

**DESAFÍOS DE LA RESPONSABILIDAD AMBIENTAL
NECESIDAD DE UNA TUTELA ANTICIPADA Y
PREVENTIVA***

***CHALLENGES OF ENVIRONMENTAL RESONSIBILITY
NEED FOR EARLY AND PREVENTIVE ACTION***

Georgina DORONI**

Resumen: A través del presente trabajo se considera la importancia de la prevención en materia de responsabilidad ambiental para la protección del derecho humano a un ambiente sano en un Estado democrático de derecho. Se establecen como objetivos realizar, en primer lugar, un breve análisis de la lógica dependencia entre democracia, derechos humanos y el derecho-deber al medio ambiente, abordando la dimensión ambiental del problema, para luego focalizar la necesidad de una tutela anticipada y preventiva en materia de responsabilidad y la esfera de la colectivización en el deber de protección del medio ambiente, haciendo especial énfasis en el rol del juez en materia ambiental.

Palabras-clave: Responsabilidad ambiental - Ambiente sano - Acción anticipada y preventiva.

Abstract: This paper considers the importance of prevention in environmental responsibility for the protection of the human right to a healthy environment in a democratic state of law. First, the paper makes a brief analysis of the logical dependence between democracy, human rights and the right and duty to a healthy environment, then focus in the need for early and preventive custody in the duty to protect the environment (with collectivization of the duty), with particular emphasis on the role of judges in environmental matters.

* Trabajo recibido el 4 de diciembre de 2015 y aprobado para su publicación el 9 de marzo de 2016.

** Abogada (Universidad Nacional de Córdoba, UNC). Doctorando en Derecho y Ciencias Sociales (UNC) Tema «Atribución de responsabilidad por pasivos ambientales y eficacia de los instrumentos financieros para la recomposición del daño ambiental colectivo». Becaria de Conicet.

Keywords: Environmental responsibility - Healthy environment - Early and preventive action.

Sumario: I. Introducción. II. La dimensión ambiental del problema. III. La función de la prevención en materia ambiental. IV. Deber positivo general en la protección del medio ambiente. V. ¿Un nuevo juez? El papel del juez en materia ambiental.

I. Introducción

La idea moderna de un Estado Democrático encuentra sus raíces en el siglo XVIII, implicando la afirmación de ciertos valores fundamentales de la persona humana, como también la exigencia de organización y funcionamiento del Estado con miras a la protección de aquellos valores¹.

De esa forma, podemos notar que el Estado Democrático se sustenta sobre la configuración de la idea de derechos básicos o fundamentales, lo que implica la existencia de límites, ya que se exige que la formación de la voluntad democrática no pueda atentar contra los derechos humanos que han sido estimados como derechos fundamentales, atrincherando ciertos bienes que se considera que deben asegurarse incondicionalmente para cada individuo.

Por lo tanto, podemos afirmar que el Estado de Derecho es un marco de seguridad para los individuos, toda vez que la vigencia de los derechos humanos es esencial para su existencia. Los mismos responden –siguiendo la célebre expresión de Dworkin– como vetos o cartas de triunfo². Suele resumirse diciendo que los derechos básicos retiran ciertos temas de la agenda política ordinaria para emplazarlos en esa esfera intangible a la que Ernesto Garzón ha llamado “el coto vedado”³.

¹ Dalmo de Abreu DALLARI, *Elementos de Teoria Geral do Estado*, Editora Saraiva, 23ª Edição. 2002, pág. 145.

² R. DWORKIN, *Los derechos en serio*, Ed. Planeta-De Agostini, Barcelona, 1993, págs. 16-20 y 36-37. V. <https://es.scribd.com/doc/311150486/DWORKIN-Los-derechos-en-serio-pdf>

³ Juan Carlos BAYÓN, *Derechos, democracia y constitución*, Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, Alicante, 2008. Edición digital a partir de *Discusiones: Derechos y Justicia Constitucional*, núm. 1 (2000), págs. 65-94. URL: <http://www.cervantesvirtual.com/obra/derechos-democracia-y-constitucion/>

La primera gran consecuencia del estado de derecho ambiental es que el valor medio ambiente ha de ser reconocido sin complejos en el núcleo duro de derechos fundamentales.

La dimensión colectiva, social, es consustancial al derecho ambiental y amplía los derechos jurídicos tutelados. Por un lado, reconoce los clásicos y tradicionales derechos individuales, y por otro, (introduce como novedad) los derechos colectivos –ampliando y completando los bienes tutelados–. Este es un cambio importantísimo en la cultura de los derechos humanos, a través de la institucionalización de un nuevo paradigma –el ambiental–, que se viene gestando y desarrollando y consagra una nueva relación que rompe con la lógica clásica de la supremacía de lo individual, reconduciendo la flecha de lo colectivo a lo individual.

Se observa una clara influencia del microsistema de derecho ambiental (autosuficiente) como sistema de principios y normas sobre el derecho general, lo que invita a una relectura de los derechos individuales a la luz de los derechos de incidencia colectiva, a través de un plexo de coordinación y subordinación⁴, lo cual cobra vigor con la sanción del nuevo Código Civil y Comercial.

Esta nueva “ontología” del derecho ambiental da lugar al surgimiento de un sistema de protección de los bienes colectivos con la predominancia de límites y deberes en el ejercicio de los derechos de individuos, que surgen cuando afectan al bien colectivo de modo irreversible. Así, superado el nivel de satisfacción de los bienes primarios, es necesario encontrar un punto de conexión entre el individuo y la sociedad, entre los bienes individuales y colectivos. Es en este campo en el que se debe completar la teoría de los derechos, ampliando los bienes tutelados: bienes individuales y colectivos. Este es un cambio importantísimo en la cultura de los derechos humanos⁵.

⁴ Es un código de los derechos individuales y colectivos. En su mayoría, los códigos del derecho privado comparado regulan sólo los derechos individuales. El Anteproyecto da una importancia relevante a los derechos de incidencia colectiva, en consonancia con la Constitución Nacional. Esto tiene un impacto significativo en el modo de relacionamiento con los recursos naturales. Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial, Comisión Redactora creada por decreto N° 191/2011.

⁵ Ricardo LORENZETTI, *Teoría del derecho ambiental*, La Ley, Buenos Aires, 2008, págs. 11-12.

II. La dimensión ambiental del problema

El bien jurídico ambiental es de uso común, no es susceptible de apropiaciones individuales, ni de generar derechos subjetivos divisibles⁶. La contracara de esta situación es lo que Lorenzetti ha traducido como la “tragedia de los comunes”, esa idea de uso común no genera incentivos individuales para protegerlos y evitar el abuso⁷, si nadie es propietario, no hay quien se preocupe por cuidar al bien⁸. Es decir, es de todos pero es de nadie.

La problemática ambiental ha generado nuevas perspectivas en el mundo jurídico y en el rol que debe asumir el Estado frente a ello, incidiendo de un modo gravitante en la configuración de nuevos y posibles derechos. La idea del surgimiento de “nuevos derechos” no es algo nuevo, sino que es un derrotero que ha tenido lugar con el devenir de la historia como humanidad.

En la actualidad no se puede negar la categorización del derecho al medio ambiente sano como un derecho humano básico y esencial, en tanto su ejercicio apareja a su vez el goce y disfrute de los restantes derechos de los individuos⁹. En este sentido, cabe resaltar que el derecho al medio ambiente es híbrido, bifronte, comprende una “doble personali-

⁶ El medio ambiente es un bien colectivo, patrimonio de toda la humanidad y responsabilidad de todos. Quien se apropia de algo es sólo para administrarlo en bien de todos. Si no lo hacemos, cargamos sobre la conciencia el peso de negar la existencia de los otros. Encíclica *Laudato Si'*, Nota 95.

⁷ La intervención humana en la naturaleza siempre ha acontecido, pero durante mucho tiempo tuvo la característica de acompañar, de plegarse a las posibilidades que ofrecen las cosas mismas. Se trataba de recibir lo que la realidad natural de suyo permite, como tendiendo la mano. En cambio ahora lo que interesa es extraer todo lo posible de las cosas por la imposición de la mano humana, que tiende a ignorar u olvidar la realidad misma de lo que tiene delante. De aquí se pasa fácilmente a la idea de un crecimiento infinito o ilimitado, que ha entusiasmado tanto a economistas, financistas y tecnólogos. Supone la mentira de la disponibilidad infinita de los bienes del planeta, que lleva a «estrujarlo» hasta el límite y más allá del límite. Encíclica *Laudato Si'*. Nota 106.

⁸ R. LORENZETTI, ob. cit., págs. 7-23.

⁹ Corte IDH, caso *Kawas Fernández vs. Honduras*, sentencia de 3 de abril de 2009 (Fondo, Reparaciones y Costas). El derecho a un ambiente sano es una «condición» para el goce de otros derechos: varios derechos de rango fundamental requieren, como una precondition necesaria para su ejercicio, una calidad ambiental mínima, y se ven afectados en forma profunda por la degradación de los recursos naturales.

dad”, además de ser un derecho humano personalísimo básico, es predominantemente un derecho social, colectivo o grupal. “*Son derechos que pertenecen a una categoría denominada derechos ‘difusos’, ‘colectivos’ o ‘supraindividuales’ (...). Se llaman difusos por su amplitud, por su anchura, por su extensión, por su dificultad de realización y por la constante confusión con los deberes de la humanidad*”¹⁰.

Genera su irrupción un giro copernicano al constitucionalizarse la problemática ambiental y al consagrarse el medio ambiente como un derecho humano básico¹¹. Es indudable que los derechos humanos son uno de los más grandes inventos de nuestra civilización. Esta importancia de los derechos humanos está dada, como es evidente, por el hecho de que ellos constituyen una herramienta imprescindible para evitar un tipo de catástrofe que con frecuencia amenaza a la vida humana. Estas limitaciones del reconocimiento de los derechos del hombre hace que, además de ese imprescindible e imperioso reconocimiento, deba apuntarse a un plano todavía más profundo: la formación de una conciencia moral de la humanidad acerca del valor inherente de estos derechos. Es esta conciencia, estos valores, que una vez arraigados y generalizados se convierten en una valla importante contra acciones u omisiones que los desconozcan. En lo que concierne al derecho a un ambiente sano (artículo 41 CN) su

¹⁰ Edgar Humberto CRUZ MARTÍNEZ, «Derecho a un Medio Ambiente Sano», en *Derechos Humanos y Medio Ambiente*, Año 1995, N° 13, págs. 227-228 [en línea <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derhum/cont/13/pr/pr19.pdf> Consulta 5 de agosto de 2015].

¹¹ Los derechos humanos son facultades y prerrogativas inherentes a la persona humana que le corresponden por su propia naturaleza, indispensables para asegurar su desarrollo dentro de una sociedad organizada en igualdad de condiciones y que no pueden dejar de ser respetados y reconocidos por los Estados. Hacen a la esencia del ser humano, constituyen la base sin la cual el ejercicio y disfrute de otros derechos se vería conculcado. Son derechos que tienen como base los atributos de la persona humana. Hoy en día es indiscutible que el derecho a un ambiente sano, equilibrado y apto para el desarrollo humano, consagrado constitucionalmente y reconocido en los tratados internacionales, forma parte del elenco de los derechos humanos o personalísimos. El ambiente, jurídicamente, es un atributo fundamental de los individuos. Por dicha razón el derecho al ambiente ha ingresado en el ordenamiento jurídico como un derecho de la personalidad. Inclusive, otros, hoy indiscutidos (como la integridad física, la salud, la vida) se sustentan en el equilibrio ecológico propicio e indispensable para el bienestar psicofísico del hombre.

recepción y consagración constitucional brinda un cimiento o base a la hora de enfrentar los problemas ambientales, desde un punto de vista tanto formal como de fondo, para alcanzar niveles óptimos de protección.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, en el auto de apertura de la causa “Mendoza, Silvia B. y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños derivados de la contaminación ambiental del río Matanza Riachuelo”, dijo que *“el reconocimiento de status constitucional del derecho al goce de un ambiente sano, así como la expresa y típica previsión atinente a la obligación de recomponer el daño ambiental (art. 41 CN) no configuran una mera expresión de buenos y deseables propósitos para las generaciones del porvenir, supeditados en su eficacia a una potestad discrecional de los poderes públicos, federales o provinciales, sino la precisa y positiva decisión del constituyente de 1994 de enumerar y jerarquizar con rango supremo a un derecho preexistente”*¹².

Por ello, es dable hablar no sólo de un derecho a un ambiente sano sino que eso se acompaña de un correlativo deber, el cual es un mandato constitucional de nuestro sistema. Se reconoce esa colectivización de la responsabilidad, es decir, es un deber que nos alcanza como humanidad, no sólo a los órganos estatales, empresas privadas y públicas, sino a todos como sociedad.

De allí, que en el fondo subyacen ciertos principios o fundamentos. La cuestión ambiental (que es social) se apoya en valores, que hoy son más o menos compartidos por todas las personas. Es indiscutible la existencia del derecho humano al medio ambiente, que tiene una consagración y justificación intrínseca, más allá del reconocimiento o recepción jurídica. La preocupación por el otro, por el desarrollo de la comunidad, se materializa en un humanismo, en principios que son universalmente válidos (ideales), pero que a la vez requieren de un relativismo, de una localización, de un particularismo de acuerdo al contexto en que se inserta. *“Es verdad que debemos preocuparnos que otros seres vivos no sean tratados irresponsablemente. Pero especialmente deberían exasperarnos las enormes inequidades que existen entre noso-*

¹² Corte Suprema de Justicia de la Nación, 20/06/2006, «Mendoza, Beatriz S. y otros c. Estado Nacional y otros». En LL 11/07/2006, 4 - LL 2006-D, 281 - DJ 2006-2, 706 - LL 29/06/2006.

*tros, porque seguimos tolerando que unos se consideren más dignos que otros (...). Seguimos admitiendo en la práctica que unos se sientan más humanos que otros, como si hubieran nacido con mayores derechos*¹³.

La tutela ambiental no es solo un derecho de incidencia colectiva del presente sino también del futuro, lo que supone la obligación de solidaridad generacional de garantizar que aquellos que heredarán el ambiente puedan vivir en condiciones como mínimos iguales o mejores que las presentes. Esto es la base de la ética del desarrollo. De allí, que se deba estimular una sensibilización hacia el medio ambiente, que no solo atañe a las generaciones del presente sino también a las del futuro, lo que implica una dimensión y responsabilidad colectiva frente al problema.

Uno de los factores que tal vez contribuyen a que no se progrese tanto como es deseable en la promoción de los derechos del hombre es la creencia de que ella está asegurada cuando se alcanza un reconocimiento jurídico de los derechos en cuestión. Ese reconocimiento es obviamente importante¹⁴, pero si el mismo no es acompañado de la creencia colectiva y social de su importancia y respeto, es en vano una mera homologación jurídica, una consagración de papel que no penetra a la esfera social.

Partiendo de la idea de que no podemos desconocer que el problema ambiental es en su esencia un problema social, es necesario replantearse el estilo de sociedad y de desarrollo imperante: la razón de ser del problema subyace en que es un problema que repercute en el desarrollo mismo de la humanidad. La problemática ambiental es el reflejo de la adopción de un determinado arquetipo de desarrollo –sociocultural, económico, político–. Es decir, existen causas ambientales en el subdesarrollo, la marginación, la pobreza, la explotación del capital y el colonialismo interno.

¹³ Carta Encíclica *Laudato Si'*, Nota 90.

¹⁴ Naturalmente, esto no implica que sea superflua la consagración jurídica de los derechos humanos. Al contrario, tal consagración en el derecho positivo de distintos Estados y en el derecho internacional es una de las grandes conquistas de la humanidad por cuya consolidación debe bregarse constantemente, ya que el reconocimiento jurídico de los derechos humanos los hace más ciertos y menos controvertibles, y, sobre todo, provee de medios (como la declaración de inconstitucionalidad de una ley) para neutralizar su violación. Pero este reconocimiento jurídico, si bien es un paso decisivo para lograr el respeto de los derechos humanos, no es ni necesario ni suficiente para ello (...). Carlos NINO, *Ética y Derecho Humanos. Un ensayo de fundamentación*, Astrea, Buenos Aires, 1989.

Se requiere ordenar la pugna de intereses y orientar el proceso de desarrollo, para que se pueda, en definitiva, forjar un pacto social que ofrezca sustento a las alternativas de solución de la crisis de sustentabilidad. Conviene recordar que las dificultades provocadas por situaciones extremas de desigualdad social y de degradación ambiental no pueden ser definidas como problemas individuales, constituyendo de hecho problemas sociales, colectivos. No se trata simplemente de garantizar el acceso, vía el mercado, a la educación, a la vivienda, a la salud, o a un ambiente libre de contaminación, sino de recuperar prácticas colectivas (solidarias) de satisfacción de estas necesidades¹⁵ (indispensable tanto para las generaciones presentes como futuras).

No existe una estrategia universal para alcanzar el desarrollo sustentable, ya que no podemos hablar de un solo tipo de desarrollo, sino que depende del particularismo y condiciones sociales, culturales, económicas, ambientales, institucionales. Por lo que hay tantos estilos de desarrollos como realidades locales hay. Sin embargo, la institucionalización de la problemática y el punto de inflexión que ha generado la cuestión ambiental en la agenda nacional e internacional es un gran avance y se debe trabajar en ese camino, hacia la configuración de estándares y premisas mínimas tendientes a la protección del medio ambiente, como bien colectivo, no solo del presente sino también del futuro¹⁶.

De este modo se coadyuva a una gobernanza horizontal, un reparto de responsabilidades. La buena gobernanza no solo reside en el gobierno, sino también en el papel que asumen el público, las empresas privadas, los medios de comunicación, las organizaciones civiles, los inversionistas, los investigadores y todos aquellos que influyen en la vida política, económica y social de un país¹⁷.

¹⁵ Roberto P. GUIMARÃES, «La ética de la sustentabilidad y la formulación de políticas de desarrollo», págs. 69-70. [En línea] <http://www.uv.mx/personal/fpanico/files/2011/04/Guimaraes-la-etica-de-la-sustentabilidad.pdf> [consulta 7 de junio de 2015].

¹⁶ La atenuación de los efectos del actual desequilibrio depende de lo que hagamos ahora mismo, sobre todo si pensamos en la responsabilidad que nos atribuirán los que deberán soportar las peores consecuencias. Encíclica *Laudato Si'*, Nota 161.

¹⁷ Acceso a la información, participación y justicia en temas ambientales en América Latina y el Caribe; situación actual, perspectivas y ejemplos de buenas prácticas, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), 30 de octubre de 2012.

III. La función de la prevención en materia ambiental

La sociedad moderna ha creado un modelo de desarrollo tan complejo y avanzado que, actualmente, se carece de medios capaces de disciplinar y controlar dicho desarrollo. El surgimiento de la teoría de la sociedad de riesgo¹⁸ designa un estado de la modernidad en el cual comienzan a acaecer las amenazas generadas hasta entonces por el modelo económico de la sociedad industrial; representando esta teoría el agotamiento del modelo de producción por el riesgo social y ambiental, permanente de catástrofes y desastres.

La paradoja de la modernidad es que sus logros políticos, económicos y sociales hoy se revierten contra ella, rebasando las capacidades del Estado y demás entidades para redefinir sus metas y controlar las variables del impacto de esos cambios en sus prácticas sociales y jurídicas¹⁹. *“Esta nueva etapa, en la que el progreso puede convertirse en autodestrucción, en la que un tipo de modernización socava y transforma otro, es lo que yo denomino fase de modernización reflexiva”*²⁰.

Sin embargo, este agravamiento de los problemas ambientales —acompañado de la evolución de la sociedad industrial a la sociedad de riesgo—, no está acompañada de una adecuación de los mecanismos jurídicos de solución de problemas; existiendo por lo tanto una *irresponsabilidad*

¹⁸ Ulrich BECK, Anthony GUIDDENS, Scout LASH, «Modernização reflexiva: Política, tradição e estética na ordem social moderna», UNESP, São Paulo, 1997, págs. 120-135. En *Dano Ambiental*, Jose Rubens Morano Leite; Patrick de Araujo Ayala.

¹⁹ Se tiende a creer «que todo incremento del poder constituye sin más un progreso, un aumento de seguridad, de utilidad, de bienestar, de energía vital, de plenitud de los valores», como si la realidad, el bien y la verdad brotaran espontáneamente del mismo poder tecnológico y económico. El hecho es que «el hombre moderno no está preparado para utilizar el poder con acierto», porque el inmenso crecimiento tecnológico no estuvo acompañado de un desarrollo del ser humano en responsabilidad, valores, conciencia. Cada época tiende a desarrollar una escasa autoconciencia de sus propios límites. Por eso es posible que hoy la humanidad no advierta la seriedad de los desafíos que se presentan, y «la posibilidad de que el hombre utilice mal el poder crece constantemente» cuando no está sometido a norma alguna reguladora de la libertad, sino únicamente a los supuestos imperativos de la utilidad y de la seguridad». Nota 105 Encíclica *Laudato Si'*.

²⁰ U. BECK, A. GUIDDENS, S. LASH, *Modernización reflexiva (...)*, ob. cit. pág. 15.

*organizada*²¹ ante la efectiva conciencia de la existencia de los riesgos sin la generación de políticas de gestión adecuadas. Esta situación no es más que el producto del “éxito” del desarrollo y crecimiento económico, de un estilo de “desarrollo aparente”.

Esto se encuentra íntimamente vinculado a la ausencia de publicidad de los riesgos, es decir a la dificultad y complejidad para acceder a la información pertinente que permita medir su contenido y extensión. Es justamente este anonimato el que refleja la idea de irresponsabilidad organizada en donde los sistemas sociales consiguen a través de instrumentos políticos y judiciales ocultar el origen, las proporciones y efectos de los riesgos ecológicos²².

De allí la consagración del énfasis preventivo como uno de los caracteres del derecho ambiental (así se encuentra plasmado en toda la legislación sectorial y de presupuestos mínimos). Por tal motivo, en materia ambiental cobra rigurosa importancia el instituto de la prevención, procurándose evitar, dentro de los medios y límites racionales, todo posible riesgo que pueda afectar de manera negativa y relevante al medio ambiente. Es decir, que sus objetivos son fundamentalmente preventivos, porque la coacción *a posteriori* resulta ineficaz, puesto que muchos de los daños ambientales, de producirse, son irreversibles.

En los fundamentos del nuevo Código se dice que: “*en los derechos de incidencia colectiva, surge con claridad que la prevención es prioritaria y precede a la reparación, sobre todo cuando se trata de bienes que no se pueden recomponer fácilmente (...)*”.

La ampliación de las funciones de la responsabilidad civil en el nuevo Código²³ revitaliza el sistema y lo torna mucho más compatible con los caracteres del daño ambiental²⁴. Asimismo, se integra y refuerza la idea

²¹ Ulrich BECK, «Risk Society toward a new modernity», en *Dano Ambiental: do individual ao coletivo extramatrimonial: teoria e pratica*, 4ª ed, São Paulo, editora Revista dos tribunais, 2011.

²² Jose Rubens MORANO LEITE, Patrick ARAUJO AYALA, *Dano Ambiental: do individual ao coletivo extramatrimonial: teoria e pratica*, 4ª ed. São Paulo, Editora revista dos tribunais, 2011.

²³ Artículo 1708: «Funciones de la responsabilidad». Las disposiciones de este Título son aplicables a la prevención del daño y a su reparación.

²⁴ Pablo LORENZETTI, «La función preventiva de la responsabilidad civil y el daño ambiental en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación». [en línea] <http://>

con el deber de prevención contenido en el artículo 1710. Esta recepción debe ser analizada, en lo que en materia ambiental concierne, en armonía con nuestra ley general del ambiente, en la que se encuentra plasmado en su artículo cuarto el principio de prevención, en función de la remisión explícita que realiza el artículo 1709 a leyes especiales (en este caso concreto –puede leerse– a la ley 25675 de presupuestos mínimos de política ambiental nacional).

Sostiene la jurisprudencia que “se deben instrumentar las herramientas que en una clara actitud de “evitación” sean capaces de lograr que se obtenga el objetivo apuntado en el artículo 41 CN *“El derecho ambiental debe tener un carácter eminentemente preventivo por motivos funcionales y teleológicos”* y *“desde el punto de vista del análisis económico del derecho, la preferencia por los instrumentos de actuación “ex ante”, frente a los instrumentos “ex post”, origina dudas serias sobre la utilidad del instituto de la responsabilidad”*²⁵.

*“Las técnicas indemnizatorias, de pura reintegración patrimonial, no son por sí solas suficientes para suplir la ausencia de controles directos sobre la actividad dañosa, destinables a detener en forma inmediata sus efectos nocivos. Un ancho cauce para la solidaridad y la cobertura de riesgos en una sociedad dinámica y triturante busca ansiosa prevenir más que reparar, bregando por un acceso a la justicia eficaz, no tanto para responder al pensamiento clásico de la sentencia de condena que enjugara un resarcimiento hacia atrás sino evitar un daño hacia adelante”*²⁶. Es la transición del paradigma de la reparación hacia la prevención.

En caso de certeza de daño ambiental, debe ser prevenido como lo preconiza el principio de prevención; pero en el caso de duda o incerti-

www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/04/La-funci%C3%B3n-preventiva-de-la-Responsabilidad-Civil-y-el-Da%C3%B1o-Ambiental-PABLO-LORENZETTI.pdf [consulta 10 de octubre de 2015]. Pág. 5.

²⁵ Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mercedes, sala II. «Spagnolo, César Antonio c. Municipalidad de Mercedes s/amparo». 19/03/2009, en *LLBA*, junio 2009, pág. 491.

²⁶ Néstor CAFFERATTA, *Introducción al derecho ambiental*, Secretaría de Medio ambiente y recursos naturales, Instituto Nacional de Ecología, México, diciembre 2004, pág. 120.

dumbre, también debe ser prevenido. La incertidumbre es inherente a los problemas ambientales, así lo ha manifestado el Banco Mundial²⁷; esperar la certidumbre solo nos habilitará a reaccionar y actuar una vez acaecido el daño y no para una actuación preventiva y anticipatoria. De allí la importancia de la prevención y la precaución, ya que frente al daño ambiental, ambiente, personas y comunidad son víctimas frente a las cuales la reparación pecuniaria tradicional no es suficiente como indemnización. “De poco sirve, luego de que los ecosistemas son agredidos, pretender recomposiciones a veces imposibles, o generar marcos indemnizatorios que resultan pocos relevantes respecto de la tutela que se pretende otorgar al medio ambiente”²⁸.

La idea de prevención lleva ínsita la idea de sustentabilidad ambiental de las actividades humanas, es decir, se tiende a través de la adopción de medidas basadas en este principio que las actividades del presente no comprometan las posibilidades de las futuras generaciones, como así también armonizar las cuestiones ambientales con el desarrollo.

El bien ambiental objeto de protección, tiene como características determinantes el ser esencialmente limitado y de consumo irreparable, de allí la importancia en esta área de la tutela preventiva. En idéntico sentido, la jurisprudencia afirma esta importancia de la faz preventiva en el derecho ambiental: “asignamos a la prevención en este terreno una importancia superior a la que tiene otorgada en otros ámbitos, ya que la agresión al medio ambiente se manifiesta en hechos que provocan, por su mera consumación, un deterioro cierto”²⁹.

En función de lo expuesto, se puede afirmar que uno de los grandes desafíos de la responsabilidad es lograr el cambio de paradigma, desde la reparación hacia la prevención. No podemos negar que uno de los princi-

²⁷ Banco Mundial, Informe «Desarrollo y Medio Ambiente, 1992, pág. 40. [en línea] http://www.ds.worldbank.org/external/default/WDSContentServer/WDSP/IB/2010/08/27/000333037_20100827015428/Rendered/PDF/105170WDR0SPANISH0Box37349B01PUBLIC1.pdf. Recuperado el 25/10/2014 [consulta 5 de mayo de 2015].

²⁸ Juzgado Federal N° II Mar del Plata «Fundación Reserva Puerto del Mar del Plata v. Consorcio Portuario Regional de Mar del Plata s/ Amparo», 26/12/2002.

²⁹ Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires «Ancore SA y otros v. Municipalidad de Daireaux», 19/02/2002. Ídem «Almada Hugo v. Copetro S.A.», SCJBA, 19/05/1998.

pios más conocidos de entre los varios principios que inspiran al derecho medioambiental, es el preventivo-precautorio, lo que se refleja no solo en la legislación internacional, sino también en la legislación ambiental nacional. No obstante su aparente difusión y comprensión general, es frecuente que se malentienda su significado, o que se restrinja su aplicación. Esto se debe a que está instaurado un argumento falaz respecto a la responsabilidad que se reduce en el sofisma “quien contamina paga”, lo cual responde a la lógica de que estaría permitido realizar una actividad –más allá de los efectos adversos que ha de ocasionar al medio ambiente– “pagando” por contaminar, respondiendo a una interpretación restrictiva y simplista. Tras esta simple definición, sin embargo, podremos advertir que se esconde un concepto complejo. Es muy común que se identifique al principio con la idea de que aquel que ocasiona la contaminación debe pagar un monto en dinero por ella. Visto de este modo se generan serias dudas sobre la utilidad del instituto de la responsabilidad. Sin embargo, la lógica del principio de responsabilidad es justamente inversa a esto, lo cual se desprende de modo prístino del artículo cuarto de nuestra ley general del ambiente: *“La interpretación y aplicación de la presente ley, y de toda otra norma a través de la cual se ejecute la política ambiental, estarán sujetas al cumplimiento de los siguientes principios: (...) Principio de responsabilidad: El generador de efectos degradantes del ambiente, actuales o futuros, es responsable de los costos de las acciones preventivas y correctivas de recomposición, sin perjuicio de la vigencia de los sistemas de responsabilidad ambiental que correspondan”*. A través de una interpretación hermenéutica y sistemática de nuestro ordenamiento jurídico –Constitución Nacional, Código Civil y Comercial, Ley de Política Ambiental Nacional y demás leyes de presupuestos mínimos sectoriales– se desprende que en materia ambiental cobra preeminencia y relevancia la faz preventiva, la tutela anticipatoria, para que luego sí, una vez implementadas las acciones preventivas y fracasadas las mismas, se acceda como *última ratio* a las acciones de reparación y correctivas del daño. Su implementación es una cuestión de atribución de costos, con el objeto de que el operador internalice (asuma) y contabilice los costos de prevención y rehabilitación como costos de la misma producción.

Otro de los grandes desafíos que se plantean en la temática es que muchas veces, se suscita una clara disociación entre quién es el generador, es decir, el causante y quién asume la responsabilidad por la

remediación del mismo. Siempre que sea posible, y de conformidad con el principio de responsabilidad, debería ser el titular u operador que haya causado el daño ambiental quien sufrague los costos del saneamiento. El principio de responsabilidad del causante es fácilmente aplicable en los casos de daño ambiental agudo, producto de algún evento posible de identificar sin dudas. El problema se plantea cuando resulta imposible identificar uno o más responsables, o los responsables son identificables pero no resultan solventes o existen dudas sobre el grado de responsabilidad o aptitud para resolverlo. El principal problema que se desprende es que dicha obligación termina recayendo –subsidiariamente– en el Estado, es decir, es la sociedad la que en definitiva termina absorbiendo dicha externalidad. Esto se debe a que el Estado debe enfrentar las soluciones para evitar seguir traspasando los problemas a las generaciones futuras, atento que el problema tiene una alta incidencia social y política antes que individual; aun cuando originariamente pudo ser imputable a individuos particulares.

Desde una perspectiva económica, la función fundamental del derecho es la modificación de los incentivos. Las normas de responsabilidad asumen la función de instrumentos eficaces para que los costos de prevención, control y reparación ambiental sean imputados y asumidos (internalizados) por quienes los producen y no por el conjunto de la sociedad³⁰. Es decir, la esencia económica del derecho es que utiliza a la responsabilidad para internalizar las externalidades.

El sistema de responsabilidad ambiental previsto por el art. 41 de la CN y la Ley 25675 es de carácter preventivo y compensatorio, no repressivo. Por lo tanto, es necesario evaluar los daños para conocer el valor de los recursos naturales y el flujo de servicios ambientales perdidos³¹. Cuando, llegado el caso en que los mecanismos de protección y prevención fallan, de acuerdo al mandato constitucional se establece con carácter imperativo la recomposición: “El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley”.

Aquí se observa nuevamente que el sistema de responsabilidad no responde a la lógica “pago para contaminar”, ya que como se estableció

³⁰ Alicia MORALES LAMBERTI, *Política ambiental, energética y fiscal. Relaciones y conflictos de coordinación interjurisdiccional*, M.E.L. Editor, Córdoba, 2005, pág. 221.

³¹ *Ibidem*, pág. 218.

líneas más arriba, el principal objetivo es la prevención y evitación de los daños, pero ocurridos los mismos, las medidas de reparación y/o restauración tienen por objeto reponer uno o más de los componentes o elementos del medio ambiente y/o servicios ambientales afectados a una calidad similar a la que tenían con anterioridad del efecto dañoso, o al menos, restablecer sus propiedades y condiciones básicas, siendo la indemnización sustitutiva la *ultima ratio*.

IV. Deber positivo general en la protección del medio ambiente

“Al mismo tiempo, crece una ecología superficial o aparente que consolida un cierto adormecimiento y una alegre irresponsabilidad. Como suele suceder en épocas de profundas crisis, que requieren decisiones valientes, tenemos la tentación de pensar que lo que está ocurriendo no es cierto. Si miramos la superficie, más allá de algunos signos visibles de contaminación y de degradación, parece que las cosas no fueran tan graves y que el planeta podría persistir por mucho tiempo en las actuales condiciones. Este comportamiento evasivo nos sirve para seguir con nuestros estilos de vida, de producción y de consumo. Es el modo como el ser humano se las arregla para alimentar todos los vicios autodestructivos: intentando no verlos, luchando para no reconocerlos, postergando las decisiones importantes, actuando como si nada ocurriera”³².

Esta reflexión nos conduce al análisis del medio ambiente como bien colectivo, responsabilidad de todos. Esto responde a la idea de la colectivización de la responsabilidad, lo que coadyuva a una gobernanza horizontal, un reparto de responsabilidades y a una conciencia sobre la cuestión ambiental, en tanto implica un derecho del presente como así también para el futuro. La buena gobernanza no solo reside en el gobierno, sino también en el papel que asumen el público, las empresas privadas, los medios de comunicación, las organizaciones civiles, los inversionistas, los investigadores y todos aquellos que influyen en la vida política, económica

³² Encíclica *Laudato Si'*, nota 59.

y social de un país³³. Así, es dable hablar no sólo de un derecho a un ambiente sano, sino que eso se acompaña de un correlativo deber, el cual es un mandato constitucional de nuestro sistema. Se reconoce esa colectivización de la responsabilidad, es decir, es un deber que nos alcanza como humanidad, no sólo a los órganos estatales, empresas privadas y públicas, sino a todos como sociedad. Se trata de reconocer los límites, de la necesidad de bregar por la restauración integral del medio ambiente, que se respete su capacidad de resiliencia, recuperar los ambientes degradados a una condición similar a su estado original. El flujo de bienes y servicios que brinda el medio ambiente debería ser tomado como capital natural o ecológico y no quedar como rehén de un criterio económico, sustituyendo acciones preventivas por una mera indemnización.

No hay que confundir esto con una banalización de que el ambiente se debe mantener inalterado, como algo intocado, ni invocar mejores y superiores derechos del ambiente ante nosotros como humanidad, sino entender que el hombre es parte, que se debe relacionar de otro modo con el medio ambiente. Si bien el hombre puede servirse de la naturaleza no puede perder de vista una suerte de comunitarismo que surge de la convivencia, de la interdependencia.

“(...) La atenuación de los efectos del actual desequilibrio depende de lo que hagamos ahora mismo, sobre todo si pensamos en la responsabilidad que nos atribuirán los que deberán soportar las peores consecuencias. (...) Sigue siendo cierto que hay responsabilidades comunes pero diferenciales. (...) (M)ientras el orden mundial existente se muestra impotente para asumir responsabilidades, la instancia local puede hacer una diferencia. Pues allí se puede generar una mayor responsabilidad, un fuerte sentido comunitario, una especial capacidad de cuidado y una creatividad más generosa, un entrañable amor a la propia tierra, así como se piensa en lo que se deja a los hijos y a los nietos”³⁴.

³³ Acceso a la información, participación y justicia en temas ambientales en América Latina y el Caribe; situación actual, perspectivas y ejemplos de buenas prácticas, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), 30 de octubre de 2012.

³⁴ Encíclica *Laudato Si'*, notas 161, 170 y 179.

Esto tiene razón de ser en el principio de inmediación³⁵, es decir, es la esfera local que más cercana se encuentra al problema la que debe actuar de modo prioritario. Eso se debe a que en materia ambiental según el reparto de competencias establecidas en nuestra carta magna corresponde a las provincias la gestión de los recursos naturales, por lo que son los gobiernos locales los que deben aumentar su capacidad institucional y la gestión del cambio. Partiendo de nuestra norma de base, recordamos que el artículo 121 establece: “*Las provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al Gobierno federal, y el que expresamente se hayan reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación*”; el artículo 124 CN *in fine*: “(...) *corresponde a las provincias el dominio originario de los recursos naturales existentes en su territorio*” y el artículo 5 garantiza el régimen municipal: “*Cada provincia dictará para sí una Constitución (...) que asegure su régimen municipal (...)*”. El poder a los fines de definir el uso y gestión de los recursos es local –léase provincial, municipal, comunal– y va de suyo, que el poder de policía en general y específicamente el ambiental, es también local.

En este marco normativo, cada medida y acción que se efectivice en torno a la prevención del medio ambiente, debe realizarse de modo progresivo y gradual –lo que lleva implícito un principio de “no regresión”³⁶ como imperativo jurídico negativo como imperativo jurídico positivo–. Ello implica que no solo existe el deber positivo general de no dañarlo, sino también deberes positivos generales en orden a preservarlo, evitar que se lo altere o destruya, a recomponerlo.

³⁵ Principio de subsidiariedad: El Estado nacional, a través de las distintas instancias de la administración pública, tiene la obligación de colaborar y, de ser necesario, participar en forma complementaria en el accionar de los particulares en la preservación y protección ambientales (Artículo 4 de la LGA).

³⁶ Principio de progresividad: Los objetivos ambientales deberán ser logrados en forma gradual, a través de metas interinas y finales, proyectadas en un cronograma temporal que facilite la adecuación correspondiente a las actividades relacionadas con esos objetivos (Artículo 4 de la LGA).

V. ¿Un nuevo juez? El papel del juez en materia ambiental

“La tutela al medio ambiente, patrimonio de todos justifica soluciones expeditivas, usualmente extrañas a los tiempos que suele tomarse la justicia ya que el deterioro ambiental progresa a modo casi exponencial y las soluciones tradicionales aparecen como inapropiadas para detenerlo (...) no hay libertad para dañar el ambiente ajeno ni para restringir la libertad que tiene todo individuo de usar y gozar del ambiente”³⁷.

Estamos asistiendo a una lenta pero segura declinación de una concepción individualista del proceso y la justicia. Todos los principios, los conceptos, las estructuras que estaban radicadas en esa concepción, aparecen cada día más insuficientes para dar una aceptable respuesta al problema de asegurar la tutela necesaria a los nuevos intereses difusos y de grupo, que han llegado a ser vitales para las sociedades modernas.

Se requiere de un *aggiornamento* de las técnicas jurídicas; de un proceso vivo, que reclama medidas de inmediato, anticipadas, efectivas, de un juez comprometido con la evolución de los principios y de las normas, no ya solo como referí³⁸, porque lo que está en juego es un bien común, colectivo, que nos concierne a todos y cada uno de nosotros. Es este acceso a la justicia la que debe estimular una sensibilización hacia el medio ambiente, que no sólo atañe a las generaciones del presente sino también a las del futuro, lo que implica una dimensión y responsabilidad colectiva frente al problema. Es una responsabilidad social, de todos y así

³⁷ Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires en «Almada Copetro y otro», Fallo del 19 de mayo de 1998, pág. 979.

³⁸ John Ely, por el contrario sostiene que los jueces cumplen una función similar a la de los árbitros en un partido de fútbol, Su misión es la de permitir a los jugadores (en este caso, los jugadores del juego democrático) hagan su juego, y no la de participar en el mismo, tomando partido a favor de un sector o el sector rival. El buen árbitro, como el buen juez, es el que deja que los partidos sean resueltos a partir de una disputa a la que ellos solo siguen desde afuera. Los jueces solo deben ocuparse de los procedimientos, no de desentrañar valores. En Roberto GARGARELLA «La dificultosa tarea de la interpretación constitucional», en *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional*, t. I, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2008, pág. 140. Consultado el 15 de mayo de 2015 a través de la web [http://www.derecho.usmp.edu.pe/cedc/MATERIALES/Gargarella,Roberto-Ladificultosa-tareadelainterpretacion_constitucional-ClaseDr.Carpio\(1\).pdf](http://www.derecho.usmp.edu.pe/cedc/MATERIALES/Gargarella,Roberto-Ladificultosa-tareadelainterpretacion_constitucional-ClaseDr.Carpio(1).pdf)

lo manifiesta el papa Francisco en su Carta Encíclica *Laudato Si'* sobre el cuidado de la casa común, en donde sostiene que nada no es indiferente: “*Pero hoy no podemos dejar de reconocer que un verdadero planteo ecológico se convierte siempre en un planteo social, que debe integrar la justicia en las discusiones sobre el ambiente*”³⁹.

La teoría jurídica ambiental se orienta hacia una perspectiva del juez “activo”, que supera el mero espectador –observador de los procesos clásicos– tradicionales. Genera su irrupción un giro copernicano al constitucionalizarse la problemática ambiental y al consagrarse el medio ambiente como un derecho humano básico⁴⁰. En este sentido, el juez debe responder a este valor constitucional y sus decisiones deben ser consecuentes, congruentes y eficaces en torno al mandato preventivo que impone la tutela ambiental.

El juez no es un mero receptor de normas, sino que por el contrario su actuación le demanda un actuar consciente, siendo un elemento fundamental a la hora de adaptar sus decisiones a la realidad concreta, lo cual denota una actividad sumamente compleja y delicada⁴¹, en donde cabe preguntarnos: ¿Qué se espera de la actuación judicial? ¿Se espera una decisión calculable, predecible, segura; o una decisión justa, específica y concreta, actual? Es un interrogante muy amplio y discutido en áreas de filosofía del derecho, en donde entra en juego valores tales como la seguridad y previsibilidad de las decisiones judiciales a los fines de poner un freno o control al temor de la discrecionalidad judicial, pero a su vez se exige que la decisión del juez sea útil y justa. Claramente esta discusión y teorización excede las líneas de este trabajo, el cual pretende (humildemente) delinear la figura del juez ante incumbencias ambientales, de las

³⁹ Encíclica *Laudato Si'*, nota 49.

⁴⁰ V *supra*. Punto II de este trabajo.

⁴¹ El juez representa para el derecho positivo, una sutil versión del caballo de Troya: de apariencia a la vez inerte e impotente, goza de la confianza del sistema jurídico, que le confiere el poder necesario para defenderlo y aplicarlo; pero el magistrado no es una máquina en manos del legislador: debajo de la toga hay un ser humano, con su inteligencia, sus valores, sus intereses y sus yerros. Y esto, que en la práctica se considera comúnmente una ventaja en cuanto se cree que habilita al juez para «comprender mejor» o «juzgar con equidad» las conductas humanas de las que debe conocer, constituye una grave dificultad para quien intenta acercarse al fenómeno judicial con ánimo de teorizar. Ricardo A. GUIBOURG, *Derecho, sistema y realidad*, Buenos Aires, Astrea, 1986, pág. 45.

cuales no puede mantenerse “totalmente al margen”, ya que son cuestiones que le conciernen y afectan de un modo directo, ya que el medio ambiente es un bien colectivo. La protección del mismo es un deber de todos y cada uno de los habitantes, también del juez que vive en él, que no puede ser indiferente de lo que acontece y debe fallar en pos de la defensa y manteamiento de los recursos naturales y servicios ambientales.

Los derechos fundamentales no son puros enunciados deontológicos sino que, como todo derecho subjetivo, constituyen verdaderos instrumentos para obtener decisiones judiciales. Se requiere concretar en acciones positivas dicha protección, ante lo cual es inevitable preocuparse y circunscribirse en las particularidades del caso, en la realidad local involucrada.

Se necesita, a mi entender, considerar el sentido finalista de la sentencia, sus consecuencias reales/prácticas, los costos ambientales, sociales, económicos que implica. En este sentido, dentro de la variedad de técnicas interpretativas que dispone el juez (muchas veces opuestas entre sí), en función del papel que cumplen los principios del derecho ambiental, se debe buscar una interpretación que armonice la idea de desarrollo sustentable con las actividades humanas, en un delicado equilibrio en tanto se encuentra en juego un bien de incidencia colectiva, no solo del presente sino también respecto al futuro. Esto plantea la necesidad de una solidaridad intergeneracional porque estamos frente a problemas que afecta no sólo a las generaciones presentes sino que, en mayor medida, quienes sufrirán el deterioro ambiental y desgaste de los recursos son personas que hoy no existen y en consecuencia no tienen los medios para hacer valer sus derechos. Son personas que se encuentran en una situación de vulnerabilidad y desprotección, en tanto son los potenciales perjudicados de nuestros hábitos de consumo devastadores y de un estilo de desarrollo que tiene como subproductos más notorios la pobreza y el deterioro ambiental.

Por ello, el juez al momento de dar su veredicto debe considerar el *sentido finalista* de la sentencia, que tenga en cuenta una finalidad con sentido evolutivo, que se produzca una simbiosis entre las tradicionales interpretaciones exegeticas, de la intención del legislador con una visión dinámica que busca brindar una respuesta al caso concreto. Es decir, ir más allá de criterios que miran “hacia atrás, hacia el pasado”, en busca de los orígenes de la norma, para lograr una interpretación dinámica, que “actualice” el sentido de la norma, adecuándola a la “realidad viviente”⁴².

De este modo se propone pensar en “aquí y ahora”, brindando un texto más cercano a las necesidades y problemas que nos atañe todos los días⁴³. No se trata de desconocer las palabras de la ley, sino dar preeminencia a su espíritu, a sus fines, y en especial, al conjunto armónico del ordenamiento jurídico y de los principios fundamentales del derecho.

Se deben encaminar los pronunciamientos en el derrotero trazado por las directivas insoslayables provenientes de demandas sustanciales, de máxima jerarquía como lo son los preceptos contenidos en los artículos 41 y 43 de nuestra Constitución Nacional. Asimismo, en torno a ello no se puede negar la ineludible importancia del principio de progresividad, que lleva implícito la no regresividad, lo cual implica que se debe avanzar de forma progresiva hacia la cabal protección del medio ambiente, estando prohibido cualquier retroceso, reconociendo las circunstancias y particularidades de cada país respecto de los derechos de acceso. Corolario de la idea anterior, es que se deben adoptar todas las medidas, hasta el máximo de los recursos que se disponga, para lograr la plena efectividad de los derechos.

En igual sentido la doctrina judicial ha afirmado que “Los jueces tienen amplias facultades en cuanto a la protección del ambiente y pueden ordenar el curso del proceso, e incluso darle trámite ordinario a un amparo o bien dividir las pretensiones a fin de lograr una efectiva y rápida satisfacción en materia de prevención”⁴⁴.

Por lo que, las nuevas medidas judiciales, políticas, legislativas que se dispongan no pueden disminuir el nivel de protección, es decir, se debe

⁴² Roberto GARGARELLA, «De la alquimia interpretativa al maltrato constitucional. La interpretación del derecho en manos de la Corte Suprema Argentina». Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, pág. 55. Consultado el 15 de mayo de 2015 a través de la web <http://www.juridicas.unam.mx/>

⁴³ En este sentido, el juez norteamericano Félix Frankfruter señalaba: «*Es una concepción inadmisiblemente estrecha del derecho constitucional (...) la de confinar su contenido a las palabras de la Constitución, dejando de tomar en cuenta las glosas que la vida ha escrito acerca de ellas*». En Roberto GARGARELLA, «La dificultosa tarea de la interpretación constitucional», ob. cit., pág. 126.

⁴⁴ Corte Suprema de Justicia de la Nación, «Asociación Multisectorial del Sur en Defensa del Desarrollo sustentable c/ Comisión Nacional de Energía Atómica - Recurso de Hecho», Fallo del 25/05/2010. A. 1032. XLII.

avanzar en forma gradual y progresiva en la búsqueda de una plena efectividad y operatividad de los derechos consagrados. En palabras de Alexy, los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes, caracterizándolos como mandatos de optimización⁴⁵.

En este contexto se puede sostener que la irrupción de la cuestión ambiental es transversal y horizontal, ingresando en el ámbito judicial, avigorando una fuerza revolucionaria: *“si solo consideramos al derecho ambiental como un conjunto de aportaciones destinadas a aggiornar cosméticamente a las disciplinas jurídicas existentes con el fin de acomodar sus estructuras y funcionamientos a las nuevas exigencias de las sociedades modernas jaqueadas por la problemática ambiental, tendremos solo una visión parcial. Y muy probablemente quedemos encorsetados en los modos y procedimientos de los institutos jurídicos preexistentes, sin poder romper esa especie de obsesión que muchas veces sufrimos los operadores del derecho, rehusándonos a cuestionar o transformar los mínimos, sin asumir la necesidad de brindar, antes nuevas demandas de la sociedad, nuevas respuestas jurídicas”*⁴⁶.

“La interpretación de cada artículo y de cada ley no puede hacerse en forma aislada para su fin inmediato y concreto, sino que debe integrarse con el ordenamiento jurídico restante y principalmente con los principios y garantías de la CN. La tarea del intérprete no puede cumplirse en el plano conceptual de las normas y con el solo recurso de la lógica, pues no se trata de llegar a una solución que no sea contradictoria, por estar dentro de las posibilidades legales, sino a una solución que, además, sea justa. En otras palabras, la interpretación de las normas debe siempre ineludiblemente contribuir al afianzamiento de la justicia que en definitiva, es su

⁴⁵ Robert ALEXY, «Teoría de los derechos fundamentales», trad. E. Garzón Valdés, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001. En «Progresividad, gradualidad, no regresión y el derecho humano fundamental al ambiente». José Esain, *Revista de Derecho Ambiental* N° 35. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, julio/septiembre 2013, págs. 1-49.

⁴⁶ Enrique PERETTI, «La valoración del daño ambiental», en Ricardo Luis Lorenzetti, (Director), *Derecho ambiental y daño*, Buenos Aires, La ley, 2011, págs. 369-401.

norte. Es que en rigor, el juez nunca aplica una norma aislada, sino la totalidad del ordenamiento jurídico del que depende su sentido''⁴⁷.

VI. Reflexiones finales

Del análisis efectuado surge con claridad la configuración del derecho humano a un ambiente sano y su correlativo deber en la protección del mismo. Se insta la importancia de un mandato de tutela anticipada y preventiva. Por lo que, con esa lógica debe leerse e interpretarse nuestro sistema de responsabilidad. Si bien no es discutible la necesidad de reconocer la responsabilidad, conviene analizar el uso del término. El mejor modo de desvirtuar un contenido es convertirlo en *eslogan*, en etiqueta así se ha conseguido hablar de responsabilidad/prevenición sin hablar de ella. La idea de “contaminador-pagador” responde a un discurso retórico, superficial desconectado del contexto jurídico y social donde se manifiesta.

La pátina verde que está tiñendo la política tradicional es totalmente insuficiente para esto. Sólo muestra una mezcla donde se bate el crecimiento económico y lo ecológico, creando un cóctel que con nuevo nombre sigue teniendo un añejo gusto. Donde se observa que la preocupación ambiental se une al aumento de la productividad, el progreso científico-técnico, etc., surge el escalofrío de la duda de si se han comprendido los profundos cambios que son necesarios.

De allí que, en el fondo, subyazcan ciertos principios o fundamentos, la cuestión ambiental (que es social) se apoye en valores, que hoy son más o menos compartidos por todas las personas. Es indiscutible la existencia del derecho humano al medio ambiente, que tiene una consagración y justificación intrínseca, más allá del reconocimiento o recepción jurídica. La preocupación por el otro, por el desarrollo de la comunidad, se materializa en un humanismo, en principios que son universalmente válidos (ideales), pero que a la vez requiere de un relativismo, de una localización, de un particularismo de acuerdo al contexto en que se inserta.

⁴⁷ Eduardo Alfredo KOCH, «El derecho a la jurisdicción y la interpretación de las leyes», LL1991-D-21, en *El Código comentado Civil, Comercial y Laboral* (Ghersi-Weingarten Directores), Santa Fe, Nova Tesis, noviembre de 2014, págs. 19-22.

En este caso se puede mencionar algunas posturas de corte posmoderno, de extrema individualidad, donde en vez de visualizarse la lucha social y colectiva, se manipula el discurso en una lucha personal, casi egoísta por la limpieza de «mi» puerta, no quiero un basurero en «mi» barrio, esto me afecta a «mí», reemplazándose la dimensión social y colectiva del problema ambiental.

Aquí hay un eco de la idea kantiana de que para obrar con buena voluntad no basta hacer lo que es objetivamente nuestro deber, sino que hay que obrar por respeto y con conciencia del deber. Cuando se inculcan virtudes morales no se trata simplemente de hacer que la gente esté lista para efectuar espontáneamente ciertos actos deseables cuando llegue el momento apropiado, sino de hacer que la gente haga suyas ciertas razones morales a favor de determinadas acciones, de modo que esas razones prevalezcan sobre otras consideraciones en el momento oportuno.

Debemos buscar toda referencia común y todo intento por fortalecer los lazos sociales, dejar de dar una prioridad absoluta a nuestras conveniencias circunstanciales, relativizando al otro, conviviendo bajo necesidades superfluas y comenzar a replantearnos si estamos conscientes de la magnitud de nuestro accionar o si, la irresponsabilidad es algo natural porque es socialmente aceptada o la aceptamos porque está naturalizada. Recordamos lo ya dicho: “*Hoy no podemos dejar de reconocer que un verdadero planteo ecológico se convierte siempre en un planteo social (...)*”⁴⁸. En definitiva, existe una responsabilidad de todos respecto a la cuestión ambiental. Su invocación y aplicación efectiva requiere, no obstante, de un mayor desarrollo si se reconoce que “*la defensa y el mejoramiento del medio ambiente humano para las generaciones presentes y futuras se han convertido en meta imperiosa de la humanidad*”⁴⁹.

⁴⁸ Papa FRANCISCO en su Encíclica *Laudato Si'*, nota 49.

⁴⁹ De la Declaración de Estocolmo (Naciones Unidas: *Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano*).

Bibliografía

- BANCO MUNDIAL, Informe “Desarrollo y Medio Ambiente”, 1992, pág. 40. http://www-wds.worldbank.org/external/default/WDSContentServer/WDSP/IB/2010/08/27/000333037_20100827015428/Rendered/PDF/105170WDR0SPANISH0Box37349B01PUBLIC1.pdf. Recuperado el 25/10/2014.
- BAYÓN, Juan Carlos, “Derechos, democracia y constitución”. Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, Alicante, 2008. Edición digital a partir de *Discusiones: Derechos y Justicia Constitucional*, núm. 1 (2000), págs. 65-94. URL: <http://www.cervantesvirtual.com/obra/derechos-democracia-y-constitucion/>
- BECK, Ulrich, *Risk Society toward a new modernity*, London, Sage, 1992, en *Dano Ambiental: do individual ao coletivo extramatrimonial: Teoria e pratica*. 4ª ed. São Paulo, editora Revista dos Tribunais, 2011.
- BECK, U., GIDDENS, A., LASH, S., *Modernización reflexiva. Política, tradición y estética en el orden social moderno*, Madrid, Alianza Universidad, 2001.
- CAFFERATTA, Néstor, *Introducción al derecho ambiental*, Secretaría de Medio ambiente y recursos naturales, México, Instituto Nacional de Ecología, diciembre 2004.
- Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mercedes, sala II. “Spagnolo, César Antonio c. Municipalidad de Mercedes s/amparo”. 19/03/2009, en *LLBA*, junio 2009.
- COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE, *Acceso a la información, participación y justicia en temas ambientales en América Latina y el Caribe; situación actual, perspectivas y ejemplos de buenas prácticas*, 30 de octubre de 2012.
- Corte IDH, caso Kawas Fernández vs. Honduras, sentencia de 3 de abril de 2009 (Fondo, Reparaciones y Costas).
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, 20/06/2006, “Mendoza, Beatriz S. y otros c. Estado Nacional y otros”. En *LL 11/07/2006*, 4 - *LL 2006-D*, 281 - *DJ 2006-2*, 706 - *LL 29/06/2006*.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación. “Asociación Multisectorial del Sur en Defensa del Desarrollo sustentable c/ Comisión Nacional de Energía Atómica - Recurso de Hecho”. Fallo del 25/05/2010. A. 1032. XLII.
- CRUZ MARTÍNEZ, Edgar Humberto. “Derecho a un Medio Ambiente Sano”, en *Derechos Humanos y Medio Ambiente*, Año 1995, N° 13, págs. 227-228. <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derhum/cont/13/pr/pr19.pdf>
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*, Editora Saraiva. 23ª Edição, 2002.

ENCÍCLICA *Laudato Si'*.

ESAÍN, José. “Progresividad, gradualidad, no regresión y el derecho humano fundamental al ambiente”, *Revista de Derecho Ambiental*, N° 35, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, julio/septiembre 2013, págs. 1-49.

GARGARELLA, Roberto, “La dificultosa tarea de la interpretación constitucional” en *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional*, t. I, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2008. Consultado el 15 de mayo de 2015 a través de la web [http://www.derecho.usmp.edu.pe/cedc/MATERIALES/Gargarella,Roberto-Ladifultosatareadelainterpretacion_constitucional-ClaseDr.Carpio\(1\).pdf](http://www.derecho.usmp.edu.pe/cedc/MATERIALES/Gargarella,Roberto-Ladifultosatareadelainterpretacion_constitucional-ClaseDr.Carpio(1).pdf)
— “De la alquimia interpretativa al maltrato constitucional. La interpretación del derecho en manos de la Corte Suprema Argentina”, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM (<http://www.juridicas.unam.mx/>).

GUIBOURG, Ricardo A. *Derecho, sistema y realidad*. Buenos Aires, Astrea, 1986.

GUIMARÃES, Roberto P. “La ética de la sustentabilidad y la formulación de políticas de desarrollo” (<http://www.uv.mx/personal/fpanico/files/2011/04/Guimaraes-la-etica-de-la-sustentabilidad.pdf>).

Juzgado Federal N° II Mar del Plata “Fundación Reserva Puerto del Mar del Plata v. Consorcio Portuario Regional de Mar del Plata s/ Amparo”, 26/12/2002.

KOCH, Eduardo Alfredo, “El derecho a la jurisdicción y la interpretación de las leyes” LL1991-D-21, en *El Código comentado Civil, Comercial y Laboral* (Gherzi, Weingarten Directores), Santa Fe, Nova tesis, noviembre de 2014.

LORENZETTI, Pablo, “La función preventiva de la responsabilidad civil y el daño ambiental en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación” (<http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/04/La-funci%C3%B3n-preventiva-de-la-Responsabilidad-Civil-y-el-Da%C3%B1o-Ambiental-PABLO-LORENZETTI.pdf>).

LORENZETTI, Ricardo, *Teoría del derecho ambiental*, Buenos Aires, La Ley, 2008.

MORALES LAMBERTI, Alicia, *Política ambiental, energética y fiscal. Relaciones y conflictos de coordinación interjurisdiccional*, Córdoba, M.E.L. Editor, 2005.

MORANO LEITE, Jose Rubens, ARAUJO AYALA, Patrick. *Dano Ambiental: do individual ao coletivo extramatrimonial: teoria e pratica*, 4ª ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2011.

NACIONES UNIDAS, *Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano*.

NINO, Carlos, *Ética y Derechos Humanos. Un ensayo de fundamentación*, Buenos Aires, Astrea, 1989.

PERETTI, Enrique, “La valoración del daño ambiental”, en Lorenzetti Ricardo Luis (Director), *Derecho ambiental y daño*, Buenos Aires, La Ley, 2011.

Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires “Ancore SA y otros V. Municipalidad de Daireaux”, 19/02/2002. Ídem. “Almada Hugo V. Copetro S.A”, SCJBA, 19/05/1998.

Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires. “Almada Copetro y otro”. Fallo del 19 de mayo de 1998.

