por incumplimiento de las normas de tutela ambiental

a) Medidas represivas

El incumplimiento de las normas ambientales y de las disposiciones de la autoridad de aplicación llevan en todos los ordenamientos a la aplicación de sanciones administrativas o penales.

Las sanciones administrativas pueden consistir en multas, suspensión de actividades y clausura temporaria o definitiva de funcionamiento. Las sanciones penales que pueden ser pecuniarias o de privación de la libertad por aplicación del derecho común, corresponde a los tribunales con jurisdicción local, a menos que el delito ambiental constituya un delito federal.

b) Medidas disuasorias

Las sanciones administrativas o penales de carácter represivo, tienen indirectamente un carácter ejemplar o disuasorio. Sin embargo, dentro de la órbita de la administración pública, existen sanciones que persiguen un fin disuasorio independientemente de toda idea de represión. Ellos son arbitrios dinerarios de carácter no fiscal que generalmente se les denomina tasas y persiguen un doble fin: lograr el acatamiento de cierta disciplina social, por una parte, y allegar con ese gravamen singular recursos a un fondo común para el mejoramiento social, como sucede en Holanda.

c) Medidas compensatorias

Estas medidas pueden perseguir dos tipos de objetivos de carácter preventivo y de naturaleza reparadora. Al primer orden de medidas responden las tasas de vertidos y otros tributos o recargos fiscales de carácter finalista, destinados a financiar instalaciones que eliminen o atenúen la contaminación.

En cuanto a las medidas de carácter reparador tratan de hacer efectivo el principio de justa redistribución de costos, compensando a las víctimas de la contaminación por los daños sufridos, como sucede, por ejemplo, con las tasas impuestas a los usuarios de aeropuertos, aplicadas a sufragar parcialmente los gastos de insonorización de las viviendas contiguas.

C) las medidas estimuladoras de la protección ambiental.

Estas medidas consisten en tratamientos fiscales favorecedores para las empresas que adopten dispositivos anticontaminantes, en préstamos en mejores condiciones que las que operan en el mercado financiero o en subvenciones a fondos perdidos.

También existen instrumentos económicos que utilizan los mecanismos del mercado, incidiendo en los costes y ventajas de las diferentes líneas de conducta de los agentes económicos, teniendo, por lo tanto, cierta influencia sobre los comportamientos en un sentido favorable para el medio ambiente. Estos instrumentos económicos pueden ser:

- Tasas o impuestos medioambientales diferenciales.
- Permisos oficiales de emisión de valores negociables.
- Sistemas de cauciones y reembolsos.
- Ayudas financieras.
- Acuerdos industriales.

CAPÍTULO VII CLASIFICACIÓN DE ACTIVIDADES INDUSTRIALES PARA SU REGULACIÓN ADMINISTRATIVA

7.1. INCIDENCIA AMBIENTAL

Las actividades que desarrollan las empresas industriales son generalmente clasificadas, en los distintos ordenamientos legales, de acuerdo con la mayor o menor incidencia que su funcionamiento tiene en el medio en que se hallan situadas, sobre la calidad de vida de los habitantes aledaños, comenzando por la eventual contaminación de los factores abióticos de la biosfera, el suelo, el agua, la atmósfera, y siguiendo por los elementos bióticos que pueden ser afectados en su diversidad así sean las especies vegetales, animales y microorganismos, los ecosistemas y los procesos ecológicos, así como el paisaje, los recursos naturales y el patrimonio cultural de la humanidad en sus más diversas manifestaciones del quehacer humano.

7.2. CLASIFICACIÓN

Estas distintas actividades pueden ser clasificadas siguiendo los lineamientos de los reglamentos de actividades molestas, nocivas o peligrosas dictados por las autoridades autonómicas en España.

A) Molestias

Se trata de aquellas actividades que constituyen una incomodidad por los ruidos o vibraciones que produzcan, o por los humos, gases, olores, nieblas, polvos en suspensión o sustancias que eliminen. Técnicamente puede configurarse como un concepto jurídico indeterminado.

Por lo que se refiere al emplazamiento de las industrias así clasificadas debe respetarse lo que dispongan al respecto las ordenanzas o reglamentos correspondientes a las llamadas zonas industriales o parques cerrados estrictamente reservados a ciertas industrias. Sólo en el supuesto de que tales reglamentaciones no existan, las municipalidades deberán pronunciarse sobre la ubicación física de estas industrias, para cuya decisión deberán tener en cuenta:

- Las circunstancias especiales de la actividad de que se trate, la necesidad de su proximidad al vecindario, los informes técnicos y la aplicación de medidas correctoras.
- La importancia de las mismas considerando a los pequeños talleres de explotación familiar exentos de las prescripciones que se deben fijar para establecimientos que por su normal producción constituyen una fábrica, Centro o depósito industrial, siendo aquéllas más o menos severas según la naturaleza y emplazamiento de la actividad, la importancia de la misma, la distancia de edificios habitados, los resultados de la información vecinal y cuantas circunstancias deban considerarse para que, sin mengua de la comodidad, la salubridad y seguridad de los vecinos, no se pongan trabas excesivas al ejercicio de las industrias. En todo caso, deberá tenerse en cuenta para la concesión de las licencias que las chimeneas, vehículos y demás actividades que puedan producir humos, polvos o ruidos,

deberán dotarse inexcusablemente de los elementos correctores necesarios para evitar molestias al vecindario.

B) Insalubres y nocivas

Las primeras son aquellas que dan lugar a desprendimientos o evacuaciones de productos que puedan resultar directa o indirectamente perjudiciales para la salud humana. La insalubridad no se resume en la toxicidad y por lo tanto se califica de industria insalubre la que desprenda a la atmósfera respirable cualquier producto susceptible de impurificarla. Son nocivas aquellas industrias que también como consecuencia de desprendimientos o evacuaciones de productos, puedan causar daños a la riqueza agrícola, forestal, pecuaria o piscícola.

Para aquellas actividades consideradas como insalubres por producir polvos, humos, nieblas, vapores o gases, deberán arbitrarse las medidas correctoras de depuración necesarias.

También se califican como insalubres y nocivas las actividades relacionadas con el empleo de energía nuclear o atómica en cuanto pueden dar lugar a la contaminación del suelo, aire, agua o productos alimenticios. Cualquier instalación de este tipo deberá proveerse de las medidas preventivas específicas dispuestas por los organismos competentes.

C) Peligrosas

Se reputan tales, aquellas que tienen por objeto fabricar, manipular, expender o almacenar productos susceptibles de originar riesgos graves por explosiones, combustiones, radiaciones u otros de análoga importancia para las personas o los bienes.

En cuanto a su emplazamiento deben observarse con el máximo rigor las prescripciones generales, así como el respeto a la distancia mínima de dos mil metros.

Como reglas especiales deben observarse las siguientes:

- Sólo se utilizarán locales para estas actividades dotados de especiales garantías para prevenir, o, en su caso, minimizar los riesgos de un siniestro. Esta regla vale especialmente para los locales destinados a garages públicos, estaciones de autobuses o camiones y estaciones de servicio.
- En edificios destinados a vivienda no podrán autorizarse el ejercicio de aquellas actividades que exijan la utilización de materias primas de naturaleza inflamable o explosiva.
- Los lugares destinados al rodaje de películas, depósito de empresas distribuidoras o arrendatarias o establecimientos similares, deberán estar separados de las viviendas por muros incombustibles de suficiente espesor y altura.
- Todos los locales donde se ejerzan actividades peligrosas deberán exhibir, con carácter bien visible, los avisos de precaución pertinentes.
- Corresponde la aplicación de normas específicas o prescripciones de organismos técnicos competentes en materia de construcción de depósitos y almacenes de productos combustibles o inflamables; fabricación, almacenamiento, manipulación o venta de explosivos; industria e instalaciones petrolíferas; empleo de energía nuclear en cuanto puede dar lugar a incendios, explosiones o riesgos de análoga gravedad para las personas o los bienes.

CAPÍTULO VII CLASIFICACION DE LOS RESULTADOS AMBIENTALES DE LA ACTIVIDAD HUMANA PARA SU REGULACION LEGAL

8.1. DIVERSIDAD DE PRODUCTOS

Para una efectiva tutela del ambiente es necesario analizar los diversos productos que resultan de la actividad humana, en cuanto ellos sean susceptibles de contaminar el medio en el cual el hombre viva, o sea el conjunto de elementos naturales o artificiales que condicionan su existencia. Desde luego que la actividad industrial que está en el centro mismo del desarrollo de la humanidad, es el principal factor de la alteración de las condiciones naturales del medio en que el hombre vive, pero es que el avance de la ciencia y la tecnología introduce en los comportamientos sociales nuevas formas de conducta que no pueden prescindir de elementos técnicos altamente sofisticados, que a la vez que aportan bienestar y satisfacción crean condiciones de riesgo por su incidencia ecológica.

8.2. RESULTADOS RIESGOSOS

Dentro de las más variadas manifestaciones de la actividad moderna del hombre, podemos identificar algunos de esos resultados que pueden ser altamente riesgosos para las condiciones normales del medio ambiente, y que requieren regulaciones legales específicas para prevenir sus efectos.

8.3. AGENTES CONTAMINANTES

Los agentes contaminantes pueden agruparse en procesos y en otros efectos sensibles susceptibles de producir la contaminación del ambiente.

A) El proceso emisión-inmisión

La emisión consiste en la transmisión a la atmósfera de sustancias nocivas o simplemente incómodas para la especie humana. La emisión se realiza por focos emisores que envían a la atmósfera partículas sólidas, gases o vapores.

El resultado de las emisiones producidas por los distintos focos constituye la inmisión, esto es, el nivel de contaminación alcanzado una vez mezcladas las emisiones con los componentes naturales de la atmósfera. Las circunstancias meteorológicas influyen para la dispersión de las emisiones o, por el contrario, para vehicularlas ampliando el ámbito atmosférico de contaminación o, en ocasiones, produciendo fuertes concentraciones de gases que adquieren de este modo una gran toxicidad, como el monóxido de carbono.

B) Los focos emisores

Los principales agentes que contribuyen a la contaminación atmosférica son la industria, los hogares domésticos y los medios de transporte. Respecto a la industria es tema de trata-

miento particular cuando hayamos de referirnos a los desechos y residuos industriales. Entre las fuentes domésticas corresponde citar a los residuos domiciliarios, que con motivo de recolección por empresas especializadas que luego de compactarlos los destinan a rellenos sanitarios en lugares bajos, contribuyendo a mejorar su nivel y la calidad de las superficies restituyéndolos en favor de la comunidad. Este procedimiento ha contribuido a la eliminación de los incineradores domésticos que producían un alto grado de contaminación.

Entre los transportes, debe descartarse el ferroviario pues la eliminación del carbón y el empleo de otros combustibles como el diesel son escasamente contaminantes y la tracción por la electricidad resulta totalmente inocua.

En cuanto a los aviones, su grado de contaminación es muy escaso, puesto que los subproductos de la combustión son rápidamente dispersados en la atmósfera durante el vuelo.

los agentes realmente contaminantes en materia de transporte, son los vehículos automotores alimentados por gasolina. Como consecuencia de la combustión que efectúan sus motores emiten subproductos cuya concentración es sumamente perjudicial para la salud: tal es el caso del monóxido de carbono (C.O.) que es consecuencia de combustiones incompletas.

C) El olor como contaminante

los olores no son en sí mismos tóxicos, a no ser que vayan acompañados de materias o sustancias que sí lo sean. En determinadas concentraciones pueden causar sensación de dolor al actuar sobre el nervio trigémino. No obstante, es indudable que determinados olores, cuando alcanzan gran intensidad, producen molestias difíciles de soportar, afectando la calidad de vida. Esos malos olores se desprenden principalmente de ciertos procesos industriales como las fábricas de papel, las refinerías de harina de pescado, la industria farmacéutica, las fábricas de queso y elaboración de productos lácteos en general.

D) El ruido como contaminante sonoro

El ruido que producen las máquinas en algunos establecimientos industriales, en las obras en construcción, en las ciudades, así como el tránsito vehicular no es solamente una grave alteración de la tranquilidad pública que atenta contra la calidad de vida, sino que cuando sobrepasa en decibeles el nivel de tolerancia auditiva normal, puede producir graves e irreparables dolencias del aparato auditivo. El ruido excesivo constituye sin duda una contaminación sonora o auditiva del ambiente que constituye grave preocupación en la actualidad no solamente por las secuelas que afectan la salud de los seres humanos, sino que alteran la normal convivencia en centros densamente poblados.

8.4. RESIDUOS DE LOS PROCESOS DE LA ACTIVIDAD FÍSICA DEL HOMBRE

Los residuos son las partes de un todo que quedan al margen de los resultados producidos por la actividad física del hombre. Cuando éste se propone como objetivo obtener un resultado material, como fin de un proceso de integración de actividad humana y elementos físicos, deja al costado de ese proceso elementos residuales desprendidos de los elementos

generadores que en la dinámica de la producción no cumplen función alguna y resultan por ello inútiles o descartables.

Se puede hablar entonces de residuos domiciliarios, residuos radiactivos, residuos de las operaciones normales de los buques, residuos patológicos, mineros, agrícolas, etcétera; pero a los fines de estudiar el contenido del Derecho Ambiental, vamos a referirnos únicamente a los residuos industriales que son generalmente la causa principal de la contaminación del ambiente.

8.5. RESIDUOS INDUSTRIALES

En esta materia vamos a comenzar por referirnos a las Directivas específicas de la Comunidad Económica Europea (C.E.E.) hoy denominada Unión Europea (U.E.), porque contiene un régimen especialmente adaptado a las necesidades de preservación ecológica, resultado de largas experiencias y que hoy se aplica en casi todos los países de Europa que han seguido las Directivas comunitarias'

A) Residuos ordinarios

Comprenden todos los afectados por la Directiva 75/447 de julio de 1975, que excluye a los radioactivos, mineros, agrícolas, aguas residuales y los que califica como especiales, es decir los que tienen su propia reglamentación. En realidad se trata de residuos urbanos e industriales asimilables a estos.

Para estos residuos la Comunidad prevé que las legislaciones nacionales identifiquen las autoridades responsables en la materia, obliguen a los productores a entregarlos a los servicios de recogida salvo que Estos se responsabilicen de su eliminación en condiciones aceptables, que se satisfagan los costos implicados en virtud del principio general de "contaminante-pagador", sometiéndose a autorización administrativa previa la participación en las operaciones implicadas de recogidas y tratamiento.

los Estados miembros además de garantizar que la disposición de los residuos se realizará en condiciones sanitarias y ambientales satisfactorias, habrán de promover que su gestión se acomode a dictados de economicidad incluyendo en lo posible la reutilización y el reciclaje. La Comisión ha recomendado específicamente el reaprovechamiento de papeles y cartones usados, mediante su recuperación. La Directiva específica 85/339 de 1985, versa sobre los embalajes de líquidos alimentarios en el sentido de promocionar el relleno o reciclaje de los contenedores, recuperando materias primas y evitando a la vez las consecuencias del abandono indiscriminado de estos objetos.

B) Residuos especiales

Abarcan un conjunto relativamente heterogéneo de materias y sustancias que por lo general tienen en común el suponer un mayor efecto contaminante del medio, o una amenaza importante para la salud y disponer de una normativa específica.

Estos residuos son los siguientes:

a) Productos tóxicos y peligrosos

La Comunidad dedica una Directiva especial a estos residuos (78/319 de 1978) enumerando

los que se consideran como tales. Se somete a autorización previa la disposición de tales residuos, de los que sólo se pueden encargar empresas también expresamente habilitadas. Para evitar manipulaciones clandestinas se exige el etiquetado de los contenedores y su identificación en los depósitos e instalaciones de tratamiento. Las empresas dedicadas a estas actividades deberán facilitar información pormenorizada a las autoridades responsables de la materia. Pero precisamente una de las lagunas más importantes en la gestión ambiental, es la carencia de plantas de tratamiento suficientes para absorber los residuos tóxicos peligrosos.

b) Residuos de dióxido de titanio

El impacto de los denominados "lodos rojos" provenientes de las fábricas de estos productos que vertían sus residuos en el Mar Mediterráneo, determinó la adopción de una Directiva específica, que impone la previa autorización de su disposición condicionándola a la realización de estudios ecológicos sobre las zonas propuestas.

c) Residuos P.C.B.

Una Directiva especial impone a los Estados que sometan a autorización la eliminación de restos de policlorofeniles y policloroterfeniles, incluyendo los contenidos en aparatos y útiles ya usados como los tubos fluorescentes y los televisores.

d) Aceites usados

El vertido incontrolado de estos productos, frecuentemente realizados a través de alcantarillas, por establecimientos de mantenimiento de vehículos y también por instalaciones industriales, constituye una plaga para las depuradoras de aguas residuales urbanas, transmitiéndose en otros casos los aceites persistentemente a las aguas de superficie y subterráneas.

e) Lodos de depuradora

El problema de la aplicación de los residuos resultantes de depuración de aguas residuales urbanas, gravita pesadamente sobre estos procesos, habiéndose llegado en algunos casos, ante los elevados volúmenes producidos, a invalidar la gestión de las instalaciones.

CAPÍTULO IX LA LEGISLACION VIGENTE EN LA REPUBLICA ARGENTINA

9.1. DISTRIBUCIÓN DE LAS COMPETENCIAS

En los dos párrafos finales del artículo 41 de la Constitución Nacional de 1853-60 reformada en el año 1994, se dispone que: "Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarias, sin que aquéllas alteren las jurisdicciones locales...".

Como lo hemos expresado más atrás (Cap. V, 5.2, b), este nuevo artículo ha puesto fin al problema de las competencias en el ejercicio del poder de policía ambiental, entre la Nación y las provincias. Hasta la reforma constitucional, la Nación había legislado para la Capital Federal y Territorios Nacionales; las provincias, a su vez, por imperio de los poderes reservados, dictaban sus propias normas de protección o adherían a las federales.

La ley 24.051, como veremos seguidamente tiene un ámbito de aplicación limitado a la jurisdicción nacional y también será excepcionalmente aplicable en las provincias cuando los residuos generados en ellas estuvieran destinados a salir de sus límites, o cuando aquellos pudieran afectar las personas o al ambiente fuera de estos últimos.

Las normas de esta ley al regular todo lo relativo a los residuos peligrosos, que ella define en el artículo 2º, contiene los presupuestos mínimos de protección a que se refiere el artículo 41 de la reforma constitucional y, por lo tanto, parece que la primera tarea del Congreso de la Nación en cumplimiento de ese mandato superior, deberá ser dictar una nueva ley nacional cuyas disposiciones podrán ser las de aquélla perfeccionándolas y precisando el alcance de su aplicación a todo el territorio de la República. Las provincias podrán mantener sus leyes locales o sus ordenanzas municipales, como complementarias de la ley nacional o dictar nuevas disposiciones complementarias de aquélla.

La nueva ley que dicte el Congreso de la Nación habrá de corregir la grave anomalía legislativa (ver parág. 9.4) que actualmente contiene la ley 24.051 en los Capítulos VII y IX sobre el régimen de las responsabilidades civil y penal.

9.2. DESECHOS INDUSTRIALES Y RESIDUOS PELIGROSOS

La expresión "contaminar" tiene en relación al medio ambiente, un significado genérico que consiste en alterar desfavorablemente, corromper o viciar los elementos abióticos de la biosfera donde se desarrollan en su medio natural, los elementos bióticos (animales, vegetales y microorganismos) y, por lo tanto, donde vive el hombre en armonía con la naturaleza.

los desechos, también llamados efluentes o efluvios, son, como los residuos, aquello que queda de un todo después que se produce su descomposición, destrucción o transformación, y que se descarta o se abandona por su inutilidad luego de terminado este proceso. Ellos constituyen factores contaminantes del ambiente y resultan el efecto necesario del desarrollo sustentable y lícito de la humanidad.

Sin embargo, técnicamente puede diferenciarse un simple desecho de aquel residuo o producto de un proceso de industrialización, aunque uno y otro constituye un factor de polución del ambiente.

Los desechos y efluentes simples no constituyen un residuo o producto generado como un objeto líquido, gaseoso o sólido que es el resultado remanente del producido de otro objeto, materia o mercancía apto para el uso o el consumo del hombre, el cual es el verdadero fin del proceso de industrialización o transformación de la materia prima.

Aquellos desechos, efluentes o efluvios, también denominados "residuos ordinarios" por oposición a los "residuos especiales" que se caracterizan por su toxicidad, son emanaciones de la actividad industrial que en virtud del proceso "emisión-inmisión" impregnan el medio ambiente desde que salen al exterior por chimeneas, canales o conductos que los emiten o expelen. Al hallarse en contacto con el medio exterior, aquellos desechos, efluentes o efluvios impregnan con sus partículas los elementos abióticos de la biosfera, mezclándose con ellos y esparciéndolas por un amplio espacio, en el cual son desparramados afectando las especies animales y vegetales dentro de determinados ecosistemas.

Los residuos especiales, o sea aquellos tóxicos o peligrosos, resultan como elaboración no deseada, pero necesaria en el marco de ciertos procesos industriales. Ellos producen por si mismos y directamente los efectos contaminantes, por ser desde su generación productos

peligrosos, o sea susceptibles de dañar por su sola existencia o presencia en el ámbito conviviente de las especies, sin que necesiten ser alcanzados por el proceso "emisión-inmisión". Por lo tanto no requieren impregnar partículas en el medio ambiente para convertirse en contaminantes y expandir sus efectos nocivos a través de los elementos naturales de la biosfera.

A diferencia de los desechos, efluentes y efluvios, que son residuos ordinarios, los llamados residuos especiales o peligrosos, no necesitan integrarse en el medio natural para ser contaminantes. Los residuos peligrosos son cosas materiales u objetos reales remanentes de la producción, que tienen existencia propia en el tiempo y en el espacio condicionantes de su causalidad física, y, por ello, su sola presencia en determinado lugar, son fuente de contaminación ambiental, al alterar peligrosamente la normalidad del entorno natural poniendo en grave riesgo la integridad y existencia de las especies.

De esto resulta que el régimen legal de prevención del daño en estos casos, está sujeto a normas distintas de las que requieren las emanaciones contaminantes liberadas al exterior por chimeneas o aberturas, si se trata de gases, o de tuberías o canales, si se trata de líquidos. En estos casos los establecimientos industriales deben proveerse de los medios o dispositivos especiales para evitar la polución ambiental bloqueando la liberación, emisión y expansión de efluentes si no han sido previamente depurados.

La ley 24.051, a la cual nos referimos seguidamente, contiene en su normativa los presupuestos mínimos de protección del ambiente, como lo establece el artículo 41 de la reforma constitucional al atribuir competencia legislativa en esta materia de la Nación como órgano legislativo federal. En efecto, en dicha ley cuya competencia debe extenderse a toda la República, se dictan normas de tutela ambiental en lo relativo a los residuos peligrosos. Toda su normativa está referida a la generación, manipulación, transporte, depósito, tratamiento y disposición final de los llamados "residuos peligrosos"; que son cosas o productos generados por la actividad industrial, los cuales tienen ubicación o localización en el espacio, como resulta del artículo 1º de dicha ley. Resulta claro entonces que no todos los desechos industriales están regulados por esa normativa, que se ocupa solamente de los residuos peligrosos, que son cosas distintas de las emanaciones, desechos y efluentes comunes, los cuales no tienen entidad como objetos susceptibles de ser generados, transportados, depositados y tratados en plantas especiales para la eliminación de sus propiedades nocivas o su disposición final.

lo único que tienen en común "los desechos" y los "residuos peligrosos" es que se originan en la actividad industrial o sea en los procesos de transformación de materias primas o reelaboración de otros productos, constituyendo unos y otros remanentes contaminantes del ambiente, pero la estructura de ellos es diferente y el riesgo de dañar tiene distinto encauzamiento, ya que los desechos simples necesitan impregnar sus partículas en la atmósfera, el agua o el suelo para expandirse y poner en peligro las especies vegetales y animales del entorno, en tanto que los "residuos peligrosos" son cosas con entidad propia y con riesgos de dañar con su sola presencia o localización espacial.

9.3. LA LEY NACIONAL 24.051

La ley nacional 24.051 ha sido sancionada por el Congreso de la Nación el 17-XII-1991 y promulgada por el Poder Ejecutivo Nacional el 8-I-1992 (B.O., 17-I-1992). Ella ha sido dictada por el Congreso Nacional en ejercicio de la atribución que le confería el artículo 67,

inciso 27 del de la Constitución Nacional de 1853-60 (después de la reforma de 1994 corresponde al art. 75, inc. 30).

El citado inciso 27 establecía que corresponde al Congreso "ejercer una legislación exclusiva en todo el territorio de la Capital de la Nación, y sobre los demás lugares adquiridos por compra o cesión en cualquiera de las provincias". Es decir, que el Congreso Nacional como legislatura local de la Capital Federal ha dictado aquella ley para ser aplicada exclusivamente en jurisdicción nacional, y lo ha hecho dentro de los poderes de Policía inherentes a la Nación y a las provincias para proteger la vida, la propiedad, la seguridad, la moralidad y la salud de sus habitantes.

Hasta aquí la ley resulta inobjetable pues ella misma declara en su artículo 1º que: "La generación, manipulación, transporte, tratamiento y disposición final de residuos peligrosos quedarán sujetos a las disposiciones de la presente ley, cuando se tratare de residuos generados o ubicados en lugares sometidos a jurisdicción nacional o, aunque ubicados en territorio de una provincia estuvieren destinados al transporte fuera de ella, o cuando, a criterio de la autoridad de aplicación, dichos residuos pudieren afectar a las personas o el ambiente más allá de la frontera de la provincia en que se hubiesen generado...".

9.4. GROSER A ANOMALÍA LEGISLATIVA

Sin embargo, la ley a la que nos estamos refiriendo contiene una grosera anomalía en orden al acatamiento al sistema republicano y federal que estructura la Constitución Nacional. Los Capítulos VII y IX violan el artículo 67, inciso 11 de la Carta Magna, en cuanto ella disponía al igual que lo que prescribe, el actual artículo 75, inciso 12 de la reformada Constitución que es atribución del Congreso de la Nación "dictar los códigos Civil, Comercial, Penal, de Minería y del Trabajo y Seguridad Social, sin que tales códigos alteren las jurisdicciones locales...".

El nuevo artículo 75, inciso 12 de la Constitución Nacional, como antes de la reforma el artículo 67, inciso 11, impone la unidad de legislación en las materias que comprenden los códigos que enumera, y no es compatible con una legislación que establezca un régimen general diferente para las instituciones del derecho común, según la región del país en que se aplique. Como lo señalamos antes (5.2 nro. 5), los Capítulos VII y IX de la ley 24.051, contienen normas que agravan la responsabilidad civil y penal en caso de residuos peligrosos, en relación a la normado en el Código Civil (art. 1113) y en el Código Penal (art. 203).

Resulta claro que estas normas que modifican el derecho común agravan los principios de la Constitución Nacional en orden a la organización de los poderes públicos del Estado nacional frente a los poderes públicos provinciales o locales, como lo es el Congreso de la Nación cuando actúa legislando exclusivamente para la Capital Federal.

No se expurga esta grave anomalía legislativa disponiendo en la misma ley que: "Se invita a las provincias y los respectivos municipios en el área de su competencia, a dictar normas de igual naturaleza que la presente para el tratamiento de los residuos peligrosos" (art. 67). Va de suyo que la invitación no puede ir más allá de lo que es propio de las competencias locales en el ejercicio del poder de policía, pero de ningún modo ha de entenderse que se invita a las provincias y municipalidades a crear normas específicas de responsabilidad civil y penal regidas por el derecho común, que dicta el Congreso Nacional como Poder Legislativo de la República, debiendo limitarse aquéllas a disponer sanciones administrativas por infracción a las pertinentes normas reglamentarias de su incumbencia.

Tal vez resulte oportuno aclarar que creemos que los sistemas de responsabilidad civil y penal deben ser más rigurosos cuando se trata de los ilícitos ambientales y, en ese sentido, las prescripciones normativas de la ley 24.051 nos parecen adecuadas, pero lo que constituye una anomalía legislativa, es que ellas sean una preceptiva incorporada a una ley local, a despecho de la competencia que el Congreso Nacional tiene atribuida como Poder Legislativo de la República, en forma exclusiva para legislar sobre materias del derecho común aplicables uniformemente en toda la Nación.

También creemos que en ejecución del artículo 41, tercer párrafo de la Constitución reformada y en cumplimiento del nuevo artículo 75, inciso 12, el Congreso de la Nación habrá de corregir esta grosera anomalía de la ley, incorporando aquellas normas sobre responsabilidad civil y penal, como reformas a los respectivos códigos de la Nación.

9.5. ANÁLISIS DE LA LEY 24.051 Y DEL DECRETO REGLAMENTARIO 831

El artículo 66 de la ley 24.051 dispone que ella "será de orden público y entrará en vigencia a los noventa días de su promulgación, plazo dentro del cual el Poder Ejecutivo la reglamentará". El decreto reglamentario 831, recién se dictó el 23-IV-1993 (B.O., 3-V-1993) y contiene una reglamentación puntual siguiendo el articulado de la ley, con excepción de algunos artículos donde se expresa. "sin reglamentar".

A) Ámbito de aplicación

El artículo 1º de la ley ha sido reglamentado por el artículo 1º del decreto 831, y se prevé cinco hipótesis:

- 1) Residuos generados o ubicados en lugares de jurisdicción nacional.
- 2) Residuos ubicados en territorio de una provincia pero destinados al transporte fuera de ella.
- 3) Residuos ubicados en territorio de una provincia pero que salgan de él por cualquier medio, aun accidental, como podría ser la acción del viento u otro fenómeno de la naturaleza.
- 4) Residuos ubicados en territorio de una provincia, que pudieran afectar a criterio de la autoridad de aplicación, a las personas o el ambiente más allá de la jurisdicción local en la cual se hubieren generado.
- 5) Cuando la autoridad de aplicación disponga medidas de higiene y/o seguridad cuya repercusión económica aconseje uniformarías en todo el territorio nacional, a fin de garantizar su efectivo cumplimiento.

B) Concepto de residuo peligroso

Según el artículo 2º de la ley "será considerado residuo peligroso, a los efectos de esta ley, todo residuo que pueda causar daño, directa o indirectamente, a seres vivos o contaminar el suelo, el agua, la atmósfera o el ambiente en general.

"En particular serán considerados peligrosos los residuos indicados en el anexo I o que posean alguna de las características enumeradas en el anexo II de la ley.

"Las disposiciones de la presente serán también de aplicación a aquellos residuos peligrosos, que pudieren constituirse en insumos para otros procesos industriales..."

En el glosario contenido en el anexo I(a) del decreto 831, no se define ni se da el concepto de lo que es "desecho", "efluente" o "efluvio", ni tampoco lo que es "residuo", salvo aquel que califica de "peligroso" (27), y denomina así a todo "material" que resulte "objeto" de desecho o abandono.

Quedan excluidos:

- 1) Residuos domiciliarios.
- 2) Residuos radiactivos.
- 3) Residuos operacionales normales de los buques, que se rigen por leyes especiales y convenios internacionales.

El 1º de junio de 1994 la Secretaría de Recursos Naturales y Ambiente Humano (S.R.N. y A.H.) dictó la resolución 224/94 fijando los "parámetros y normas técnicas tendientes a definir los residuos peligrosos de alta y baja peligrosidad".

De acuerdo con esta resolución "deberá entenderse que la peligrosidad de los residuos se halla directamente vinculada al riesgo, de manera tal que por alta y baja peligrosidad debe entenderse alto y bajo riesgo".

El grado de peligrosidad de un residuo generado se establecerá en base a lo declarado bajo juramento por el generador en relación a las características que allí se consignan, sobre el contenido porcentual de sustancias peligrosas. Se considerarán de alta peligrosidad todos los residuos que posean las características que se enuncian de explosividad, inflamabilidad y corrosividad.

A la resolución 224/94 se agrega el anexo A, donde se describen los desechos clínicos resultantes de la atención médica prestada en hospitales, centros médicos y clínicas para salud humana y animal (Y.1). los desechos resultantes de la producción y preparación de productos farmacéuticos (Y.2). Los residuos de productos farmacéuticos, drogas y medicamentos (Y.3). Bajo las sucesivas nomenclaturas Y.4 a Y.45, se siguen enunciando otros desechos y residuos de distinto origen.

C) Importación

Prohíbese la importación, introducción y transporte de todo tipo de residuos provenientes de otros países al territorio nacional, espacios aéreo y marítimo. Se incluyen en la prohibición los residuos de origen nuclear.

El artículo 41, última parte de la Constitución reformada prohíbe el ingreso al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos y de los radioactivos, por lo cual la prohibición mencionada en el artículo 3º de la ley 24.051 tiene desde ahora jerarquía constitucional.

Respecto a la prohibición de importar residuos peligrosos, señala el convencional Natale que "hay que diferenciar entre residuos e insumos; algo que puede ser residuo puede transformarse en insumo para un determinado proceso industrial, y en este supuesto perdería su condición de residuo, y, por lo tanto, su prohibición de ingreso al territorio, para adquirir la categoría de insumo industrial".

D) Generadores de residuos peligrosos

Resulta del artículo 14 de la ley que son generadores de residuos las "personas físicas o jurídicas que, como resultado de sus actos o de cualquier proceso, operación o actividad produzca residuos calificados como peligrosos en los términos del artículo 2º de la

presente". Los generadores deberán inscribirse en el Registro Nacional de Generadores y Operadores de Residuos Peligrosos que llevará y mantendrá actualizado la autoridad de aplicación (S.R.N. y A.H.).

El artículo 14 del decreto 831, establece las categorías de generadores de residuos sólidos de baja peligrosidad (generadores menores, medianos y grandes generadores) y generadores de residuos sólidos de alta peligrosidad (menores y mayores).

La Secretaría (S.R.N. y A.H.) dictó la resolución 250/94 el 22-VI-1994 clasificando las distintas categorías cuánticas de generadores de residuos peligrosos líquidos, gaseosos y mixtos.

El decreto 831 agrega a toda persona física o jurídica que produzca, aun en forma eventual o accidental, residuos peligrosos.

E) Residuos patológicos

El artículo 19 de la ley considera residuos patológicos los siguientes:

- a) Residuos provenientes de cultivos de laboratorio.
- b) Restos de sangre y de sus derivados.
- c) Residuos orgánicos provenientes del quirófano.
- d) Restos de animales producto de la investigación médica.
- e) Algodones, gasas, vendas usadas, ampollas, jeringas, objetos cortantes, materiales descartables, etcétera.
- f) Agentes quimioterápicos.

F) Registro de Generadores y Operadores de Residuos Peligrosos

El decreto 831/93 ordena a la Secretaría, en su calidad de autoridad de aplicación de la ley, habilitar el Registro Nacional de Generadores y Operadores de Residuos Peligrosos (art. 4º) dentro de los ciento veinte días hábiles a partir de la fecha de su publicación.

El Registro fue habilitado por la Secretaría mediante resolución 413/93 a partir del 22 de octubre de 1993. El decreto 831, contiene una detallada reglamentación del Registro, incluyendo los requisitos para solicitar la inscripción en el mismo, así como los supuestos en que la Secretaría está habilitada para rechazar tales solicitudes, suspender, cancelar o inhabilitar la inscripción.

Asimismo el decreto instituye el mecanismo de "inscripción de oficio", mediante el cual la Secretaría queda habilitada a actuar, inscribiendo y haciendo cumplir las obligaciones legales y reglamentarias a generadores, transportistas y operadores de plantas de disposición de residuos peligrosos que no hubieran cumplido con la inscripción y, en consecuencia, no contarán con el certificado correspondiente.

La Secretaría es la encargada de expedir el certificado ambiental anual, que será el instrumento administrativo por el cual se habilitará a los generadores, transportistas y operadores para la manipulación, transporte, tratamiento y disposición final de los residuos peligrosos. Conforme al artículo 16 del decreto, todo generador deberá abonar anualmente la tasa de evaluación y fiscalización. La misma se abonará por primera vez en el momento de la inscripción en el Registro, y, posteriormente en forma anual al efectuar la presentación correspondiente a la actualización prescripta en el artículo 16 de la ley 24.051, y su alícuota básica será del 0.50%.

De acuerdo a lo dispuesto en el decreto 831/93, la Secretaría (S.R.N. Y A.H.), dictó la

resolución 253/94 (B.O., 14-VII-1994) estableciendo las pautas inequívocas que permitan calcular y liquidar la tasa de evaluación y fiscalización correspondiente al primer período de aplicación. Según el artículo 7° de la resolución la tasa correspondiente a los períodos posteriores se calculará según lo establecido por el decreto 831/93 en su artículo 16.

G) El manifiesto

El artículo 12 de la ley establece que: "la naturaleza y cantidad de los residuos generados, su origen, transferencia del generador al transportista, y de éste, a la planta de tratamiento o disposición final, así como los procesos de tratamiento y eliminación a los que fueren sometidos, y cualquier otra operación que respecto de los mismos se realizare, quedará documentada en un instrumento que llevará la denominación de 'manifiesto'". El artículo 13 de la ley indica los recaudos que el manifiesto deberá contener con la finalidad de individualizar el documento con su número serial, datos identificatorios de todos los sujetos que intervengan en el proceso de generación, transporte y destino final de los residuos peligrosos, así como la descripción y composición de Estos y su cantidad total, en unidades, peso, volumen y concentración de los residuos, y, finalmente, las firmas de todos los que intervienen en el proceso.

El artículo 12 del decreto 831, expresa que el "manifiesto" es el documento que acompaña al traslado, tratamiento y cualquier otra operación relacionada con los residuos peligrosos en todas las etapas. Agrega el reglamento algunos recaudos más y, finalmente, dispone que la autoridad de aplicación establecerá el plazo en el que debe cerrarse el circuito, el que se producirá con la entrega de la copia del operador a la autoridad de aplicación.

H) El transporte

El artículo 23 de la ley dispone que las personas físicas o jurídicas responsables del transporte, deberán acreditar una serie de datos para su inscripción en el Registro Nacional de Generadores y Operadores de Residuos Peligrosos. los datos mencionados son completados por el artículo 23 del decreto reglamentario, y tienen la finalidad de identificar a los prestadores del servicio de transporte, el tipo de material o residuo a transportar con la especificación del riesgo, el listado de todos los vehículos, cisternas y contenedores a ser utilizados, pólizas de seguros, etcétera.

La Secretaria de Recursos Naturales y Ambiente Humano, coordina con la Secretaría de Transportes de la Nación, respecto de las normas vigentes emitidas por ella, referidas al Reglamento Único para Transporte de Materiales Peligrosos, el Registro que habilita al efecto, los vehículos, envases y condiciones de capacitación del personal a cargo de los transportes, así como las rutas para transportar esta clase de materiales.

I) Las plantas de tratamiento y disposición final

El artículo 33 de la ley describe que "plantas de tratamiento son aquellas en las que se modifican las características físicas, la composición química o la actividad biológica de cualquier residuo peligroso, de modo tal que se eliminen sus propiedades nocivas o se recupere energía y/o recursos materiales o se obtenga un residuo menos peligroso, o se lo haga susceptible de recuperación, o más seguro para su transporte o disposición final". Son plantas de disposición final los lugares especialmente acondicionados para el depósito

permanente de residuos peligrosos en condiciones exigibles de seguridad ambiental. En particular quedan comprendidas en este artículo todas aquellas instalaciones en las que se realicen las operaciones indicadas en el anexo III.

Las plantas de tratamiento o disposición final deben inscribirse en el Registro Nacional de Generadores y Operadores de Residuos Peligrosos, presentando una declaración jurada que contenga datos identificatorios, domicilio real y nomenclatura catastral, inscripción en el Registro de la Propiedad Inmueble en la que se consigne el destino del predio, certificado de radicación industrial, características edilicias y de equipamiento de la planta, descripción de los procedimientos a utilizar para el tratamiento y almacenamiento, especificación del tipo de residuos peligrosos a ser tratados o dispuestos, manual de higiene y seguridad, etcétera.

Si se trata de plantas de disposición final deberá además acompañarse estudio de impacto ambiental, los proyectos de instalación de plantas deberán ser suscriptos por profesionales con incumbencia en la materia. Los lugares destinados a la disposición final como relleno de seguridad, deberán reunir las condiciones que detalla la ley.

El decreto 831/93 completa los requisitos de seguridad, y también los que deben observar los generadores que realizan el tratamiento o disposición final de sus propios residuos peligrosos. La autoridad de aplicación desarrollará, seleccionará y establecerá niveles guía de calidad ambiental para determinar los correspondientes estándares. El citado decreto contiene detalladamente los requisitos tecnológicos en las operaciones de eliminación. Describe las operaciones de eliminación no aceptables; luego, regula la operación de eliminación denominada (D.3) "inyección profunda" (condiciones), determina los requisitos mínimos para incineración como proceso para la eliminación de residuos peligrosos que no pueden ser reciclados, reutilizados o dispuestos por otras tecnologías. Es un proceso de oxidación térmica, a alta temperatura en el cual los residuos son convertidos en presencia de oxígeno del aire, en gases y en residuo sólido incombustible.

El artículo 34 del decreto regla minuciosamente el contenido del manual de higiene y seguridad (art. 34, inc. h) de la ley); respecto al inciso j) de la ley, dispone los requisitos mínimos que deberán cumplir los planes de monitoreo; objetivos y contenido mínimo del informe de impacto ambiental que exige el inciso c) bis.

9.6. LOS ANEXOS DE LA LEY Y DEL DECRETO REGLAMENTARIO

a) El Capítulo XI (art. 64) de la ley 24.051 dispone que "sin perjuicio" de las modificaciones que la autoridad de aplicación pudiere introducir en atención a los avances científicos o tecnológicos, integran la presente ley los anexos que a continuación se detallan:

- I. - Categorías sometidas a control.
- II. - Lista de características peligrosas.
- III. - Operaciones de eliminación.

b) El decreto 831 reglamentario de la ley tiene a su vez seis anexos.

El anexo I. Contiene: a) Glosario. b) Clasificación de cuerpos receptores.

El anexo II. Contiene once tablas:

Tabla 1 - Niveles de calidad de agua para fuentes de agua de bebida humana con tratamiento convencional.

Tabla 2 - Nivel guía de calidad de agua para protección de vida acuática. Agua dulce

superficial.

Tabla 3 - Nivel guía de calidad de agua para protección de vida acuática. Agua dulce superficial (diferentes constituyentes peligrosos).

Tabla 4 - Nivel guía de calidad de agua para protección de vida acuática. Agua dulce superficial (diferentes constituyentes peligrosos).

Tabla 5 - Nivel guía de calidad de agua para irrigación.

Tabla 6 - Nivel guía de calidad de agua para bebida ganado.

Tabla 7 - Nivel de calidad de agua para recreación.

Tabla 8 - Nivel de calidad de agua para pesca industrial.

Tabla 9 - Nivel guía de calidad de suelos.

Tabla 10 - Nivel guía de calidad de aire ambiental.

Tabla 11 - Estándares de emisiones gaseosas.

El anexo III. Contiene lineamientos para la fijación de estándares de calidad de agua para constituyentes peligrosos.

El anexo IV. Contiene procedimientos para identificación de un residuo peligroso.

El anexo V. Contiene límites establecidos para los parámetros físicos de los barros.

El anexo VI. Contiene límites establecidos para los parámetros químicos de los barros.

9.7. LA LEGISLACIÓN DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES. LEY 11.495/93

La provincia de Buenos Aires no ha adherido a la ley nacional 24.051 de aplicación en lugares sometidos a jurisdicción nacional, ni ha respondido a la invitación que aquella ley formula en el artículo 67, a las provincias y los respectivos municipios en el área de su competencia a dictar normas de igual naturaleza para el tratamiento de los residuos peligrosos.

Ha dictado, en cambio, la ley 11.459 el 21-X-1993 que fue promulgada el 16 de noviembre del mismo año (B.O., 10-XII-1993). Aunque el artículo 31 dispone que esa ley entrará en vigencia a los 90 días de su publicación, también dispone el artículo 32 que ella deberá ser reglamentada por el Poder Ejecutivo en el plazo de 90 días de su publicación. La nueva ley deroga el decreto ley 7229/66 y toda otra norma que se oponga a la presente (art. 33).

Como la ley 11.459 no ha sido aún reglamentada no puede ser aplicada, por lo cual continúan rigiendo las normas del derogado decreto-ley 7229 que es del año 1966, y su decreto reglamentario 7488 que tiene fecha del 29-XII-1972 (B.O., 29-I-1973).

En la provincia de Buenos Aires no existe un régimen legal para los residuos peligrosos, por lo cual existe un serio déficit legislativo en punto a la tutela ambiental en su territorio.

La reforma constitucional de 1994 ha dispuesto en el artículo 41 que "corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarias, sin que aquéllas alteren las jurisdicciones locales". La primera parte de este artículo declara que: "Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, apto para el desarrollo humano..." y más adelante expresa que: "Las autoridades proveerán a la protección de este derecho...".

Los presupuestos mínimos de esta protección no son otros que aquellas normas de la ley 24.051, que se refieren precisamente a los residuos peligrosos sobre los cuales no existe en nuestro país ninguna otra regulación legal. Las legislaciones vigentes en las provincias, como la ley 11.459 de la provincia de Buenos Aires, no se ocupan de los residuos peligrosos, sino de los establecimientos industriales (art. 1º) y particularmente de los clasificados en la categoría de peligrosos cuyo funcionamiento constituye un riesgo para la

seguridad, salubridad e higiene, etcétera (art. 15). Son ellas sin duda, las necesarias normas complementarias.

La estructura institucional de nuestro país se habrá integrado cuando, conforme a las competencias diseñadas por la reforma constitucional en materia de ejercicio del poder de policía de la salubridad y el medio ambiente, las autoridades de la Nación adopten para toda la República la normativa que corresponde en relación a los presupuestos mínimos de protección, y las autoridades de las provincias apliquen en sus respectivos territorios las normas complementarias. Bien está que las reglas de tutela ambiental que rijan básicamente para toda la Nación, no han de alterar las jurisdicciones locales en cuanto a los ilícitos ambientales que ocurran en el ámbito de estas últimas.

También debe quedar debidamente establecido en la nueva legislación, que la autoridad de aplicación de la ley de residuos peligrosos que se dicte para toda la República, deberá ser el organismo de más alto nivel con competencia en el área ambiental bajo la dependencia del Gobierno de la Nación.

Por otra parte, la regulación legal rigurosa y uniforme sobre los residuos peligrosos, que son todo material que resulte objeto de desecho o abandono y pueda perjudicar a seres vivos o contaminar el suelo y la atmósfera (anexo 1 - glosario), debe seguir a éste desde su generación hasta su disposición final.

Distinto es el caso de los demás desechos o efluentes que emanan de la actividad industrial y resultan contaminantes por sus compuestos químicos tóxicos y agresivos que salen al exterior a través del proceso de emisión-inmisión impregnando el aire, el agua o el suelo y tornando peligrosos los elementos abióticos del ambiente, los que son vehiculizados en todo el ámbito hasta donde alcanzan sus efectos.

Las normas de seguridad para el establecimiento peligroso que no es lo mismo que "residuo peligroso" consisten entonces, en someter a tratamiento de depuración a los desechos en el interior del establecimiento y adoptar técnicas que impidan la salida al exterior. Estas son las normas complementarias que deben dictar las provincias y municipalidades, y cuyo control de cumplimiento son de la competencia de los organismos públicos locales.

CAPÍTULO X EL DERECHO PRIVADO Y LA TUTELA AMBIENTAL

10.1. AUTONOMÍA DE LA JURISDICCIÓN CIVIL

Las viejas técnicas defensivas frente a las agresiones contra el dominio procedentes de predios próximos, fueron paulatinamente acomodándose a las exigencias de la primera civilización industrial, incluyéndose en los códigos entre las posibles perturbaciones las materializables a través de humos y emanaciones. Se reciben así las vecindades industriales en los ordenamientos privados, con lo que el derecho de vecindad (el nachbarrecht de los alemanes, la vieja immissio de los romanos, las obligationsde voisinage de los franceses o el law of nuisances del ordenamiento anglosajón) adquiere una especial relevancia en nuestros días.

Nuestro Código Civil contenía normas semejantes en los artículos 2618 y 2619, que fueron modificadas por la reforma de la ley 17.711, derogándose este último artículo, pero mejorándose el primero al poner límites al ejercicio de actividades en inmuebles vecinos,

que "no deben exceder la normal tolerancia, teniendo en cuenta las condiciones del lugar y aunque mediare autorización administrativa para aquéllas".

La protección del medio ambiente se articula principalmente mediante instrumentos de derecho público. Ello es la consecuencia de que el interés necesitado de protección es un interés colectivo. La reforma constitucional de 1994 ha dispuesto en el artículo 41 que "todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano...".

La obligación de los poderes públicos (art. 41, 2da. parte de la Constitución reformada), se articula primordialmente a través de un complejo sistema de normas administrativas que el Gobierno de la Nación y el de las provincias han dictado y deben aún dictar para organizar definitivamente la estructura institucional en defensa del ambiente y los recursos naturales. Refiriéndose al régimen institucional español se ha dicho que "junto a esta protección administrativa y penal, nada obsta para que los intereses y derechos de índole privada, que están también afectados por una posible degradación del medio ambiente, puedan ser protegidos ejercitando acciones civiles". La posibilidad de obtener el apoyo de los tribunales civiles ordinarios para conseguir el resarcimiento de daños ambientales que inciden en patrimonios individuales, ha sido asumida por la jurisprudencia española, esos tribunales han reclamado su competencia aun cuando las situaciones que originaron los perjuicios apareciesen respaldadas por las correspondientes autorizaciones y licencias administrativas, señalándose que: "una cosa es la determinación del permiso de instalación de industria y de los elementos que deben ser acoplados para evitar daños y peligros -cuya determinación corresponde a la administración- y otra bien distinta es que cuando por no cumplirse los requisitos ordenados o porque los elementos empleados sean deficientes o insuficientes, se produce un daño en la propiedad de un tercero cuyo conocimiento compete a los tribunales". "El acatamiento y observancia de las normas administrativas no colocan al obligado al abrigo de la correspondiente acción civil de los perjudicados o interesados en orden a sus derechos subjetivos lesionados, puesto que si aquéllas contemplan intereses públicos sociales, ésta resguarda el interés privado exigiendo en todo caso el resarcimiento del daño".

En igual sentido la sentencia citada en la nota, de donde destacamos el siguiente considerando: "Que a la luz de estas pautas orientadoras es manifiesto que el ejercicio de una industria, no obstante su interés para la economía nacional, debe desenvolverse en su funcionamiento guardando el debido respeto a la propiedad ajena, ya que el ordenamiento jurídico no puede permitir que una forma concreta de actividad económica, por el solo hecho de representar un interés social, disfrute de un régimen tan singular que se autorice para suprimir o menoscabar los derechos de los particulares. Antes por el contrario, el interés público de una industria no contradice la obligación de proceder a todas las instalaciones precisas para evitar los daños, acudiendo a los medios que la técnica imponga para eliminar las inmisiones, como tampoco excluye la justa exigencia de resarcir el quebranto patrimonial ocasionado a los propietarios de los predios vecinos, indemnización debida prescindiendo de toda idea de culpa por tratarse de responsabilidad objetiva".

En lo que concierne a nuestro sistema institucional en punto a la tutela ambiental, no cabe duda de que son los principios del derecho público de la administración gubernamental, los que fijan las normas de seguridad para prevenir los efectos ecológicos de cualquier actividad, pero tampoco puede haber dudas de que el derecho privado es de aplicación toda vez que un particular es amenazado o sufre en su persona o sus bienes un perjuicio como consecuencia de un riesgo ambiental.

La jurisdicción civil de los tribunales ordinarios es de exclusiva competencia para intervenir en las acciones que los interesados debidamente legitimados, planteen en defensa de sus derechos subjetivos amenazados o lesionados como consecuencia de ilícitos ambientales.

10.2. LAS BASES INSTITUCIONALES

Las bases institucionales de la tutela ambiental tienen, desde la reforma constitucional de 1994, la jerarquía superior que les confiere la Carta Magna al enumerar en el nuevo Capítulo Segundo de la Primera Parte de ella los "Nuevos derechos y garantías", entre los que enuncia en el artículo 41, el "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".

La norma citada se inscribe en el proceso universal de las declaraciones internacionales y del moderno constitucionalismo social, que consagra como un derecho inviolable de los seres humanos el goce de la calidad de vida apropiada a la dignidad que les corresponde como seres ético-físicos, y el deber de preservar el ambiente y los recursos naturales para las generaciones futuras mediante el postulado del "desarrollo sustentable" enunciado solemnemente en 1972 en la Declaración de Estocolmo, y proclamado universalmente como un deber inherente a la humanidad en el informe "Nuestro futuro común" publicado en 1987, por la Comisión de Expertos sobre Medio Ambiente y Desarrollo, presidida por la Primer Ministro de Noruega, Mrs. Brundtland.

La cuestión de los nuevos derechos y garantías enunciada por la reforma constitucional de 1994, así como los principios básicos de distribución de competencias del poder de policía ambiental han sido tratadas en esta obra en el Capítulo V, y a él nos remitimos.

10.3.LA NORMATIVA DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS SUBJETIVOS FRENTE AL ILÍCITO AMBIENTAL

A) La prevención del daño ambiental

a) La vía del amparo

Esta vía tiene también hoy rango constitucional.

El artículo 43 de la Constitución reformada habilita la acción expedita y rápida del amparo, en las condiciones que establece, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por la Constitución, un tratado o una ley.

Esta vía de acceso a la jurisdicción es excepcional y requiere un condicionamiento que no siempre puede acreditarse debidamente y con la urgencia que el caso hace necesario. El tema ha sido motivo de tratamiento en el Capítulo V (parágr. 5.5,B), c) de esta obra.

Sin embargo, consideramos que es oportuno ampliar ese desarrollo porque en el tratamiento de la vía del amparo, es fundamental establecer con precisión quienes están legitimados procesalmente para acceder a la jurisdicción.

En este párrafo (10.3) nos ocupamos de la acción de amparo como medio procesal para la defensa de los derechos subjetivos frente al ilícito ambiental. Antes (5.5, B), c) nos hemos referido a esta acción excepcional para la tutela ambiental, como "interés difuso".

Parece oportuno insistir en lo que expresamos entonces en el sentido de que cuando en la primera parte del artículo 43 se reconoce legitimación procesal "a toda persona", se está muy lejos de admitir una "acción popular" que por su alcance impreciso hubiera requerido una referencia expresa a ella y a la invocación de un presunto interés público indeterminado. Aquel texto legal admite solamente legitimación activa para accionar en defensa del interés difuso, que la misma norma alude como "derechos que protegen el ambiente", generalizando su categorización dentro de los "derechos de incidencia colectiva", a sujetos determinados como el "afectado", el "defensor del pueblo" y las "asociaciones que propendan a esos fines". A estos sujetos excepcionalmente legitimados por el propio texto constitucional, nos hemos referido en el Capítulo V (5.5, B), c).

Sobre este aspecto particular de la acción de amparo, excluyente de la llamada "acción popular", viene al caso citar un reciente trabajo del Sub-procurador del Tesoro de la Nación quien considera necesario para el tratamiento de esta cuestión "partir del argumento de la falta de recepción de la llamada 'acción popular'".

En este trabajo que estamos citando, se recuerda el pensamiento de Marienhoff expuesto en una conferencia en la Universidad del Museo Social Argentino, el 14 de mayo de 1986. En aquella oportunidad dijo el Maestro que "la acción popular", que caracteriza a la protección jurisdiccional del interés simple, no podría instituirse en nuestro régimen jurídico, porque vulneraría el artículo 22 de la Constitución Nacional, en tanto establece que "el pueblo no delibera ni gobierna sino a través de sus representantes y autoridades creadas en esta Constitución"; agregando que el concepto de "pueblo" utilizado en la norma se refiere a "cualquiera de sus partes, por entender inconcebible una acción popular que fuera promovida ante la justicia, simultáneamente, por todo el pueblo en su conjunto total".

Aunque esta tesis está referida en particular a las acciones contra el Estado para impugnar u objetar judicialmente actos administrativos, los fundamentos expuestos son absolutamente aplicables a la acción que un particular pretenda ejercer, sin la invocación de un derecho subjetivo lesionado, contra el Estado o contra cualquier particular, so pretexto de la tutela del interés difuso o simple que una comunidad pueda tener a preservar el ambiente o la calidad de vida en general.

Ello es así porque nadie puede atribuirse la representación del pueblo en la defensa de un interés colectivo o supraindividual, ya sea frente a un acto de la autoridad pública de hecho o de derecho, o de un particular, que afecte indeterminadamente a una pluralidad de sujetos en cuanto integrantes de grupos o clases sociales o categorías de personas ligadas por un interés de incidencia colectiva.

No está demás señalar que el artículo 22 de la Constitución de 1853-60, está reproducido con el mismo texto y ubicación metodológica después de la reforma de 1994, pues ese contenido es la máxima expresión de la democracia representativa.

Creemos, sin embargo, que dado el carácter político del contenido de esa norma constitucional, no atentaría contra el sistema representativo una disposición de la Carta Magna que expresamente estableciera una "acción popular" en la protección de intereses difusos de alcance colectivo, pero que no comporten la intervención de un particular a nombre del pueblo en la organización y funcionamiento de las instituciones republicanas.

b) La acción negatoria

Cuando el daño ya se ha producido la vía natural para acudir a la Justicia y obtener la legítima reparación, es la acción indemnizatoria que nace de la responsabilidad civil extracontractual. Junto a esta obligación de indemnizar, invocable cuando el daño ya se ha producido, es necesario también encontrar un medio civil de protección preventiva; es decir, no destinado a reparar el daño causado, sino a evitar que se cause, paralizando las actividades que producen perturbaciones ilegítimas potencialmente dañinas para el medio ambiente. Este es el campo de actuación de la acción negatoria.

Como señalan en la doctrina española, "la acción negatoria es la acción que corresponde al propietario contra todo tipo de perturbaciones no posesorias dirigidas contra su derecho. Por razones históricas, íntimamente relacionadas con el desarrollo de la revolución industrial, la acción negatoria vio disminuido su campo de aplicación en beneficio de la responsabilidad por culpa, menos molesta para quien lleva a cabo actividades potencialmente dañinas". Continúan expresando los autores citados:

"Ha sido sólo a partir del momento en que el peso de la economía se ha desplazado del sector industrial a los servicios, cuando la calidad de vida, la tutela del medio ambiente y sus traducciones jurídicas, entre las que se cuenta la acción negatoria, han renacido y han pasado a ocupar un primer plano".

La acción negatoria es uno de los principales medios de protección civil del medio ambiente. Ejercitando esta acción puede solicitarse en primer lugar la cesación, es decir que se hagan cesar o paralicen las actividades que ocasionan perturbaciones ilegítimas al derecho del actor, que no consisten en la privación indebida de la posesión (pues en este caso lo procedente sería el ejercicio de las acciones posesorias, o, en su caso la acción real reivindicatoria) y, en segundo término, la abstención, es decir que el demandado se abstenga de realizar en el futuro otras actividades del mismo género igualmente perturbadoras.

En todo caso la acción corresponde al titular de un derecho real que pueda ver perjudicado su interés por las perturbaciones que se desea hacer cesar; las perturbaciones no deben referirse a un hecho aislado o puntual, en cuyo caso lo procedente sería utilizar la acción de responsabilidad civil, sino una actuación continuada que se pretende detener, tratándose de perturbaciones de índole material. Las perturbaciones jurídicas que son las que tradicionalmente constituyen el objeto del ejercicio de la acción negatoria, no son las que interesan cuando se trata de la protección ambiental.

La tesis tradicional la exponía Castán Tobeñas quien decía que el demandante había de probar no sólo la perturbación que el demandado le había causado en el goce de su propiedad, sino también que esa perturbación se realizaba con la pretensión de ostentar un derecho real, pues para reprimir actuaciones de puro hecho bastaban las acciones posesorias y no había de recurrir a la negatoria.

Esa concepción tradicional ha sido superada y ya no es admisible en el Derecho español vigente. En la sentencia del Tribunal Supremo que citamos en la nota 6 de este capítulo, se expresa que "el hecho de que el ordenamiento administrativo regule profusamente cuestiones relacionadas con el derecho del medio ambiente, no supone para nada que esta materia esté monopolizada por el derecho público". En realidad, dice el Tribunal Supremo, "el litigio planteado es un caso ejemplar de ejercicio de la acción negatoria, que es la acción que corresponde al propietario contra todo tipo de perturbaciones no posesorias dirigidas contra su derecho. Cuando la calidad de vida, la tutela del medio ambiente y sus traducciones jurídicas, han sido motivo de preocupación social la acción negatoria ha renacido y ha pasado a ocupar un primer plano en la dogmática del derecho, más allá de las

perturbaciones provocadas por quien alega ser propietario o titular de un derecho real, como la servidumbre, sino también las perturbaciones de hecho o materiales como pueden ser las vibraciones, ruidos y emisiones que dañando el ambiente perjudican las propiedades vecinas”.

Siguiendo a la moderna doctrina y jurisprudencia españolas, nada se opone hoy a la reconstrucción dogmática de una categoría normativa que, hasta ahora soslayada, recobra una importancia fundamental cuando se trata de perturbaciones ambientales que limitan o impiden el libre ejercicio de la posesión sobre un inmueble.

La perturbación no ha de consistir en la privación y detentación indebidas de la posesión, pues allí es el ámbito propio de la acción reivindicatoria; ha de tener su origen en un comportamiento humano pues, en principio, no se responde por los hechos naturales. No ha de referirse a un hecho puntual, pasado y sin continuación, sino a algo que permanece, que se hace continuar y que, por eso mismo, puede hacerse cesar. Debe diferenciarse entre el acto que causa ilícitamente un daño y el comportamiento que, continuada e intermitentemente, está perturbando a un propietario en el ejercicio de su derecho.

"Así se comprenden en el ámbito de la acción negatoria, las perturbaciones jurídicas provocadas por quien alega ser propietario o titular de un derecho real, pero, además están las materiales causadas por la intromisión de objetos o inmisiones sustanciales, inusuales o muy gravosas, tales como vibraciones, ruidos e inmisiones contaminantes”.

En nuestro Derecho, la doctrina ha sido siempre restrictiva en la interpretación del alcance que corresponde atribuir a la acción negatoria, reconociendo su ejercicio a los poseedores de inmuebles impedidos de ejercer libremente sus derechos (art. 2801, Cód. Civ.), sólo contra un tercero que pretenda el ejercicio de un derecho real, como puede ser una servidumbre indebida (art. 2802).

También se da la acción negatoria para proteger la propiedad "contra el vecino que hace derivar de su fundo al mío aguas que no tengo obligación de recibir". Agrega la actualización de Argañarás nro. 2159 a): "Este circunscripto alcance que tuvo la acción negatoria en sus orígenes ha sido posteriormente ampliado, y la acción ampara a los que tienen sobre una cosa, un derecho de propiedad, o de otra índole, cuando el ejercicio de ese derecho es perturbado por los avances de un tercero. Pero de ello no se sigue que haya sido desnaturalizada o desviada la finalidad que siempre tuvo la acción negatoria, en cuanto fue instituida para liberar al fundo poseído por el dueño... de la ilegítima intromisión de un tercero que pretendiera ejecutar sobre el mismo fundo, otro derecho en oposición y menoscabo del que corresponde al poseedor”.

La "intromisión" en la propiedad de otro, que hoy se manifiesta a través del fenómeno de la contaminación ambiental o sea la polución del aire, el agua y el suelo y que se proyecta más allá de lo que es una relación de vecindad jurídica, es un aspecto moderno del desarrollo, y, si bien el legislador no lo había contemplado en los cuerpos legales, ajeno entonces a esa problemática social, la doctrina y la jurisprudencia con el activismo protagónico que parece ser un imperativo de la hora, no deben soslayar las soluciones que en el marco de la ley permitan una interpretación plástica y funcional de la normativa, que al fin de cuentas existe para dar soluciones de justicia y equidad a los conflictos que surgen de la convivencia social.

Lo que se persigue con la acción negatoria es una vía jurisdiccional de prevención para hacer cesar los efectos de la contaminación del ambiente, que no es un perjuicio puntual, sino un proceso continuado de perturbación del derecho de propiedad, que ocasiona no solamente una pérdida del valor económico del inmueble afectado, sino un grave ataque al

derecho a la calidad de vida de sus moradores.

El artículo 2806 del Código Civil dispone que "probándose que el acto del demandado no importa el ejercicio de un derecho real, aunque el poseedor fuese accidentalmente impedido en la libre disposición de su derecho, la acción, si hubo daño causado, será juzgada como meramente personal". Es decir que si una turbación del derecho del poseedor de un inmueble proviene de hechos materiales de un tercero, será juzgada como meramente personal "si hubo daño causado". Es obvio que si el hecho "no jurídico" causa un daño al poseedor, éste tiene la vía de la acción personal por resarcimiento del daño, fundándose en el artículo 1109 o en el artículo 1113 del Código Civil.

Pero si la perturbación que el hecho material causa al poseedor no se ha manifestado como daño causado al interés legítimo de éste, ya sea patrimonial o extrapatrimonial, la acción negatoria no es rechazada por el artículo 2806 del Código Civil, y puede el poseedor ejercerla preventivamente en relación al daño que eventualmente pudiere sobrevenir, persiguiendo con ella hacer restablecer el libre ejercicio del derecho trabado, mediante la cesación de la actividad contaminante que proyectaba los efectos sobre su inmueble, así como en su caso, la sentencia que admite la acción negatoria puede condenar al demandado a no enviar las aguas que indebidamente derivara al fundo del actor.

c) La denuncia del daño temido

El artículo 2499 del Código Civil tiene un párrafo incorporado por la ley 17.711 que dispone: "Quien teme que de un edificio o de otra cosa derive un daño a sus bienes, puede denunciar ese hecho al juez a fin de que se adopten las oportunas medidas cautelares".

El artículo 2500 establece a su vez: "La acción posesoria en tal caso tiene el objeto de que la obra se suspenda durante el juicio, y que a su terminación se mande deshacer lo hecho". Esta acción, llamada en el antiguo derecho español de "daño temido", se halla regulada en el Código Procesal de la Nación (art. 623 bis) como "denuncia de daño temido" y puede ser ejercida no solamente en caso de que un edificio amenace ruina, sino también si el peligro nace de cualquier otro evento.

Por lo tanto, en presencia de la instalación de una industria que procese elementos, cuyos desechos, efluentes o efluvios, puedan ser contaminantes del ambiente, ante el solo peligro de que ello se produzca, cualquier vecino o no que se halle expuesto a sufrir el perjuicio, puede ejercer la acción denunciando los hechos al juez, a fin de que éste adopte las oportunas medidas cautelares, ya sea disponiendo la suspensión de las obras o de la actividad que se propone realizar, hasta comprobar pericialmente que se ha instalado un eficiente sistema de antipolución que garantice en los hechos la incontaminación del ambiente.

El juicio puede tramitar como proceso sumarísimo (art. 321, inc. 2º, C.P.C.C.N.), conforme con lo que dispone el artículo 623 bis del mismo Código: "...Recibida la denuncia el juez se constituirá en el lugar y si comprobare la existencia de grave riesgo, urgencia en removerlo y temor de daño serio e inminente, podrá disponer las medidas encaminadas a hacer cesar el peligro. Si la urgencia no fuere manifiesta requerirá la sumaria información que permitiere verificar, con citación de las partes y designación de peritos, la procedencia del pedido... Las resoluciones que se dicten serán inapelables. En su caso, podrán imponerse sanciones conminatorias".

d) La vía interdictal

También por el trámite del juicio sumarísimo se puede usar la vía interdictal conforme a lo

que dispone el artículo 619 del Código Procesal de la Nación, que declara procedente el interdicto de obra nueva, cuando se hubiere comenzado una obra que afectare a un inmueble, facultándose al poseedor o tenedor de éste a promoverlo. Se declara inadmisibile el interdicto si la obra estuviere concluida o próxima a terminar.

La sentencia que admitiere el interdicto dispondrá la suspensión definitiva de la obra o, en su caso, su destrucción y la restitución de las cosas al estado anterior, a costa del vencido. Sobre la vía del interdicto de obra nueva resulta muy importante citar la siguiente sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid del 12-XI-1974 que declara procedente esa vía como medida cautelar contra las obras que se ejecutan con infracción manifiesta de las normas urbanísticas.

Declara el Tribunal en esa sentencia que "la construcción iniciada aunque esté amparada por una licencia municipal, perturba las características de la zona (pureza del aire, tranquilidad, silencio, sosiego) lesionando con ello el derecho que los vecinos tienen a que se respete un ambiente protegido por las normas urbanísticas vigentes. Frente a ello los afectados pueden defenderse con todos los medios que el Derecho pone a su disposición, entre ellos, el muy enérgico interdicto de obra nueva. El hecho de que la entidad perturbadora haya obtenido licencia municipal para la construcción de los edificios no enerva la acción interdictal, pues tal licencia al infringir manifiestamente las normas urbanísticas de la zona, no puede amparar la lesión de ningún derecho o interés legítimo".

B) La reparación del daño ambiental

a) La vía expansiva del a vecindad

- En el Derecho francés

Admitiendo que la expresión "daño ecológico" o "daño ambiental" comprende a la vez los daños sufridos por el medio natural y los daños de polución padecidos por las personas y los bienes, se puede constatar que la responsabilidad civil en la materia, es ampliamente dominada en Francia por la teoría de las turbaciones anormales de la vecindad (*troubles anormaux du voisinage*).

El régimen de responsabilidad por culpa ha sido raramente aplicado en materia de daño ambiental, pues la víctima no puede obtener reparación si no prueba la culpa del responsable de conformidad con los artículos 1382 y 1383 del Código Civil francés. El Derecho Ambiental es en gran parte, un derecho de policía con múltiples reglamentos administrativos, y, por lo tanto, parecería que fuese suficiente demostrar la violación de un reglamento para que la culpa resulte demostrada. Pero, sin embargo, puede existir culpa que resulte del comportamiento del contaminador (*pollueur*) aunque éste hubiese respetado los reglamentos administrativos, pues esto no sería una justificación. Una negligencia o una imprudencia pueden comportar la obligación de reparar.

Sin embargo, sobre la base del artículo 1384, párrafo primero del Código Civil, la protección del ambiente ha podido ser asegurada. Resulta a priori difícil de aplicar en materia de polución, la responsabilidad por el hecho de las cosas que se tienen bajo la guarda, salvo que se considere que el humo o los olores son cosas que se encuentran bajo la guarda del industrial. En realidad, la polución proviene de las máquinas y las chimeneas. Sin embargo, en la jurisprudencia francesa, se ha considerado responsable a una compañía química, considerándola guardiana de los gases emanados de su establecimiento (Civ., 17-XII-1969, Bull. De jurisp., pág. 261). Lo mismo ha sido admitido en relación al ruido de un astillero (Cass. Civ., 8-III-1978, D. 1978, pág. 641).

La responsabilidad civil fundada en las turbaciones de vecindad apareció por primera vez en Francia, en una sentencia de la Corte de Casación del 27-XI-1844. La idea actual es que la vida en sociedad impone que se soporten ciertos inconvenientes normales de vecindad, o, dicho de otro modo, que existen ciertas poluciones o daños admisibles hasta cierto punto, más allá del cuál la reparación debe admitirse porque existiría un daño anormal.

El juez civil dispone en los tribunales franceses, gracias a esta teoría, de un margen de aplicación muy grande salvo hasta donde puede considerarse una turbación normal y desde qué límite de tolerancia aquella molestia puede constituir un daño anormal que autorice al perjudicado a pedir la cesación de ella y la reparación del daño, en su caso.

La responsabilidad del contaminador puede tener así diversos fundamentos legales. La víctima puede elegir entre la responsabilidad por culpa, la teoría de las molestias o turbaciones de vecindad o la responsabilidad por el hecho de las cosas. Estas acciones son autónomas, y el demandante puede apreciar en el momento de ejercer su acción, cuál es la vía más apta en relación a la naturaleza de su perjuicio.

- En el Derecho anglo-sajón

Las instituciones jurídicas del Derecho anglo-sajón (common law) tienen presente situaciones similares a las que regulan las relaciones vecinales en los países latinos.

En el common law, se entiende como responsabilidad por nuisance la que surge de una situación creada, adoptada, o continuada por una persona, que difiere de un razonable y conveniente uso de su propio predio, que en un grado sustancial perjudica a otra persona, propietario o poseedor en el disfrute del suyo. Esta institución tiene su origen en el Derecho Romano, siendo aplicada para combatir contaminaciones ambientales que, como en el caso de la vecindad, trascendían a los inmuebles contiguos, tales como la ocasionada por olores o ruidos. Otra institución del common law, conectada con la nuisance es el trespass parecida también a la immisio latina, que prohíbe la injerencia física en propiedad ajena sin consentimiento de su dueño.

El requerimiento tradicional de que la invasión se realice de forma tal que sea "perceptible para el ojo humano", caso de los humos, por ejemplo, invalidaba el recurso a tal figura cuando se trataba de sustancias no visibles o de manifestaciones de energía, lo que ha motivado también la revisión de los criterios jurisprudenciales para ampliar la posibilidad de reacción.

Las viejas técnicas defensivas frente a las agresiones contra el dominio procedentes de predios próximos, fueron paulatinamente acomodándose a las exigencias de la revolución industrial, incluyéndose entre las posibles perturbaciones las materializables a través de humos, emanaciones, ruidos y vibraciones.

b) La objetivación de la responsabilidad

Aun que se ha considerado que la justificación de la responsabilidad por la existencia de una culpa en el obrar del responsable, significaba un avance moralizador de las relaciones humanas, más allá de la venganza privada, lo cierto es que en el estado actual de nuestra civilización, ese fundamento es insuficiente.

El creciente dominio de las fuerzas naturales por parte del hombre mediante una tecnología avanzada, no permite, sin embargo, un control absoluto de aquéllas, haciendo surgir riesgos que son inherentes a las modalidades actuales de la producción y del desarrollo, escapando de la posibilidad de su previsión y, por lo tanto, de la imputación culposa de las consecuencias.

La objetivación de la responsabilidad tiene un amplio campo de aplicación en las relaciones

reguladas por el Derecho Ambiental, pues, efectivamente, buena parte de los daños causados al perturbarse los elementos ambientales tienen por causa los riesgos propios de actividades lícitas y necesarias para el desarrollo.

C) La responsabilidad civil en el Derecho argentino

Admitido como está en la doctrina general que la expresión "daño ecológico" o "daño ambiental" comprende a la vez los daños sufridos por el medio natural y los perjuicios derivados de la contaminación, destrucción del medio ambiente sobre las personas y los bienes, es necesario establecer el fundamento jurídico de esta responsabilidad por el daño particular, la cual comporta el reconocimiento del derecho subjetivo del damnificado a obtener del responsable la reparación del perjuicio.

Si hubiéramos de considerar que el fundamento de esta responsabilidad tiene, en nuestro régimen legal, justificación suficiente en la culpa de quién desarrolla la actividad que da origen al daño (art. 1109, Cód. Civ.), difícilmente podría hallarse un responsable que se halle pasivamente legitimado para ser el destinatario de la acción. Son numerosas las actividades de la industria, el comercio y el transporte que se regulan administrativamente mediante normas permisivas o, por lo menos hasta ahora, no suficientemente rigurosas en la consideración de los riesgos ambientales que puedan dañar a la comunidad. Por consiguiente no se podrá imputar culpa por inobservancia de reglamentos, excluyéndose así de la responsabilidad a un amplio sector de la actividad económica que es la causa más frecuente del daño ambiental.

Nos hemos referido en el Capítulo IX a la legislación vigente en la República Argentina sobre tutela ambiental.

La ley 24.051 cuyo análisis hemos realizado en el citado Capítulo IX, párrafo 9.3, tiene una normativa muy apropiada en cuanto a los riesgos que pueden tener origen en los residuos peligrosos, pero su ámbito de aplicación está limitado a los residuos generados o ubicados en lugares de jurisdicción nacional y, excepcionalmente a ámbitos interprovinciales en los casos establecidos en los artículos 1º de dicha ley, y 1º de su decreto reglamentario 831.

La Ley de Residuos Peligrosos (24.051) en cuanto a lo que dispone en el Capítulo VII "De las responsabilidades" (arts. 45 a 48) y en el Capítulo IX "Régimen penal" (arts. 55 a 58), no es aplicable mientras no sea convertida en ley nacional, aplicable en todo el territorio de la República, como lo hemos explicado en el Capítulo IX, párrafo 9.4, de esta obra.

Las normas sobre responsabilidad civil y responsabilidad penal son írritas por su manifiesta inconstitucionalidad, y por lo tanto, no pueden aplicarse en los límites de la jurisdicción nacional que determina el artículo 1º de dicha ley, pues no pueden modificar el derecho común de la Nación que es uniforme (Cód. Civ. y Cód. Pen.) para ser aplicadas solamente en parte del territorio. Pero tampoco pueden aplicarse en las provincias por la misma razón ya señalada, de que una ley local dictada por el Congreso de la Nación como legislatura local de la Capital Federal, no pueda extender su ámbito de aplicación a toda la República en violación del inciso 12, artículo 75 de la Constitución Nacional.

Sin embargo, se debe destacar que los artículos de dicha ley sobre responsabilidad civil, son dignos de tomarse en cuenta cuando se regularice la anomalía señalada.

Es razonable presumir que todo "residuo peligroso es cosa riesgosa en los términos del segundo párrafo del artículo 1113 del Código Civil" (art. 45). También es razonable por las razones que damos en esta obra, que "en el ámbito de la responsabilidad extracontractual,

no es oponible a terceros la transmisión o abandono voluntario del dominio de los residuos peligrosos".

El agravamiento de la responsabilidad en estos casos se halla perfectamente justificado y por ello es atinado resolver como lo hace el artículo 47 que: "El dueño o guardián de un residuo peligroso no se exime de responsabilidad por demostrar la culpa de un tercero de quien no debe responder, cuya acción pudo ser evitada con el empleo del debido cuidado y atendiendo a las circunstancias del caso". Finalmente, el artículo 48 contiene una norma inexcusable: "La responsabilidad del generador por los daños ocasionados por los residuos peligrosos no desaparece por la transformación, especificación, desarrollo, evolución o tratamiento de Estos, a excepción de aquellos daños causados por la mayor peligrosidad que un determinado residuo adquiere como consecuencia de un tratamiento defectuoso realizado en la planta de tratamiento o disposición final".

También es de buena técnica legislativa mencionar explícitamente, quienes son considerados dueños o guardianes de los residuos peligrosos, durante las distintas etapas de la circulación de Estos desde su generación. Así el artículo 22 prescribe que: "Todo generador de residuos peligrosos es responsable, en calidad de dueño de los mismos, de todo daño producido por estos, en los términos del Capítulo VII de la presente ley".

El artículo 31, a su vez prescribe que: "Todo transportista de residuos peligrosos es responsable, en calidad de guardián de los mismos, de todo daño producido por estos en los términos del Capítulo VII de la presente ley".

Por último en el artículo 44, se dispone que: "En toda planta de tratamiento y/o disposición final, sus titulares serán responsables, en su calidad de guardianes de residuos peligrosos, de todo daño producido por estos, en función de lo prescripto en el Capítulo VII de la presente ley".

El mandato que contiene el artículo 41 de la Constitución Nacional reformada en 1994, estableciendo la distribución de competencias entre la Nación y las provincias, ha de promover la necesaria actividad legislativa en los órdenes nacional y local de estas últimas, de manera de que nuestro país pueda contar con una estructura institucional adecuada a las exigencias de los tiempos en que vivimos.

Entretanto, y a falta de la legislación aplicable a toda la Nación, y, particularmente, en relación a las responsabilidades, tanto civil como penal, están en vigencia las pertinentes normas de los códigos Civil y Penal, respectivamente.

a) Factor de responsabilidad

Excluida la culpa como factor subjetivo de responsabilidad civil, es el artículo 1113 del Código Civil la norma que pareciera dar fundamento suficiente a la responsabilidad por daño ambiental. Sin embargo, tal como se afirma respecto al artículo 1384 del Código francés, es difícil aplicar en materia de polución la responsabilidad por el hecho de las cosas que se tienen bajo la guarda, salvo que se considere que el humo, el ruido o los olores son cosas bajo la guarda del industrial. En realidad esa polución proviene de las máquinas y de las chimeneas, que producen y expelen elementos contaminantes, como son los desechos industriales, y estos sí son cosas arrojadas al exterior que contaminan el suelo, las aguas de los ríos, lagunas y corrientes subterráneas, así como los hedores y gases tóxicos que impregnan el ambiente haciendo irrespirable el aire, con grave riesgo para la salud de quienes deben soportarlo. En estos últimos casos es de aplicación el artículo 1113 del Código Civil, que comporta la responsabilidad objetiva del dueño o guardián por el vicio o riesgo de la cosa.

Otra alternativa, como fundamento de esta responsabilidad, ha pretendido hallarse en el artículo 2618 del Código Civil con el texto incorporado por la reforma de la ley 17.711 de 1968, siguiendo la doctrina francesa de las molestias de vecindad y el artículo 844 del Código Civil italiano, que a su vez tuvo como antecedentes los códigos alemán (art. 906) y suizo (art. 684).

Este texto (art. 2618, Cód. Civ.) resulta hoy insuficiente para resolver los problemas que resultan del impacto ambiental originado en la actividad industrial de nuestro días y los graves perjuicios que resultan a los legítimos intereses de las personas que deben soportarlos.

La principal objeción que puede hacerse a la aplicación de esta norma a los supuestos de daño ambiental y a su afectación a los intereses legítimos de las personas, es el limitado marco fáctico que legisla, entendiéndose por vecindad la contigüidad fundiaria de los inmuebles. El Proyecto de Unificación Legislativa sancionado por el Congreso como ley de la Nación y vetado totalmente por el Poder Ejecutivo, incluía el artículo 2619 con el texto siguiente: "lo dispuesto en el artículo anterior se extiende a toda persona que pueda ser perjudicada por tales actividades, aunque no se trate de vecinos".

Según Messina de Estrella Gutiérrez, con ello se ingresa en la normativa del Código el reclamo por daño ecológico, legitimando a todo sujeto que "pueda ser perjudicado" lo que puede interpretarse como la aceptación de la prevención del daño, autorizando el reclamo de los intereses legítimos y aun difusos.

Como expresa Stiglitz considerando la insuficiencia de la citada norma legal, y a falta de otras disposiciones legales expresas que contemplen la reparación del daño ambiental fuera de los límites de la vecindad territorial, la tutela de los sujetos no comprendidos en ella queda trasladada a las normas generales sobre responsabilidad civil.

En tal sentido, nos parece indudable que sería de aplicación el artículo 1113 del Código Civil, en el que se dispone la responsabilidad por riesgo o vicio de la cosa, funcionando el factor objetivo teniendo en cuenta que el presunto responsable como dueño o guardián de ella no puede liberarse demostrando su falta de culpa y sí, solamente, probando la interrupción del nexo causal entre el riesgo y el daño.

En el importante fallo dictado por la Cámara Nacional en lo Civil de la Capital Federal (Sala I) del 30-VI-1994, que comentamos más adelante y citamos en la nota 26 de este mismo capítulo, al hacerse el enfoque normativo del caso en la responsabilidad objetiva, se expresa que ello es posible, tanto si se considera que el daño ha sido ocasionado por la "cosa" (arsénico de propiedad de la demandada) como si se estima al complejo industrial contaminante como "cosa" o "actividad riesgosa".

Consideramos que es impropio darle al concepto de cosa una significación tan extensa que haya que abarcar todo el establecimiento industrial, porque éste es realmente un complejo de cosas o elementos diversos no peligrosos que se articulan en su funcionamiento para obtener un producto que puede ser peligroso él mismo, o serlo los desechos o residuos que genera su elaboración. Tampoco es admisible atribuirle al complejo industrial la calidad de "actividad riesgosa" porque el establecimiento industrial no es una "actividad" sino que podría considerarse que su dueño o la empresa propietaria desarrolla allí una actividad riesgosa, considerando los elementos peligrosos que pone en movimiento o intervienen en la producción, o, finalmente en el producto nocivo que es el resultado final o en el residuo peligroso que genera.

De cualquier modo habría que descartar este supuesto factor "actividad riesgosa" porque es notorio que el riesgo no está contemplado en la ley más que para las "cosas" y no para las

"actividades" y siendo que los factores de responsabilidad objetiva son de excepción en relación al factor "culpa", que sigue siendo el factor genérico determinante de la responsabilidad civil, no puede hacerse extensivo aquel factor objetivo a las llamadas "actividades riesgosas" que, obviamente, no son cosas sino hechos.

Corrobora este criterio de distinción, la circunstancia de que en el Proyecto de Unificación Legislativa Civil y Comercial de 1987, que fue sancionado por el Congreso de la Nación y registrado como ley 24.032 y luego vetado totalmente por el Poder Ejecutivo de la Nación mediante el decreto 2719/91, se incluyó un párrafo en el artículo 1113 del Código Civil, donde se expresaba: "lo previsto para los daños causados por el riesgo o vicio de las cosas es aplicable a los daños causados por actividades que sean riesgosas por su naturaleza o por las circunstancias de su realización".

b) Legitimación activa

Podrán reclamar el resarcimiento por el daño ocasionado por la contaminación, la persona o personas que hubieren sufrido perjuicio en si mismos o en sus bienes. En caso de fallecimiento de la víctima podrán demandar el daño sufrido por ésta última sus sucesores legítimos o testamentarios, exceptuando el daño moral, que solamente compete al damnificado directo (art. 1078, Cód. Civ.). Si del hecho contaminante hubiere resultado la muerte de la víctima, únicamente tendrán acción por reparación del daño moral los herederos forzosos, a título propio y como damnificados indirectos.

c) Legitimación pasiva

La acción podrá ser dirigida contra el dueño o quien tenga la guarda de la cosa. lo más corriente es que el daño tenga su Origen en la polución de un curso de agua, o contaminación del aire o por el ruido, que sea el resultado de la acción de varios como posibles responsables que han concurrido a producirlo. Probada la relación de causalidad entre el daño y las cosas o elementos que producen la contaminación habría una participación acumulativa o concurrente en los hechos determinante de un resultado único. En tal caso, cada uno de los que tengan la guarda de la cosa dañosa deberá responder por la totalidad del daño, en virtud de la obligación in solidum de los corresponsables, sin perjuicio de la acción de reintegro que compete a quien pagare la totalidad. Igual solución correspondería por aplicación del principio de responsabilidad colectiva, si no pudiese determinarse de cuál de los supuestos responsables es la cosa, cuyo hecho, en las mismas condiciones de dañosidad, fue la causa del perjuicio.

El demandado como dueño o guardián de la cosa con vicio o riesgo de polución no puede excusar su responsabilidad demostrando que su actividad la desarrollaba mediando autorización gubernamental y con observancia de las normas reglamentarias, pues no se cuestiona su culpa, sino que su responsabilidad tiene fundamento objetivo en el riesgo de causar daño a otros y además en el principio general del alterum non laedere. Además la norma de derecho administrativo que regula el funcionamiento del establecimiento se dicta sin perjuicio de terceros.

Resulta imposible aceptar que como consecuencia de una actividad o de una omisión de las autoridades a cargo del poder de policía de vigilancia del cumplimiento de las normas administrativas de seguridad, pueda tolerarse la violación del deber de no dañar por parte del contaminante.

En el fallo que citamos en la nota se expresa además, que la autorización administrativa, en caso de existir, no evitaría que 105 jueces puedan disponer la indemnización de daños o la

cesación de las molestias ocasionadas por humo, calor, olores, etcétera, por el ejercicio de actividades en inmuebles vecinos (art. 2618, Cód. Civ.). Va de suyo que a fortiori esta regla debe aplicarse a las actividades susceptibles de ocasionar daños por contaminación ambiental.

Otra cuestión que aborda el fallo que estamos citando, se relaciona directamente con la legitimación pasiva, y es aquella que se suscita si ante la liberación de los desechos a su suerte, no ha mediado un abandono que quitase a la demandada su condición de dueño o guardián. La respuesta del tribunal es negativa o sea que aunque los elementos contaminados fuesen expedidos al exterior subsiste aquella calidad a los fines de atribuirles responsabilidad legal por los daños causados. Por nuestra parte compartimos esta opinión, es decir que el dueño o guardián de las cosas con riesgo de dañar, no pierden su condición de responsables aun cuando tales cosas aparezcan abandonadas por aquellos y fuera de su control, pues estos sujetos se hallan legitimados pasivamente frente a una acción resarcitoria en un sistema que apunta a proteger a las víctimas más allá de toda culpa y, por lo tanto, parece irracional interpretar la norma legal atributiva del deber de resarcir el daño, en el sentido de la liberación del responsable precisamente en el momento en que los desechos se tornan más peligrosos por contaminar la atmósfera (el aire, el agua o el suelo), los cuales a partir de entonces serán expandidos por el entorno de quienes serán víctimas de sus efectos nocivos.

d) Relación de causalidad

Cualquiera que sea el fundamento de la responsabilidad que se admita, el obstáculo mayor está constituido por la prueba de la relación de causalidad entre el hecho dañoso como causa y el daño como efecto, tratándose precisamente del daño ecológico. A menudo las poluciones son difusas, lentas, imprecisas y exigen para su comprobación pericias científicas complicadas y costosas.

Si se puede establecer mediante la prueba que tal polución afecta el agua, el aire, el suelo o la fauna, es más difícil comprobar en qué medida el perjuicio afecta de rebote (par ricochet) a un tercero.

Hay en tal caso, un vínculo de causalidad tan indirecto en materia de daño por polución que impide establecerlo fehacientemente, privando al damnificado de la reparación que reclama, lo que comporta una denegación de justicia. En tales casos, para no llegar a este extremo, los jueces echan mano a las pruebas indirectas de presunciones precisas y concordantes.

Es necesario prever legislativamente el conjunto de la responsabilidad por daño ambiental, admitiendo la reparación del daño indirecto aun con simples presunciones, pues la ecología enseña que seres y cosas forman un todo complejo, difícilmente escindible, y que el fenómeno de su interdependencia constituye una dimensión fundamental del universo.

e) Contenido de la acción

Consideramos que la acción del damnificado puede perseguir el resarcimiento del daño producido, pero también el cese de la causa que origina el daño para evitar que éste se reitere en el futuro.

El fundamento legal se puede hallar en el artículo 2618 del Código Civil que autoriza al juez a disponer la cesación de las molestias, y, a fortiori, dicha norma es también aplicable si con aquéllas se atenta contra el derecho a la vida, a la salud y a la calidad de vida.

La cesación de la causa del daño se puede lograr no solamente con la suspensión de la

actividad determinante de la polución, sino también imponiendo al responsable la obligación de perfeccionar el procedimiento productivo mediante la adopción o instalación de dispositivos antipolutivos, o depuradores adecuados para prevenir ulteriores eventos dañosos.

La sentencia condenatoria no debe omitir la imposición de esta obligación cuyo cumplimiento puede asegurarse mediante las "astreintes" o condenaciones conminatorias. Entretanto el denunciado que no dé satisfacción a este requerimiento, continuará violando el deber de preservar la calidad de vida a que tiene derecho todo habitante, y que la Constitución reformada recientemente, asegura entre los nuevos derechos y garantías del Capítulo Segundo disponiendo en el artículo 41 la obligación genérica de preservar un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano.

Este mandato constitucional constituye una advertencia para que toda vez que se instale una fábrica o establecimiento industrial u otra actividad cualquiera que en el proceso de producción, circulación o distribución de bienes, manipule elementos eventualmente contaminantes del ambiente, sin perjuicio del cumplimiento de las reglamentaciones administrativas de incumbencia, el responsable de la ejecución de esas actividades, instale algunos de los dispositivos de alta seguridad contra las poluciones que proporciona la moderna tecnología en los países desarrollados. Para ello deberán realizarse las pertinentes inversiones que aconseja la nueva economía de mercado, computando esas cargas en la normalidad del cálculo "coste-beneficio" internalizando de este modo las externalidades que gravan su producción y evitando la incidencia colectiva del daño ambiental.

Todo otro método de saneamiento de esas actividades o de depuración de los desechos industriales que utilice para ello los elementos abióticos de la naturaleza, no hace otra cosa que transferir a la comunidad los factores contaminantes. Por ejemplo: dejar filtrar líquidos efluentes a través del suelo, es contaminar las napas freáticas del subsuelo; desagotarlos en los ríos, lagunas y receptáculos o piletas construidas al efecto, significa contaminar las aguas corrientes en su curso natural o que se hallen contenidas o estancadas; exponer los efluentes o desechos a la aireación natural para purificarlos, equivale a trasladar los elementos contaminantes a la atmósfera. La misma transferencia a la comunidad se produce si no se silencian los ruidos de las máquinas evitando la contaminación sonora, o no se contienen los gases, humos o olores que emanan de las chimeneas.

CAPÍTULO XI EL DERECHO PUBLICO Y LA CONTAMINACION AMBIENTAL

11.1. EL DELITO AMBIENTAL

Antes de analizar el sistema penal argentino, debemos comenzar por describir el bien jurídico protegido como objeto del derecho penal.

A) El bien jurídico protegido

De acuerdo con la metodología que parece más adecuada para el análisis de los ordenamientos sectoriales, en nuestro caso el tratamiento de la problemática ambiental desde el punto de vista de la responsabilidad penal, conviene examinar previamente el

ambiente como objeto sustantivo del derecho penal.

La realidad ambiental, en lo que respecta a su moderna trascendencia para el Derecho, es sin embargo, difícil de acotar, lo que explica así las dificultades de la doctrina y del propio legislador.

Pese a la indudable complejidad de esta materia, el ambiente no es necesariamente un bien indefinido. El ambiente es un concepto fundamentalmente físico en cuanto entorno natural de los sujetos.

Nosotros nos hemos referido al "medio ambiente" significando con esta expresión "el conjunto de cosas y circunstancias que rodean y condicionan la vida del hombre". Este concepto es el mismo si consideramos el ambiente como objeto sustantivo del derecho penal.

Sin embargo, debe quedar bien entendido que las cosas y circunstancias que condicionan la vida del hombre, no son solamente aquellos elementos físicos que aporta la Naturaleza, porque también el hombre mismo actuando sobre ella la ha modificado y la ha modelado conformando su propia calidad de vida. La impronta del hombre sobre los elementos físicos al medio ha diseñado el marco de su vida con su aporte cultural en lo arquitectónico y urbanístico, en el paisaje mismo que ha embellecido y enriquecido con plantaciones y cultivos que constituyen los espacios verdes, con la construcción de edificios, monumentos, caminos y puentes que resultan de la ocupación humana del territorio durante milenios.

B) El sistema penal argentino

a) El Código Penal y la ley 23.077/84.

El artículo 200 del Código Penal después de las modificaciones al mismo por la ley 23.077 sancionada el 9-VII-1984 (B.O., 27-VIII-1984), dispone: "Será reprimido con reclusión o prisión de tres a diez años el que envenenare o adulterare, de un modo peligroso para la salud, aguas potables o sustancias alimenticias o medicinales, destinadas al uso público o al consumo de una colectividad de personas. Si el hecho fuere seguido de la muerte de alguna persona, la pena será de diez a veinticinco años de reclusión o prisión".

El artículo 203 del Código Penal dispone: "Cuando alguno de los hechos previstos en los tres artículos anteriores, fuere cometido por imprudencia o negligencia o por impericia en el propio arte o profesión o por inobservancia de los reglamentos u ordenanzas, se impondrá multa de dos mil quinientos a treinta mil pesos, si no resultare enfermedad o muerte de alguna persona y prisión de seis meses a dos años, si resultare enfermedad o muerte".

La figura penal que tipifica el artículo 200, solamente se refiere a "aguas potables o sustancias alimenticias o medicinales", o sea que el bien jurídico protegido en la ley penal es la "salud pública", como se enuncia en el Capítulo IV del Código Penal, pero no ampara el "medio ambiente" en el sentido que el Derecho Ambiental le asigna a esta expresión y que hemos descripto precedentemente en el apartado "A" de este capítulo, al referirnos al bien jurídico protegido cuando se alude al delito ambiental.

Puede ilustrarnos sobre la tipificación de este específico delito, el artículo 347 bis del Código Penal español, después de la reforma de 1983, que aparece incluido en la sección correspondiente a los delitos contra la salud pública y el medio ambiente en el capítulo que trata "De los delitos de riesgos en general". Para el Código Penal español, el medio ambiente está constituido por los elementos fundamentales de la vida: la atmósfera, el suelo y las aguas terrestres y marítimas, reprimiendo la posibilidad de que ellos resulten contaminados mediante emisiones o vertidos perjudiciales para la salud humana o para la

vida vegetal o animal.

b) La ley 24.051 de residuos peligrosos

Volviendo al régimen penal de nuestro país merece un tratamiento especial el Capítulo IX de la ley 24.051 de "residuos peligrosos", donde se establece el "Régimen penal" en los artículos 55 a 58.

Esta ley tipifica un delito especial que, si bien se puede llamar genéricamente "delito ambiental", tiene una particular caracterización porque reprime solamente aquellas acciones que utilizando residuos peligrosos "envenenare, adulterare o contaminare de un modo peligroso para la salud, el suelo, el agua, la atmósfera o el ambiente en general", conforme resulta del enunciado del artículo 55 de la citada ley.

Comparando esta descripción con la que enuncia el artículo 200 del Código Penal, es notorio que estamos en presencia de una nueva figura delictiva que, como especie de la que contiene aquel artículo, se tipifica por la utilización o empleo de residuos peligrosos. La misma norma a la que nos referimos (art. 55, ley 24.051) dice que "será reprimido con las mismas penas establecidas en el artículo 200 del Código Penal...". Las penas establecidas en el artículo 200 del Código Penal son las sanciones que comprenden a otro delito distinto, que se identifica con el previsto en la ley 24.051, solamente en cuanto a que la pena será la misma.

Hemos señalado antes (Cap. IX, 9.4) la grosera anomalía que contiene esta última ley, cuando en el artículo 56 agrava la penalidad establecida en el artículo 203 del Código Penal. Ahora también, debemos señalar que el artículo 55 de ese mismo instrumento legal, crea una nueva figura delictiva distinta de aquella que tipifica el artículo 200 del Código Penal.

Parece haber pasado inadvertido para el legislador que votó la ley de residuos peligrosos, que el Congreso de la Nación ejerció su potestad legislativa en esa oportunidad como legislatura local de la Capital Federal (art. 67, inc. 27, Cons. Nac. de 1853-60), estableciendo expresamente en el artículo 1º que "la generación, manipulación, transporte, tratamiento y disposición final de residuos peligrosos quedarán sujetos a las disposiciones de la presente ley, cuando se tratare de residuos generados o ubicados en lugares sometidos a jurisdicción nacional o, aunque ubicados en territorio de una provincia estuvieren destinados al transporte fuera de ella...".

El Código Penal de la Nación ha sido dictado por el Congreso Nacional en ejercicio de la atribución conferida por el inciso 11 del artículo 67 de la Constitución Nacional de 1853-60, y como parte del derecho común que debe ser uniforme en todo el territorio de la Nación.

Si hubiere de aceptarse que la ley 24.051, es de aplicación en todo el territorio de la Nación en cuanto al régimen penal que ella crea respecto al específico delito que se cometiere al contaminar el ambiente en general, utilizando residuos peligrosos, deberíamos también admitir que las leyes locales de las provincias pueden modificar el Código Penal y crear nuevas figuras delictivas. De no ser así tendríamos que dar por válido constitucionalmente que quien contaminare el ambiente mediante la utilización de residuos peligrosos en jurisdicción nacional cometería un delito que no sería sancionado como tal si ello ocurriera en jurisdicción provincial.

11.2. LA ECONOMÍA Y EL DERECHO AMBIENTAL

Al enunciar los caracteres del Derecho Ambiental hemos mencionado su vocación redistributiva (3.2-h) mediante el intento de corregir las deficiencias que presenta el sistema de precios, a través de la internalización de los costos que determinan las externalidades resultantes de la contaminación ambiental.

Esta es, sin duda, una solución economicista como modelo de acción para redistribuir la carga que comporta el principio "contaminador pagador".

Se ha dicho, exactamente que, "desatender los problemas derivados de la contaminación, significa una patología de la economía de mercado, que desvirtúa su sentido al afectar gravemente los mecanismos de oferta y demanda para la asignación de recursos".

Continúan expresando los autores citados, que "en el mercado de la sociedad industrial, en el cual la competencia se plantea en función de precios, naturalmente incididos por los costos, quien los disminuye al no recurrir a los medios necesarios para evitar la contaminación distorsiona la competencia, por lo menos en dos aspectos: ofrece sus productos a menor precio, al no asumir los gastos para impedirla, e impone el daño ambiental a terceros, como un costo que estos se ven precisados a tomar a su cargo, sin compensación". En tal caso el costo no es comercial, sino social, en cuanto repercute injustamente sobre la comunidad o algunos de sus sectores.

Desde un punto de vista histórico, es cierto que los teóricos de la llamada "economía clásica" no habían advertido el fenómeno de las externalidades y la ineficiencia que implica para el funcionamiento del mercado, que los sectores del mismo no tomen en cuenta los costos que imponen gratuitamente a los terceros.

Fue la denominada escuela de "economía del bienestar" la que elaboró una teoría de las "fallas del mercado", entre las que se incluye a las externalidades. Esta escuela propone la intervención del Estado como forma complementaria para corregir el funcionamiento del mercado.

Sin embargo, también esta escuela ha sido cuestionada por otras líneas de pensamiento más modernas, que ponen el énfasis en el marco institucional en que opera el mercado como verdadera causa de sus "fallas". Así la escuela de los "derechos de propiedad" señala que las "fallas" atribuidas al mercado por la escuela de la economía del bienestar, se debe a imperfecciones institucionales y que no hacen a la lógica interna del mercado. Esto significa que las externalidades ocurren porque el perjuicio se realiza a bienes que carecen de dueños; o bien, cuando los dueños que existen son tan numerosos que los "costos de transacción" que deben vencerse para tomar la iniciativa de accionar son tales, que no hay incentivo suficiente para hacerlo.

En la terminología de esta escuela, las externalidades son resultado del llamado "drama de la propiedad común", o falta de derechos de propiedad, que es la causa última de toda la problemática de abuso en la explotación de recursos naturales y contaminación del medio ambiente.

Por ende, esta escuela propugna el diseño de instituciones que permitan crear "derechos de propiedad" sobre los distintos aspectos del medio ambiente, a efectos de que, toda vez que exista una externalidad exista también un perjudicado con derecho a oponerse y que entre ambos puedan negociar los términos de una eventual transacción en función del costo beneficio apreciado por cada uno. Lógicamente, ello presupone bajos costos de transacción (pocos involucrados).

El principal aporte de la escuela de los derechos de propiedad es señalar que la intervención estatal no es una solución perfecta para el problema de las externalidades, pues la acción estatal también adolece de "fallas" que son igualmente graves como el funcionamiento

imperfecto del mercado. En particular, se refiere al costo operativo de los organismos públicos y a la falta de información precisa de estos respecto al cálculo de costo beneficio implícito que debe sustentar toda regulación.

De allí que, modernamente, la política ambiental no solamente descansa sobre la clásica regulación estatal, sino que también se complementa con nuevos institutos que tienden a trasladar al campo del derecho privado la solución de diferendos cuando el impacto de la contaminación no afecta una gran cantidad de personas y el "costo de transacción" es bajo (por ej., problemas de vecindad). El llamado "Teorema de Coase", precisamente, establece que toda vez que existen derechos de propiedad bien definidos y los costos de transacción son bajos, el nivel de contaminación de un emisor siempre terminará negociándose al punto de mayor eficiencia, ya sea que el emisor tenga derecho a contaminar (primer caso) o los vecinos el derecho a oponerse (segundo caso), pues quien juzgue que su actividad es más provechosa, pagará al emisor para que deje de contaminar (primer caso) o bien, el emisor pagará al perjudicado para que tolere la contaminación causada (segundo caso). En cambio, si ese caso fuese regulado por una norma administrativa, las partes no tendrían libertad de negociar la solución por ambos preferible (siempre que no haya otros terceros afectados). Como puede verse, la solución no parece fácil en el terreno meramente económico de internalizar el costo de la contaminación ambiental, ya sea cargando a él el cálculo de las indemnizaciones a pagar por los daños posibles derivados de la contaminación, o los desembolsos que la actividad industrial debe realizar para dotar a sus establecimientos de los dispositivos técnicos necesarios para evitar el proceso de la emisión-inmisión.

Habida cuenta de que el desarrollo de la actividad industrial no puede detenerse porque así lo exige el crecimiento demográfico y la evolución de la Humanidad hacia una intensificación y diversificación del consumo, resulta imperiosa una solución que asegure la subsistencia y calidad de vida de las generaciones de hoy y del mañana.

Sin embargo, existe un optimismo generalizado en cuanto a hallar la solución adecuada. Dice el autor que hemos citado (3.2 h-nota 7) que "una reconciliación entre la economía y el medio ambiente puede lograrse utilizando las instituciones de la primera como medio para alcanzar los fines del segundo...".

A su vez, Alterini y López Cabana dicen que "la solución adecuada, cuando menos por ahora, tendría matices variados, provenientes en mayor o menor medida, según los casos, de los modelos neoliberal e intervencionista", y al efecto, agregan estos autores "los criterios económicos concurrirán junto a los jurídicos a fin de que actuando de consuno, y con la perspectiva de justicia, se privilegie el propósito primordial de evitar la reiteración futura de daños".

Entretanto, creemos que la optimización del resultado desde el punto de vista del desarrollo sostenido y de los intereses sociales inmediatos, debe hallarse en la prevención del daño ambiental, a lo cual deben contribuir los avances tecnológicos y la afirmación de la ética ambiental como un imperativo categórico en la conciencia moral de la Humanidad, que conduzca a un cambio de hábitos sociales en vista de lograr comportamientos solidarios que han de lograr una convivencia sana y equilibrada para el goce de la mejor calidad de vida.

Desde el punto de vista macroeconómico y considerando el conjunto de la actividad industrial de un país desarrollado en el momento actual, las soluciones de protección ambiental y desarrollo, requieren el análisis de costo-beneficio empresarial, tratando de establecer ex-ante los límites de la rentabilidad. Esto último parece de muy difícil determinación por vía de las regulaciones administrativas, por la necesidad de recurrir a un

llamado análisis marginal para establecer los límites que requiere conocer aspectos subjetivos de costo beneficio relativos a todos los sujetos involucrados, sobre todo considerando las falencias de un enfoque estático.

Es innegable que en economía y como lo hemos expresado, prevalece una especie de optimismo básico, motivado en las experiencias recogidas en el pasado con los más diversos procesos de sustitución e innovación, y que presupone, en opinión de los especialistas en esta materia, que los procesos de búsqueda generados por el mercado y la competencia en el largo plazo, también van a permitir un ajuste exitoso de la industria a las necesidades ecológicas. En general, esta filosofía se alimenta de la expectativa de que las reacciones del mercado van a ser (ecológicamente) más fructíferas que la adaptación a los objetivos estructurales establecidos por el Estado.

En tal sentido, la función de la política ambiental no sería imponer una nueva calidad ambiental al crecimiento económico regulando el Estado su nivel y la estructura, sino reconocer los límites de la regulación estatal (las citadas "fallas del Estado") y tomando algunos conceptos de la escuela de los derechos de propiedad, sentar nuevas bases que aseguren el mejor ajuste ecológico posible de la economía.

Ello lleva a formular criterios de un llamado impacto económico de la política ambiental, que tienen por objeto asegurar la capacidad de ajuste de la economía ante requerimientos ambientales y sobre todo permitir una rápida recomposición de la rentabilidad empresarial. Concretamente, estos criterios están referidos, según Klemmer en el trabajo citado, a las siguientes pautas:

- a) Reducir a lo menos posible los márgenes de acción internos de la empresa.
- b) Permitir la mayor cantidad de procesos de intercambio externos.
- c) Concretar efectos de beneficios y liquidez que en lo posible están referidos al medio ambiente.
- d) Hacer que la política ambiental sea previsible.

El reclamo de una política ambiental que afecte lo menos posible los márgenes de acción internos de la empresa, implica que la política ambiental práctica intervenga lo menos posible en cuestiones que hacen a las diferentes decisiones en materia de producción, radicación, tecnología e insumos.

El objeto fundamental de la política ambiental es reducir las emisiones (incluidos los ruidos, la radiación radioactiva y los desechos) y preservar espacios (los restos de los mismos) naturales y ecológicamente valiosos para:

- preservar y mejorar la vida, la salud y el bienestar de la población;
- defender a los animales, plantas y objetos de los efectos nocivos de impactos ambientales negativos.

Por lo tanto, las medidas que se adopten en el marco de la política ambiental siempre deben guiarse por estos hechos y dejar que los empresarios encuentren la respuesta al problema de cómo reducir las emisiones hasta el nivel deseado, de la manera más rentable posible. En definitiva, lo importante en la política ambiental es que se reduzcan las emisiones y que se ahorren recursos no renovables.

En este sentido, las formas de regulación tradicionales pueden clasificarse en dos grandes grupos: la regulación por directivas y la regulación por incentivos.

Cuando la regulación se realiza por directivas, los funcionarios asignan permisos, cuotas o cantidades que juzgan adecuados para cada actividad. Este mecanismo es demasiado rígido y no permite que los empresarios utilicen las tecnologías que mejor convengan a su esquema de costos.

La regulación por incentivos, en cambio, puede ser a través de premios o castigos. Los premios son subsidios o desgravaciones para los agentes que cumplen con los objetivos de la regulación. Los castigos, cuando la regulación prevé un sistema de cargos por la utilización del bien colectivo. Por ejemplo, para el vuelco de efluentes no tóxicos en cursos de agua.

Los sistemas más modernos, incluyen formas de "derechos de propiedad" dentro del margen de las regulaciones, pero que admite su utilización o negociación, para lograr una asignación más eficiente de los recursos.

El otro criterio del impacto económico que debe ser ponderado es el que se refiere a los incentivos económicos y que indica que se debe dar prioridad a aquellas estrategias o instrumentos que aseguran que los efectos de ganancia y liquidez relacionados con una producción compatible con el medio ambiente, se produzcan directamente en los niveles de decisión micro económicos.

La economía social de mercado enfatiza que "no debería ser de incumbencia de la política, el camino que habrá de elegir el empresario para realizar este objetivo de la manera económica más razonable". Una injerencia en este tipo de cuestiones, por ejemplo, estableciendo disposiciones oficiales en cuanto a la técnica de reducción de emisiones, implica siempre un condicionamiento de la libertad empresarial, que no se justifica desde el punto de vista ecológico y termina por reducir la eficiencia del proceso de búsqueda económico.

Otro criterio relevante desde el punto de vista de la economía de mercado en relación a los incentivos, indica que se debe dar prioridad a aquellas estrategias o instrumentos que aseguran que los efectos de ganancias y liquidez relacionados con una producción compatible con el medio ambiente, se produzcan directamente en los niveles de decisión microeconómicos. Ello permite obtener una relación segura entre utilidad y protección ambiental.

Este criterio es particularmente importante cuando se hace una evaluación comparativa entre los beneficios de una opción que impone el pago de derechos y tributos y una solución que privilegia certificados ambientales negociables. La gran ventaja del sistema por certificados reside en que los efectos de liquidez llegan directamente al empresario que presente la innovación ambiental y no pasan antes por el camino de las decisiones burocráticas en cuanto a quién debe verse beneficiado por los subsidios que salen del fondo alimentado por los tributos que gravan el aprovechamiento del medio ambiente.

En los Estados Unidos, se han adoptado algunos esquemas "coasianos", que aplicando los principios del Teorema de Coase, permite aplicar soluciones innovadoras. Así, la Environmental Pollution Agency (EPA), tradicionalmente partidaria de soluciones intervencionistas, ha creado un mecanismo de mercado para limitar la contaminación en zonas industriales.

Cuando en una determinada zona industrial se pudiese establecer un cupo global de contaminación admisible, se dividirá ese cupo entre las distintas empresas allí ubicadas, autorizándoselas a negociar los mismos. De ese modo, se crean "derechos de propiedad" sobre la facultad de contaminar, generándose incentivos de mercado para que las firmas actúen espontáneamente y que los derechos de contaminación se asignen a las más eficientes.

A diferencia de la regulación por incentivos, que incide en los precios, mediante la fijación de un costo, la subasta de derechos de contaminación establece cantidades.

Las empresas que no contaminan, obtienen un "premio" por ello, ya que pueden negociar sus derechos en el mercado. A dicho mercado concurren también las firmas que requieren

un cupo adicional para los niveles de producción que desean alcanzar. Pero como los precios resultan de esa competencia, los derechos en venta solamente podrán ser adquiridos por aquellas empresas más rentables (más eficientes) pues son las que pueden pagar el mayor precio. Las otras, menos eficientes, deben limitarse al cupo inicial.

Lo expuesto equivale a proponer pautas de economía social de mercado para el mejor logro de la prevención del daño ambiental.

Sin embargo, nadie que analice a fondo el problema propone excluir la presencia fiscalizadora del Estado a través de los organismos de la administración pública, ya sea en las autorizaciones o certificados de aptitud ambiental para el emplazamiento o radicación de una actividad industrial eventualmente poluyente, así como en lo relativo al control de cumplimiento operacional de los sistemas o métodos adoptados para prevenir la contaminación del ambiente.

En lo que concierne a nuestro país, debe tenerse muy en cuenta que la reforma constitucional de 1994, establece en el artículo 41 que "todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano" y que en los párrafos finales de este artículo se dispone que "corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarías...".

La calidad de vida de los habitantes es así un derecho individual de raigambre constitucional y corresponde a una de las funciones esenciales e indelegables del Estado, que concierne a la preservación de la salud de sus habitantes.

Sin aprobar un criterio intervencionista del Estado, excluyente de la decisión privada en materia de prevención de la contaminación del ambiente, su participación en el esfuerzo común por la protección del medio es un deber-función del moderno Estado de Derecho. Como lo señalan Alterini y Lopez Cabana "en el criterio intervencionista, es frecuente la adopción de medidas de prevención, consistentes en la regulación de la actividad, que puede llegar a ser prohibida; es también utilizable el régimen de premios y castigos, por ejemplo, mediante el otorgamiento de subsidios a favor de los empresarios que no contaminan el ambiente, o a través del régimen de tributos diferenciales, gravando al que contamina y desgravando a quien protege el ambiente".

11.3. EL ORDENAMIENTO FISCAL. LOS TRIBUTOS VERDES

La aplicación de medidas fiscales para la protección del medio ambiente, constituye un modo indirecto de tutela ambiental que se desarrolla a través de medidas que adoptan los gobiernos y se relaciona estrechamente con el principio "contaminador-pagador", como lo veremos seguidamente.

La tributación ambiental responde a la filosofía clave de toda estrategia proteccionista del medio, que consiste en evitar que ella se internalice en la producción buscando abaratar costos al eliminar las externalidades en la fijación de los precios.

El principio "quien contamina paga" fue formulado por primera vez por la O.C.D.E. en 1972 y asumido inmediatamente en 1973 por la Comunidad Económica Europea, que lo incorpora a su primer programa de protección del ambiente, y que es hoy, derecho positivo en todos los Estados de la Comunidad, lo que representa una asimilación realista y socialmente aceptable de la problemática de las externalidades.

La efectividad de este principio implica, desde luego, que quien causa un daño a otros sujetos o a la comunidad, debe abonar las sumas necesarias para su resarcimiento. Las

obligaciones personales derivadas de tales conductas son parte del régimen de la responsabilidad civil por el daño ajeno, que ha tenido expresión positiva en el derecho contemporáneo y amplio desarrollo durante el siglo XX.

Con respecto al daño ambiental, el principio señalado adquiere un nuevo enfoque: el preventivo, y la cuestión se presenta en el desarrollo de la actividad comunitaria, respecto a la creciente productividad industrial, como un fenómeno de difícil e imposible reparación. No se trata, por cierto, de tolerar la contaminación pagando un precio o de compensar de otro modo el daño ecológico, sino de evitar precisamente que el daño se produzca. La efectividad de esta propuesta alentada por la doctrina en general parece encontrar cauce adecuado a través del establecimiento de los llamados "tributos verdes", tendientes a desalentar las conductas contaminadoras y a redistribuir entre un elevado número de agentes, los costos de las instalaciones necesarias para evitar que se produzcan daños ambientales.

Las medidas fiscales que se ensayan en los países de la C.E.E. hoy U.E. son las siguientes:

A) Recuperación de costos

El objetivo principal de la tributación ambiental es conseguir recursos suficientes para eliminar residuos generados o evitar que estos se produzcan. Tradicionalmente se han venido utilizando para estos fines, dice Mateo, los mecanismos fiscales a disposición de los municipios, dando lugar primero, a las tasas por alcantarillas, más tarde a las de recolección domiciliaria de basuras y después, a los tributos que tienen por objeto financiar el tratamiento de residuos urbanos sólidos y líquidos.

Modernas manifestaciones de estas técnicas son las que someten a tributos todos los vertidos en una cuenca, estableciéndose un canon para financiar la depuración de los cursos, lo cual se ha aplicado primero en Francia y, luego en 1985, en España.

Otras vías más sofisticadas son las que vehiculizan costos ambientales a través de la recaudación de las tarifas por suministros de electricidad, lo que es el caso de los costosos dispositivos anticontaminantes de las centrales de carbón, y en las centrales nucleares, la eliminación de residuos de este origen. Es así que todos los ciudadanos por la mera utilización de la electricidad cumplen rigurosamente y al margen de su voluntad, con la carga de estos costos.

B) Modificación de conductas

Se trata de utilizar los efectos patrimoniales del impuesto en un sentido orientador que beneficie a la tutela ambiental, incidiendo en las actuaciones de los sujetos implicados, bien disuadiéndolos de continuar en determinadas líneas de acción o en la adopción de otras. La fiscalidad funciona así, no como instrumento recaudatorio, o no sólo como tal, sino como motivador de conductas. Estas finalidades eran denominadas "arbitrios no fiscales". Estas modalidades han adquirido últimamente mucho auge en las políticas fiscales de algunos países europeos desvirtuando el verdadero carácter del impuesto como medio legítimo de redistribución de rentas en función de la capacidad económica de los contribuyentes.

C) Hacia un impuesto general finalista

El desideratum final de esta estrategia, como lo expresa Mateo en la cita de nuestra nota 2 de este capítulo, consiste en establecer en el gravamen a los insumos energéticos, un tributo especial que tome en consideración sus virtualidades ambientales, discriminando más groseramente a los más contaminantes como el carbón, o a los más perjudiciales, como el transporte individual.

El objetivo final, más bien utópico por ahora, consistiría en el establecimiento de un tributo internacional sobre los combustibles derivados del petróleo, destinados a financiar fuentes energéticas menos contaminantes y a ayudar a los países en desarrollo a disminuir los aportes.

Para una correcta y eficaz reasignación de recursos podría ser definitiva la aprobación del proyecto que contempla la Comisión Europea de establecer un recargo de u\$s 10 sobre el barril de petróleo con el objeto de poder financiar la estabilización de CO₂ con el horizonte en el año 2000.

11.4. EL ANÁLISIS TRIBUTARIO Y EL CONTEXTO SOCIO-ECONÓMICO

Al tratar la economía y el Derecho Ambiental en este mismo capítulo 11.2, nos referimos al principio "contaminador paga" y analizamos la cuestión desde el punto de vista de la economía social de mercado, pero no hemos eludido la intervención del Estado como una función esencial en lo que concierne a la preservación de la salud pública, pero deseamos todo intervencionismo excluyente de la decisión privada en materia de prevención de la contaminación ambiental.

La cuestión de la contaminación ambiental resulta un planteo con graves implicancias sociales que distorsionan las soluciones de la justicia distributiva. La mayoría de las personas que sufren las consecuencias del deterioro y degradación ambiental, no han contribuido en modo alguno a provocar estos efectos, ni reciben por el daño o las privaciones que experimentan forma alguna de reparación o compensación.

Como la sociedad en su conjunto no puede desentenderse de estos daños y debe hacerse cargo de su reparación, los costos externos resultantes terminan por convertirse en costos sociales. Hemos analizado antes la solución economicista de internalizar aquellas externalidades, lo cual implica la integración del factor ambiental en el cálculo económico, ya sea un sistema de mercado o de economía dirigida.

Doctrinariamente es posible el estudio de la naturaleza económico-patrimonial de la contaminación y su saneamiento, lo que ha determinado en materia tributaria formas legales muy variadas. Para elegir los modelos adecuados de aplicación deberá tenerse en cuenta el contexto sobre el cual se pretenda incidir, lo que permitirá saber con mayor precisión si se aplicarán impuestos, tasas, contribuciones, castigos o recompensas, según corresponde.

Coincidentemente con lo que hemos expresado al final del párrafo 11.3, Lacia en la obra que citamos en la nota 14, de este capítulo, expresa con relación a los "tributos", que es importante admitir "cierta intervención estatal, ya que no se puede contar solamente con las fuerzas auto-equilibrantes del mercado".

Como lo hemos afirmado antes 11.3 el Estado debe intervenir para crear los tributos (que hemos llamado "verdes", siguiendo a la doctrina española), que constituyen los mecanismos necesarios y adecuados para encauzar la actividad haciendo prevalecer aquellos dispuestos en orden a prevenir el daño ambiental.

Esta acción indirecta que promueven los tributos resulta muy importante, pero a ello se llega mediante la coordinación tributaria con el contexto socio-económico en el cual ha de aplicarse.

En el párrafo anterior 11.3 expusimos las medidas fiscales que se ensayan en los países de la Unión Europea. Pero es oportuno citar la aplicación que detallada Laciari refiriéndose a las medidas adoptadas en otros ámbitos. Por ejemplo:

a) Pago por utilización directa de un servicio público, que corresponde a la recuperación de costos a que nos referimos en 11.3, A), mediante el pago de tasas o tarifas por la utilización de recursos naturales y prestación de servicios de ellos derivados.

b) Pago por el consumo de un bien público. Estos, aparte de tener una finalidad fiscal, pueden ser utilizados para desalentar el consumo. Ejemplo de ello es la Ley de Aguas de Venezuela.

c) Contribución por el pago de mejoras ambientales, tal como sucede en Francia, cuyos recursos se aplican para mantener los parques y espacios verdes.

d) Cobertura de gastos de la administración pública. En Mendoza se utiliza este sistema a través del pago que hacen los usuarios al organismo encargado de la administración de aguas.

e) Cargas fiscales de índole financiera para desalentar a quienes deterioran el ambiente. Estas se establecen a quienes trasgreden los estándares de calidad ambiental, induciéndolos a hacer a su cargo los trabajos de depuración o prevención. El monto debe ser tal que induzca al contaminante a hacer los trabajos y no pagar las cargas.

11.5. INCIDENCIA DE LA CUESTIÓN EN EL MARCO DEL TRATADO DE ASUNCIÓN (EL MERCOSUR)

El 26 de marzo de 1991, se firmó entre la República Argentina, la República Federativa del Brasil, la República Oriental del Uruguay y la República del Paraguay, el Tratado de Asunción que establece la constitución de un mercado común que "deberá estar conformado al 31 de diciembre de 1994" y que se denomina MERCADO COMÚN DEL SUR (MERCOSUR).

El Tratado de Asunción propone como objetivo económico avanzar progresivamente de una zona de libre comercio hacia el mercado común, y, finalmente a la integración regional de los Estados partes, en lo económico, social y cultural. El punto de partida para la integración regional es la supresión de los derechos aduaneros y las trabas arancelarias con miras a lograr la libre circulación de los bienes, servicios y factores productivos entre los Estados miembros.

El enfoque jurídico del tema lleva a considerar la armonización de las legislaciones internas de los Estados partes a fin de crear un orden jurídico comunitario para que las relaciones que se originen en un Estado y se desenvuelvan en otros, tengan en ellos igual tratamiento, y no sufran las alteraciones propias de los diferentes regímenes legales. Si bien es cierto que es de trascendencia institucional la armonización de los sistemas legales de los países signatarios, lo prioritario es sin duda, atender a la coordinación y armonización de las políticas macroeconómicas o sea la necesaria simetría entre los miembros para lograr la libre circulación de los bienes, los servicios y los factores productivos (capital y mano de obra) como lo prevé el propio Tratado.

Señalamos en aquel trabajo, que es un serio motivo de preocupación el tema de la

contaminación ambiental y la política sanitaria de los países involucrados, que puede perturbar la relación comunitaria por la eventual exportación de epidemias o enfermedades endémicas, como ocurrió durante la negociación del Tratado de Libre Comercio (NAFTA) entre Estados Unidos y México, que tuvo una tenaz oposición de ambientalistas de aquel país por la posible exportación de la contaminación mexicana.

El MERCOSUR se halla conformado y en vigencia desde el 1° de enero del corriente año, aun cuando quedan pendientes numerosas cuestiones que deberán ser resueltas por el Consejo del Mercado Común y la Cúpula integrada por los presidentes de las cuatro naciones a la cual le compete la toma de decisiones políticas de la mayor trascendencia.

En una materia de fundamental importancia en las relaciones comunitarias de los países que integran el MERCOSUR, nuestro país al vetar el Poder Ejecutivo parcialmente la ley 24.240 de defensa del consumidor, en lo concerniente al artículo 40 (Cap. X de la citada ley) que establecía la responsabilidad por riesgo establecida en el artículo 1113 del Código Civil, para los daños causados por productos elaborados, ha colocado a la República Argentina en una situación asimétrica en relación al Brasil que tiene su Código de Defensa al Consumidor desde el 11 de septiembre de 1990 que consagra la responsabilidad objetiva de los fabricantes y de quienes hacen circular y ponen en el mercado productos elaborados susceptibles de causar daño al consumidor.

En lo que respecta a la prevención del daño ambiental también se deben establecer límites estándares de polución y una adecuada legislación de protección ambiental en cada uno de los países signatarios para evitar lo que puede llamarse exportación poluente.

Creemos que entre los Estados miembros del MERCOSUR debe promoverse la aplicación del principio "contaminador-pagador", mediante los apropiados "tributos verdes" con un criterio de racionalidad y uniformidad a fin de lograr una leal competitividad y evitar al mismo tiempo la migración de industrias altamente contaminantes a países que no posean una legislación tributaria ambiental coherente, para dar mareo adecuado al desarrollo sustentable en la comunidad de los países que forman el MERCOSUR.

También debe ser materia de regulación comunitaria al más alto nivel del MERCOSUR, el transporte y circulación desde un Estado miembro a otro, de residuos peligrosos que no obstante la prohibición de importación entre ellos, puede ser admitida luego de tratamientos de depuración que operen su reciclaje para convertirlos en insumos apropiados para las actividades industriales.

En la regulación comunitaria deben contemplarse también los residuos potencialmente peligrosos, que aunque no lo sean hoy pueden llegar a serlo mañana, ya sea por el transcurso del tiempo que influya sobre su composición o por el "empaquetamiento" que al tiempo de su traslado no ofrezcan riesgos, pero que al liberarlos del medio que los contenía resulten peligrosos. Demás está decir que también debe preverse la exclusión de residuos radiactivos, prohibiendo que parte alguna del territorio de los países contratantes pueda convertirse en "basurero nuclear".

Otro tema que se halla implicado en la armonización legislativa de los países del MERCOSUR, es lo relativo al agua y la prevención de su contaminación, debiendo comenzarse por un análisis comparado de las normas vigentes en cada uno de los países miembros y detectar las asimetrías comerciales que podrían producirse como consecuencia de los distintos grados de exigencia de las respectivas legislaciones.

Debería buscarse una estructura ideal de prevención de contaminación de los cuerpos de agua, sobre las bases siguientes:

- 1) Objetivos generales de protección de la salud pública y mejoramiento de la calidad de

agua del país.

2) Clasificación de usos.

3) Niveles guía o criterios generales de calidad para cada uso.

4) Vincular cuerpos receptores concretos a usos específicos.

5) Estándares de calidad.

6) Estándares de efluentes.

Como propuesta de armonización, deberían desarrollarse estándares de calidad comunes para cada uno de los usos previstos, tomándose como base y mínimo, la legislación del país del MERCOSUR que sea más completa y exigente.

CAPÍTULO XII EL DAÑO AMBIENTAL Y EL DERECHO INTERNACIONAL

12.1. PARTICULARIDAD SUPRANACIONAL DEL DAÑO AMBIENTAL

Como hemos visto en el Capítulo III, parágrafo 3.2, C) un rasgo esencial del derecho del medio ambiente es su carácter supranacional, habida cuenta de que los factores ambientales sobrepasan en sus efectos las fronteras de los Estados y comprometen la cooperación internacional. Hemos dicho entonces que ni el mar, ni los ríos, ni el aire, tampoco la flora y la fauna salvaje conocen fronteras. Las poluciones pasan de un medio a otro, y no pueden ser combatidas sino en un contexto, que es el de la cooperación de otros Estados.

12.2. LOS MECANISMOS JURÍDICOS DE PARTICIPACIÓN INTERNACIONAL

El derecho internacional del medio ambiente comporta numerosas convenciones internacionales, resoluciones, obligatorias algunas de ellas, dictadas por organismos internacionales, y un cierto número de textos no obligatorios de carácter meramente declarativo. Las resoluciones obligatorias de organismos internacionales son relativamente escasas, pues son muy pocos los órganos supranacionales investidos de competencia para estatuir y dictar normas con tal efecto hacia sus miembros.

Por el contrario, las resoluciones no obligatorias que emanan sea de organizaciones intergubernamentales, sea de conferencias internacionales, son numerosas e importantes. Según sus contenidos ellas pueden ser clasificadas en cuatro categorías: recomendaciones, directivas, programas de acción y declaraciones de principios.

12.3. LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO

La Conferencia de Estocolmo realizada en junio de 1972, ha sido el punto de partida para la creación de una estructura institucional flexible pero permanente. El Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (P.N.U.M.A.) permite la coordinación no solamente de las técnicas de las investigaciones, sino también de los derechos (ver Cap. I, parág. 1.5 de esta obra).

En relación a la responsabilidad de los Estados por los daños ambientales supranacionales, el Principio 21 de la Declaración de Estocolmo de 1972, había advertido en términos claros

lo que sigue: "Conforme a la Carta de las Naciones Unidas y a los principios del derecho internacional, los Estados tienen el derecho soberano de explotar sus propios recursos y tienen el deber de actuar de manera que las actividades ejercidas en los límites de sus jurisdicciones o bajo su control, no causen daño al medio ambiente en los otros Estados o en las regiones más allá de su jurisdicción nacional".

Sin embargo, los Estados se han cuidado de no precisar y, más aún, de no poner en ejecución estos principios'. Los Estados han invocado esta declaración para detener las acciones de las víctimas, transfiriéndolas conforme al principio "contaminador-pagador", a las relaciones entre particulares, eludiendo la responsabilidad interestatal que les correspondiera por la reparación de esos daños.

El derecho internacional aborda este tema menos a través del daño que ha sido causado por el Estado, que a través del concepto de "hecho internacional ilícito", conforme al cual la responsabilidad del Estado sólo es una técnica de sanción por la violación de una norma internacional. Sin embargo, ¿Qué ocurriría si el daño tuviese por causa un hecho lícito, por ejemplo la utilización legal de un curso de agua internacional? Esta pregunta parece no tener respuesta hoy en día.

Con respecto al hecho ilícito del Estado, tanto puede consistir en una obligación convencional que tenga su fuente en un tratado o convención, como puede ser la violación de una norma impuesta por la costumbre: "Toda violación de una obligación internacional comporta el deber de reparar". El problema radica entonces en que los Estados no tendrían responsabilidad alguna por el daño ambiental que se origine en ellos y proyecte sus consecuencias en otro u otros, si no existe un tratado o convención entre ellos que haya previsto el hecho de forma tal que la ilicitud resulte de la violación de aquellas normas o de un principio impuesto por la costumbre.

Los Estados no han acordado reglas internacionales de prevención o reparación de los daños producidos al ambiente por las poluciones originadas dentro de los territorios bajo sus respectivas soberanías.

12.4. LA DECLARACIÓN DE ESTOCOLMO

El Principio 22 de la Declaración de Estocolmo obliga a la Comunidad Internacional a definir un régimen particular de responsabilidad, disponiendo: "Los Estados deben cooperar para desarrollar el derecho internacional en lo que concierne a la responsabilidad e indemnización a las víctimas de la polución y de otros daños ecológicos que las actividades realizadas en los límites de la jurisdicción de estos Estados o bajo su control, causen a las regiones situadas más allá de los límites de su jurisdicción".

A) Acuerdos internacionales

Las hipótesis tratadas por los acuerdos existentes se hallan limitadas a los daños causados por ciertas actividades relativas a la energía nuclear, al transporte marítimo de hidrocarburos, a la explotación de recursos petrolíferos en altamar y al transporte terrestre de mercaderías peligrosas.

Las reglas que estas convenciones fijan sobre el mismo modelo, pueden ser trasladadas a otras clases de daños. Esas reglas son las siguientes:

a) "Canalización de la responsabilidad" sobre una sola persona como primer responsable,

sin perjuicio de que ésta por una acción recursoria se vuelva contra el verdadero responsable final.

b) "Instauración de un sistema de responsabilidad objetiva", salvo fuerza mayor, acompañado de una obligación de aseguramiento del riesgo y, como contrapartida un límite de indemnización.

c) "Introducción de cláusulas sobre la determinación de la jurisdicción competente y la ejecución de las sentencias".

De acuerdo a estos principios la víctima sabrá a quién dirigirse y podrá obtener la indemnización sin probar la culpa facilitándose así el resarcimiento, pero Éste tendrá un límite comprensible si se desea no poner trabas al desarrollo de la actividad económica, pero inaceptable para la víctima que pretende un resarcimiento integral. En el caso particular de los daños causados por el transporte marítimo de los hidrocarburos, los cargadores han creado un fondo internacional de reparación, como una especie de seguro mutuo financiado por ellos mismos (Convención de Bruselas, 1971).

B) Las costumbres Internacionales

Sin perjuicio de estos principios aplicables a situaciones específicas de daños ecológicos, pero que pueden ser la base de futuras convenciones internacionales que prevengan los riesgos ambientales en general, existen obligaciones establecidas por el derecho de costumbres internacionales, aunque son poco numerosas y se limitan a las siguientes:

a) El principio de "la utilización no perjudicial del territorio", consecuencia del concepto de soberanía territorial. Su campo de aplicación ha desbordado de su marco original, la protección de la seguridad del Estado, para extenderse a los casos de polución trasfronteras. Como lo precisa la doctrina, su significado es muy restringido pues se considera que no es una obligación directa de preservar el ambiente sino una simple modalidad de la obligación de "diligencia debida", lo cual significa negar una responsabilidad objetiva y atribuirla a la culpa o falta de diligencia de los agentes del Estado o de los particulares residentes en su territorio.

b) La "obligación de informar" a cargo de los Estados, respecto de los otros Estados, sobre los proyectos a desarrollar en ellos, susceptibles de producir efectos perjudiciales al medio ambiente tras las fronteras.

c) El "deber de información" a los otros Estados susceptibles de ser afectados en caso de una situación crítica ocasionada en el medio ambiente, aunque no tendrían los Estados ningún deber de asistencia.

CAPÍTULO XIII LA CUESTIÓN EN LOS PAISES DESARROLLADOS

13.1. LA CUESTIÓN EN LA COMUMDAD ECONÓMICA EUROPEA (ACTUALMENTE UNIÓN EUROPEA)

A) Proyecto del Consejo de Europa

El Consejo de Europa trabaja desde 1987 en la elaboración de una convención sobre los

daños que resultan de actividades peligrosas para el medio ambiente. El proyecto ha sido difundido en septiembre de 1990 y completado en julio de 1992. No se puede considerar un proyecto definitivo y menos aún después de la reunión Cumbre de la Comunidad Europea en Maastrich (Holanda) en diciembre de 1991 y la incorporación de nuevos Estados a la Unión Europea con sus nuevas soberanías.

La propuesta del Consejo de Europa completada y difundida en el mes de julio de 1992, como "Proyecto de Convención" que deberá regir la responsabilidad por daños causados al medio ambiente, entre los Estados adherentes, enuncia en el artículo 2º, parágrafo 10, que "el medio ambiente" comprende:

- los recursos naturales abióticos y bióticos, tales como el aire, el agua, el suelo, la flora, la fauna y la interacción entre los mismos factores;
- los bienes que componen el patrimonio cultural;
- los aspectos característicos del paisaje.

Esta enumeración especial no puede menos que dar a los juristas elementos de reflexión y destacar en particular el hecho de que la preocupación por la "protección de la naturaleza", cede el paso ante la "protección del medio ambiente".

El Proyecto es muy moderno en varios aspectos:

- a) Definición extensiva del concepto de medio ambiente incluyendo, por ejemplo, "los aspectos característicos del paisaje", y la noción de actividades peligrosas que se extenderían a la explotación de una instalación de desechos y a la manipulación de organismos genéticamente modificados.
- b) Inclusión, inhabitual en este tipo de convenciones, de cláusulas sobre acceso a las informaciones sobre el medio ambiente conocidas por la autoridad pública, y, por medio del juez, aquellas informaciones en poder de particulares.
- c) Recurso a las medidas razonables de recomposición del daño.

Independientemente de este proyecto, la Comunidad ha sido sensible a las mismas consideraciones que han impulsado en otros países la introducción de distintivos ambientales.

B) Etiquetado ecológico o etiqueta comunitaria

El Consejo demandó a la Comisión en mayo de 1990 una propuesta de sistema comunitario de etiquetado ecológico, que dio lugar al Reglamento C.E.E., 880/92 del 23-V-1992.

La etiqueta comunitaria se propone establecer un sistema comunitario dirigido a "promover el diseño, la producción, la comercialización y utilización de productos que tengan repercusiones reducidas en el medio ambiente durante todo su ciclo de vida y proporcionar a los consumidores mejor información sobre las repercusiones ecológicas de los productos" (art. 1º, Reglamento 880/92).

El Consejo dictó el Reglamento C.E.E., 1836/93, el 29-VI-1993, estableciendo los principios genéricos de la prevención, de la aplicación del principio "contaminador pagador" y del "desarrollo sostenido". Este reglamento permite que las empresas del sector industrial se adhieran con carácter voluntario a un sistema comunitario de gestión y auditoría medioambientales.

C) Ecoauditoría empresarial

Este reglamento cuya vigencia en la Unión Europea depende de la adhesión de los Estados miembros, al establecer la ecoauditoría de dimensión empresarial, tiene caracteres

indiscutiblemente administrativos y está íntimamente conectado con la preocupación pública por captar para los intereses colectivos las inquietudes de los operadores privados de la economía, asegurando a la sociedad que las supervisiones implicadas se han realizado con toda garantía, y que hay en curso una estrategia de mejora de la gestión ambiental resultante.

La acción gubernamental sigue aquí, por lo general, a la iniciativa privada donde hay una sólida y prolongada tradición de auditorías, principalmente relacionadas con los aspectos financieros y de garantía a accionistas y contratistas de la ordenada situación de la empresa y de la confiabilidad de los balances y otros documentos contables, lo que se proyectaría al campo ambiental.

La preocupación ambiental de los últimos tiempos a nivel universal, impone la conveniencia de que las empresas realicen una autoevaluación de su situación ambiental para evitar las penalizaciones económicas y las acciones de responsabilidad con elevados costos resarcitorios lo cual, además, contribuye a facilitar la contratación de seguros que hoy resulta difícil de obtener dadas las elevadas primas que son consecuencia de la incierta incidencia de los riesgos ambientales y los alcances económicos de las obligaciones de indemnización y reposición.

13.2. LA CUESTIÓN EN LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

A) Nuevos aspectos legales de la responsabilidad ambiental

Los casos más notables de nuevas responsabilidades creadas por leyes, son los siguientes:

a) Responsabilidad objetiva "retroactiva" creada por la Ley Federal del Superfondo (Superfund)

La Ley Federal del "Superfondo" (designación técnica: Comprehensive Environmental Response, Compensation and Liability Act) de 1980 (CERCLA) y su principal modificación, la Superfund Amendments and Reauthorization Act de 1986 (SARA), sancionada en 1980, crea un fondo federal que puede ser utilizado por la Environmental Protection Agency (EPA) o por los gobiernos estatales o municipales para remover residuos peligrosos y limpiar los lugares donde los mismos hubiesen sido depositados, cuando estos lugares estén listados en la National Priorities List (NPL). La inclusión de lugares en la NPL depende de una decisión de la EPA en función del riesgo que presentan conforme al sistema que tiene ese organismo para evaluar los riesgos (Hazard Ranking System). El proceso de limpieza debe realizarse conforme a los criterios fijados por la EPA según su National Contingency Plan.

Asimismo, CERCLA impone responsabilidad objetiva por los costos de remoción y limpieza de los lugares donde hubiesen depositado residuos peligrosos. Esta responsabilidad alcanza a los propietarios y operadores (administradores) de dichos lugares, así como a los generadores y transportistas de los residuos. En la terminología de la ley, se denomina a estos sujetos "partes potencialmente responsables" y a la responsabilidad que asumen se denomina "costos de responder conforme al artículo 107". La existencia del superfondo permite que los organismos públicos hagan por sí mismos las limpiezas, cuando las partes potencialmente responsables se nieguen a hacerlo y luego accionar contra Éstas para recuperar los montos invertidos. Asimismo, no existe límite en el tiempo respecto a

cuando los residuos fueron depositados, y no puede probarse la inexistencia de la culpa. Esta responsabilidad es retroactiva, pues se aplica a conductas realizadas en el pasado, cuando los sujetos ignoraban las consecuencias legales de la misma y en esto diverge de otros casos de responsabilidad objetiva, donde los sujetos conocen de antemano el marco legal de la actividad que desarrollan. La responsabilidad se extiende aun cuando las partes hubiesen actuado con toda diligencia, aplicando la mejor tecnología disponible en cada momento.

Asimismo, esta responsabilidad no es asegurable, por ser retroactiva. Ha creado un semillero de pleitos contra compañías de seguros que emitieron pólizas con anterioridad a la ley y que no contemplaban en las mismas esta derivación. Por tanto, afecta también a los seguros futuros, ya que las compañías ahora redactan sus pólizas con textos que excluyen expresamente estos riesgos o bien cobran una prima mucho más alta.

b) Responsabilidad solidaria

La Ley del Superfondo hace responsables en forma solidaria a los propietarios, operadores, transportistas y generadores de los residuos peligrosos.

Esta responsabilidad tiene la implicancia de que un asegurado puede incurrir en responsabilidad por la conducta de otro sujeto que no se encuentra asegurado y que no puede identificar de antemano. Las incertidumbres magnifican la responsabilidad.

B) La expansión del "common law" en materia de responsabilidad ambiental

El ámbito de la responsabilidad civil por daño ambiental es un área dinámica del Derecho, impulsada por nuevos cambios introducidos por las sentencias judiciales.

los aspectos más conocidos de estas novedades se refieren a cambios en materia de carga de la prueba así como en la denominada Class action y otras tendencias que tienen impacto en la responsabilidad civil.

Existen otras tendencias, menos conocidas, que tienen mucha implicancia para la actividad aseguradora. Para las compañías, ya afectadas por la responsabilidad creada por el superfondo y por las interpretaciones judiciales de las pólizas (judge made insurance), la evolución del common law plantea problemas adicionales.

a) Responsabilidad por crear riesgo, sin que exista aún daño

La primera evolución de la jurisprudencia, se refiere a una tendencia que puede modificar la base misma de todo sistema de responsabilidad civil (law of torts), que se funda en la prueba del daño.

Si bien todavía ningún tribunal superior ha obligado a indemnizar solamente por la creación de un riesgo a quien todavía no ha sufrido daños, existen sentencias que han admitido demandas con anterioridad a la ocurrencia del daño esperado: por provocar temor a contraer cáncer ("Hagerty V. L&L Marine Sevs", 788 F.2d. 315-1986); por daño al sistema cromosomático ("Brafford v. Susquehanna Corp.", 586 F, Supp. 1219, Distrito de Massachussets, 1984); por afectarse el sistema inmunológico ("Anderson v. W. R. Grace", 628 F, Supp. 14, Distrito de Colorado, 1984) o por crear la necesidad de supervisión médica permanente (el mismo caso "Hagerty" y "Ayers v. Township of Jackson", 106 NJ 557, 1987, que condenó al pago del costo de exámenes médicos periódicos). Aunque en ningún caso se admitió la imposición de responsabilidad sin daño, existe una tendencia doctrinaria que es favorable en ese sentido (ROBINSON, "Probabilistic Causation and

Compensation for Tortious Risk" en 14 Journal of Legal Studies 779, año 1985; ROSENBERG, "The Causal Connection in Mass Exposure Cases: A 'Public Law' Vision of the Tort System", en 97 Harvard Law Review 849, año 1984).

La responsabilidad por creación de riesgo da lugar a nuevas formas de incertidumbre. La cantidad de personas que pueden sufrir el riesgo por temas ambientales es mucho mayor que las personas que realmente pueden sufrir un daño; el monto de la indemnización es también indeterminado y sujeto a arbitrio judicial; y la defensa de acciones basadas en el riesgo son de muy difícil ejercicio para las compañías de seguros.

La reacción normal de las compañías de seguros será eliminar toda cobertura por cuestiones ambientales de las pólizas de seguros por responsabilidad civil general; como la mayoría de las compañías ya lo ha hecho.

b) Responsabilidad objetiva y retroactiva en common law

La responsabilidad objetiva y retroactiva, ya ha sido instaurada por la Ley Federal del Superfondo. Sin embargo, se trata de una responsabilidad de tipo administrativo.

Algunos tribunales han avanzado con criterios parecidos en materia de responsabilidad civil por productos elaborados, en los casos de los fabricantes que omitieron anunciar ciertos riesgos derivados de productos, pero que no eran detectables (ni actuando en forma diligente) al tiempo de su elaboración ("Dart v. Wiebe Mftg.", 147 Ariz 242, 1985; "Elmore v. Owens-Illinois Inc.", 673 SW 2d.434, Montana 1984; "Beshada v. Johns-Mansvielle Prods. Corp.", 90 NJ 191, 1982; "Feldaman v. Lederle Laboratories", 97 NJ 429, 1984).

Dichos antecedentes pueden ser aplicados de la misma forma a casos en que el daño se deriva de la exposición a residuos peligrosos y otras formas de responsabilidad ambiental. Si la responsabilidad objetiva y retroactiva se convirtiese en la regla en materia de responsabilidad ambiental, la actividad aseguradora encontraría un obstáculo adicional para desarrollarse en este sector.

Se sostiene que debe aplicarse responsabilidad objetiva (strict liability) pues no es posible aplicar pautas actuales para evaluar la culpa de actividades pasadas, realizadas hace muchos años, con otras tecnologías y otras exigencias. Sin embargo, estas reglas crean incertidumbres adicionales respecto a los riesgos asegurables.

c) Responsabilidad civil basada en la Ley Federal del Superfondo

Si bien la imposición de responsabilidad objetiva por los daños causados a terceros a causa de residuos peligrosos volcados por un generador, propietario u operador con posterioridad a que Estos dejasen de serlo sería algo inconcebible en el common law, es un pequeño paso adicional que podrían dar los tribunales basándose en la responsabilidad administrativa por el costo de la limpieza y restitución a su estado anterior que la Ley Federal del Superfondo impone a aquellos sujetos.

Si bien la "importación" global de la Ley del Superfondo al sistema de responsabilidad civil todavía no ha ocurrido, algunos tribunales han mencionado esa posibilidad.

C) El aseguramiento del riesgo ambiental

La "responsabilidad ambiental", entendida en una forma amplia, no solamente como la responsabilidad administrativa derivada de contaminar recursos naturales, sino también como responsabilidad civil por los daños causados a personas o cosas, expuestas a la polución del ambiente, se ha convertido en uno de los problemas más importantes de la

década.

a) Alcances de la responsabilidad ambiental

El impacto que los desarrollos observados en la legislación y en el common law, tiene en la actividad aseguradora en los Estados Unidos, ha provocado en ese país una verdadera crisis que se intenta superar con un enfoque moderno y adecuado a la siniestralidad de los riesgos asegurados.

Los principales factores que han contribuido a provocar esa crisis son:

- La expansión de la responsabilidad civil en términos generales dentro del sistema (law of torts) que ha acarreado un aumento en cantidad y monto de los juicios, ya sea por productos elaborados, como por mala praxis médica, entre otros aspectos relacionados con la actividad comercial y los accidentes de la circulación.
- Los incentivos para litigar resultantes de utilizar el sistema del pacto de cuota litis.
- La incertidumbre respecto del futuro del sistema de responsabilidad civil, cuyo auge resulta notorio a través de los procesos por resarcimiento de daños que colman la actividad de las cortes de justicia.
- El elevado costo de las primas de las pólizas en esa rama del seguro, determinado por los motivos que venimos de señalar.

En el largo plazo, la falta de seguros para cubrir esta clase de riesgo (daño ambiental) va a desalentar la actividad productiva, a juicio de los expertos que siguen atentamente la evolución de las economías dentro de los Estados que forman los Estados Unidos de América y puede suponerse que aquellas actividades que pudieren originar tales riesgos, serían abandonadas, o las empresas mudarían sus industrias a otros lugares adonde las leyes fueren más benignas. También las futuras inversiones buscarían radicaciones más favorables en otra parte.

Por supuesto, es posible argumentar que el incremento de las responsabilidades ambientales, podría conducir a crear niveles óptimos de seguridad, al desalentar actividades que son peligrosas para el medio ambiente. Sin embargo, esta reflexión es contraria a aquella que propugna el desarrollo como expresión del bienestar común. Más valdría que las empresas asuman esas externalidades haciendo un preciso cálculo del costo-beneficio, y ajustar sus precios a la libre competencia del mercado.

b) El incentivo o interés que mueve a contratar el seguro de responsabilidad ambiental

El seguro cumple en cuanto a los riesgos asegurables, tres funciones primordiales:

- 1) Transfiere el riesgo de las personas que no están dispuestas a asumirlo, a empresas cuya finalidad es precisamente tomarlos a su cargo, mediante la contraprestación de las primas con la cual forman el fondo que hará frente a los eventuales siniestros, y obtendrán el margen de su utilidad o beneficio por la prestación del servicio.
- 2) De esa manera el riesgo particular se distribuye entre un mayor número de asegurados con distintos riesgos, licuando sus respectivos impactos patrimoniales.
- 3) Cumple también el seguro una función de reasignación de los riesgos, al colocar primas más altas a los riesgos mayores e inferiores a los riesgos menores.

los aseguradores pueden cumplir estas funciones con mucha eficacia, solamente bajo ciertas condiciones de incertidumbre en cuanto al acaecimiento del siniestro implícito en el riesgo asegurado. En un extremo, si nada se supiera respecto de éste, el seguro no sería una actividad técnica dentro del marco económico en que debe prestar el servicio, sino un puro

juego de azar. En el otro extremo, si todo fuera predecible, el seguro no sería necesario. El seguro de responsabilidad civil puede funcionar eficazmente entre esos dos extremos, pero puede ser afectado por circunstancias vinculadas a la información respecto del riesgo. En la técnica aseguradora norteamericana se señalan las siguientes tres circunstancias que pueden incidir de diferente modo en el funcionamiento del contrato de seguro:

1º) Reticencia (adverse selection). Ello ocurre cuando el asegurado posee más información que la aseguradora, respecto del verdadero nivel del riesgo involucrado o comprometido en el aseguramiento, y no lo manifiesta en actitud verdaderamente reticente. Cuando esto ocurre sistemáticamente, el costo de los seguros aumenta.

2º) Mala fe (moral hazard), que es el riesgo moral o falta al deber de buena fe por parte del asegurado, el cual se manifiesta cuando éste no tiene interés en evitar el daño o disminuir sus consecuencias, por no tener que pagar por ello.

Estos son dos casos de información o incertidumbre asimétrica entre la compañía y los asegurados: el seguro funciona en forma eficiente con "riesgos" o probabilidades predecibles. No es eficiente cuando hay incertidumbre o probabilidades impredecibles. Para solucionar o paliar los efectos de estas conductas del asegurado, los aseguradores tratan de crear incentivos que neutralicen los resultados de esas formas desleales de conducirse por parte de quienes toman los seguros. Una fórmula bastante frecuente consiste en establecer "franquicias" en las pólizas hasta cierto monto no cubierto por el seguro.

3º) La otra circunstancia que afecta al seguro que se relaciona con la información es la excesiva incertidumbre. Este factor impide la diversificación de riesgos y afecta no solamente a las compañías aseguradoras en la determinación de sus cálculos de siniestralidad, sino también a las empresas que se autoaseguran.

c) Métodos del seguro para controlar los incentivos o el interés asegurado

Los aseguradores adoptan ciertos métodos para controlar el interés que motiva a los asegurados. De tal modo se logra que Estos sigan adoptando medidas preventivas que impidan la ocurrencia de daños.

Estas medidas son regularmente, las siguientes:

- Clasificación de los riesgos

La clasificación de los riesgos se realiza mediante la cotización de distintas primas de seguro para diferentes asegurados y diferentes riesgos. Hay dos maneras de realizar esta clasificación: por las características de cada negocio y por los antecedentes del asegurado y sus riesgos asegurables. En este último caso, un asegurado con antecedentes de baja siniestralidad paga primas más reducidas que otro que no tiene dichos antecedentes.

Los incentivos que ello crea son claros, pues los asegurados tienden a adecuarse a la conducta implícita en las cotizaciones más bajas, como forma de reducir los costos del seguro.

- Exclusiones y franquicias

Como los aseguradores no pueden controlar la conducta de sus asegurados, se crea el problema del moral hazard (violación del deber de buena fe), pues estos tienen menos incentivos para evitar los daños que los que no tienen seguro. Las franquicias y las exclusiones tienen por objeto común evitar que los aseguradores extiendan su cobertura más allá de los riesgos predecibles, excluyéndose los casos donde puede incidir la conducta propia del asegurador.

Por ejemplo y en relación al seguro por daño ambiental, la póliza tipo de Commercial General Liability (C.G.L) excluye la responsabilidad por daños causados por

contaminación "gradual" y mantiene la cobertura por contaminación "súbita y accidental". Las razones de esta exclusión son las siguientes: la contaminación "gradual" generalmente está vinculada a la naturaleza intrínseca de la actividad del asegurado; y por ende, es más predecible e inclusive dolosamente conocida y ocultada, circunstancia que no ocurre con la "súbita y accidental".

En la contaminación "gradual" las empresas tienen interés en transferir este costo de su actividad a las compañías de seguro mediante reticencia en la contratación de ésta.

De igual manera no tendrían incentivo para mejorar sus operaciones y eliminar este factor de riesgo, cuya eliminación significaría una carga en los cálculos de "costo beneficio".

- Regulaciones administrativas

En muchos casos, las regulaciones administrativas suplantando la fiscalización que las propias compañías de seguros no pueden realizar respecto de precauciones impuestas por la administración pública y que deben adoptar los asegurados disminuyendo las posibilidades de que los riesgos se produzcan y se traduzcan en siniestros.

- Procedimientos contractuales

Las propias compañías de seguros pueden concertar contractualmente con los asegurados, procedimientos mediante los cuales se analizan previamente los riesgos a asumir, y se establecen medidas de precaución que deben adoptar aquellos durante la vigencia del seguro. Esa actividad se denomina risk management y cumple una función parecida a la regulación administrativa.

d) Interpretación judicial de las pólizas

Si bien la "creación del derecho" a través de la interpretación judicial es de la esencia del common law, los jueces han distorsionado completamente esta función cuando se trata de litigios donde intervienen compañías de seguros, procurando en todos los casos realizar argumentaciones o interpretaciones adhoc para que, en definitiva, exista cobertura de los daños sufridos por los demandantes.

Esto afecta al seguro y crea la inseguridad de que no hay redacción confiable si los tribunales están dispuestos a distorsionar los textos y aun, a ignorar cláusulas completas.

Los siguientes son ejemplos:

- La exclusión de contaminación

La cláusula tipo C.G.L. contiene una exclusión de responsabilidad para los casos provocados por contaminación, salvo cuando los mismos sean "súbitos y accidentales". Sin embargo, los tribunales han interpretado que "súbitos y accidentales" son los casos en que son intencionales solamente, con lo cual se admite la responsabilidad de las compañías en los demás casos. Eso ha convertido en letra muerta a esta cláusula.

El caso típico se refiere a los casos de asbestos, pero criterios semejantes se han aplicado en materia de residuos peligrosos y otros reclamos de responsabilidad ambiental por exposición a productos químicos.

El lapso entre el momento en que ocurrió la exposición al producto, hasta que se manifiesta la enfermedad puede ser muy prolongado, hasta insumir décadas. Existiendo durante ese lapso distintas pólizas en vigencia, la cuestión es determinar cuál es la que debe cubrir el daño sufrido.

Normalmente, las pólizas no aclaran durante cuál periodo se debe sufrir el daño que es objeto de la cobertura. Los jueces han desarrollado así tres teorías: la primera, que corresponde responder a la compañía cuyo seguro estaba en vigencia al tiempo en que la víctima sufrió el daño; la segunda, que corresponde a aquella cuyo seguro estaba vigente

cuando el mal se manifestó, y la tercera, que todas las compañías cuyos seguros cubrían el lapso completo, son responsables. Nuevamente, las sentencias en cada caso, tratan de acomodar los razonamientos para lograr que el damnificado tenga la máxima cobertura, prescindiendo de los textos de las pólizas y de otras interpretaciones más razonables. Ello demuestra la ambigüedad que existe en esta materia, pues lo único que pueden concluir las aseguradoras es que los tribunales siempre interpretarán las pólizas en su contra "pro cobertura".

Las compañías han reaccionado redactando nuevas exclusiones y aumentando las primas, aunque ninguno de estos mecanismos es perfecto, pues existe la incertidumbre de nuevas interpretaciones arbitrarias.

Si bien cada caso judicial parece resuelto en función de ciertos fundamentos técnicos, de la lectura conjunta de todos los casos parece claro que los jueces han intentado solamente buscar argumentos artificiosos para admitir demandas contra los aseguradores, expandiendo la responsabilidad de estos. Este fenómeno es simétrico con lo que ocurre en materia de productos elaborados.

Otro aspecto de la interpretación judicial de las pólizas, en contra de los aseguradores, se produce cuando los asegurados demandan por el pago de gastos que han debido realizar por el costo de limpieza en caso de residuos peligrosos, que la Ley Federal del Superfondo pone a cargo de aquellos, como generadores de los residuos.

Las cláusulas de las pólizas tipo C.G.L., excluyen los daños a los bienes de propiedad del asegurado y limitan el seguro de daños por contaminación ambiental, a los que se han producido a terceros y que les incumbe pagar al asegurado por su responsabilidad frente a Estos. Sin embargo, los tribunales han admitido esas demandas por el daño propio del asegurado con el argumento de que "la salud, seguridad y bienestar de la población del Estado, deben prevalecer sobre el texto de la póliza" (caso "Summit Associates v. Liberty Mutual Fire Insurance Co." New Jersey Supreme Court, 1987).

e) Imposibilidad de cuantificar el impacto futuro de las normas actuales de responsabilidad

El mayor problema para los aseguradores es cuantificar el impacto futuro de las actuales normas de responsabilidad sobre los riesgos ambientales que cubre, y anticipar posibles cambios a dichas normas.

La nueva responsabilidad ambiental afecta la posibilidad de efectuar esa evaluación de tres formas:

Primero, existen nuevas formas de responsabilidad ambiental creadas por leyes, que son difíciles de asegurar.

Segundo, las sentencias judiciales han alterado o ignorado textos expresos de pólizas vigentes.

Tercero, el common law ha ampliado el ámbito de la responsabilidad civil a aspectos que no pueden ser asegurados por la incertidumbre de su alcance.

Estos desarrollos crean mayores niveles de incertidumbre, afectan el funcionamiento de los mecanismos ideados para evitar la reticencia y la falta de buena fe, y, en consecuencia, afectan también la conducta de los asegurados en sentido negativo, incitando la menor prevención mediante el seguro del riesgo.

13.3. EL DERECHO ESPAÑOL

A) La tutela constitucional

La Constitución española de 1978 dedica un artículo especial al ambiente. El párrafo primero del artículo 45 expresa: "Todos tienen derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la personalidad, así como el deber de conservarlo".

Este precepto se inserta en el contexto de la Sección Segunda del Capítulo III de la Constitución, que tiene un alcance pragmático y principal, como resulta de su título: "De los principios rectores de la política social y económica".

Dicho artículo 45 en su primer enunciado está inspirado en la declaración de la Conferencia de Estocolmo de 1972 aunque su fuente inmediata es la Constitución portuguesa de 1976, donde se expresa que todos tienen el derecho al ambiente sano y tienen el deber de defenderlo.

A diferencia de esta Constitución, la española carece de mayores precisiones sobre las características concretas del ambiente garantizado y sobre las acciones que el Estado se compromete a realizar en su defensa, optando por una versión globalizante y finalista, prescindiendo de un enunciado explícito.

El apartado constitucional en el que se encuadra el artículo 45, tiene un alcance pragmático y principal, como se desprende de su propio título y de las consecuencias que la propia Constitución explicita en el artículo 53.3, según el cual "El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo III informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen".

De aquí que no obstante el carácter normativo que se predica in totum de la Constitución pueda colegirse que el artículo 45 de la Constitución no da pie para fundar exclusivamente en él derechos subjetivos, ni es posible imponer la efectividad práctica de sus mandatos si el legislador ordinario no ha precisado su alcance.

Algunos autores, no pudiendo justificar la existencia de un derecho fundamental al ambiente con fundamento en el artículo 45, han tratado de conectarlo con el derecho constitucional a la salud, relacionándola a su vez, con el derecho a la vida.

Sin embargo, el artículo comentado está concebido con tal abstracción y generalidad que resulta problemático extraer con trascendencia práctica su significado y alcance. No se puede, por ejemplo, entender con certeza si el medio ambiente al que se refiere la Constitución es de carácter natural o si incluye también el entorno cultural y social.

En cuanto a la cuestión de si el precepto contenido en el artículo 45 es meramente pragmático o directamente operativo, la jurisprudencia y dictámenes del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo no parecen estar en armonía.

El primero ha declarado: "La conclusión que se deduce del examen de los preceptos constitucionales lleva a la necesidad de compaginar, en la forma que en cada caso decida el legislador competente, la protección de ambos bienes constitucionales: el medio ambiente y el desarrollo económico" (S.T.C., 4-XI-1982).

En un sentido opuesto al enunciado, que pregona la intervención del legislador para hacer operativos esos preceptos constitucionales, el Tribunal Supremo en la sentencia del 25-IV-1989, ha declarado que: "Los preceptos contenidos en el Capítulo III del Título I de la Constitución, pese a girar bajo la rúbrica de principios rectores de la política social y económica, no constituyen normas programáticas que limiten su eficacia al campo de la retórica política o de la inútil semántica propia de las afirmaciones demagógicas: ... De

manera que ese artículo 45, como los demás del expresado capítulo público, tienen valor normativo y vinculan a los poderes públicos, cada uno en su respectiva esfera, a hacerlos eficazmente operativos...".

B) La organización administrativa y las competencias

La administración central que tutela el medio ambiente está a cargo de la Secretaría General del Medio Ambiente, pero sus atribuciones no están bien definidas pues se superponen con las de otras reparticiones, como el Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo.

La cuestión de las competencias se ha hecho aún más compleja a partir de la introducción del Estado de las Autonomías, cuyas estructuras están acusando ya el impacto de la adhesión de España a la C.E.E.

De acuerdo con el artículo 148.1 de la Constitución española, las Comunidades Autónomas podrán asumir competencias en las siguientes materias:

3º) Ordenación del territorio.

2º) Gestión en materia de protección del medio ambiente.

Por su parte, el artículo 149.1, dispone:

El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias:

23) Legislación básica sobre protección del medio ambiente, sin perjuicio de las facultades de las Comunidades Autónomas de establecer normas adicionales de protección.

Existe así una reserva de competencia estatal o sea del Estado, en materia de legislación básica sobre protección del medio ambiente, y además una asignación de competencias a las Comunidades Autónomas para la regulación adicional. Estas Comunidades Autónomas integran dos grupos: siete de ellas tienen autonomía plena, y las diez restantes tienen autonomía gradual, y dentro de estos parámetros se les asigna mayor o menor competencia en materia ambiental.

C) Adaptación del ordenamiento español a la Comunidad Económica Europea (C.E.E.- U.E.)

La incorporación de España a la Comunidad Económica Europea (actualmente U.E.) llevada a efecto en virtud del Tratado de Adhesión del 12-VI-1985, ha significado un esfuerzo importante de adaptación de las partes implicadas, en la nueva relación multilateral.

La adhesión española a la Comunidad no ha llevado aparejada cláusula especial de salvaguardia en cuanto a la vigencia de los imperativos comunitarios.

De acuerdo con los artículos 2º y 392 del Tratado, España debió poner en vigor la generalidad de las normas internas necesarias para cumplir con sus compromisos, el 1º de enero de 1960 o como máximo el 1º de marzo del mismo año.

El Estado español es el único responsable del país ante las autoridades comunitarias en cuanto al cumplimiento de la normativa comunitaria y la adopción interna de las obligaciones que ella impone, al margen de su estructura institucional que comportan las Comunidades Autónomas.

Es así que el Estado español ha dictado las normas legislativas necesarias para hacer aplicable en todo el país, incluyendo las Comunidades Autónomas, el derecho comunitario, directivas y reglamentos de la C.E.E., desde el año 1985, sobre las siguientes materias,

relacionadas con la tutela del ambiente:

- Impacto ambiental;
- Aguas continentales;
- Aguas marinas;
- Aire;
- Residuos ordinarios;
- Residuos especiales;
- Productos peligrosos;
- Ruido;
- Radiaciones.

Todas estas cuestiones incluidas en la protección del medio ambiente y en la defensa de los recursos naturales, han quedado incorporadas por la pertinente legislación especial al derecho interno español y, por lo tanto, aplicable en las Comunidades Autónomas del Estado.