

PRINCIPIOS DE DERECHO AMBIENTAL

Por Néstor A. Cafferatta

1. CONCEPTO DE LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS

Antonio BENJAMÍN sostiene que “**las disciplinas modernas** (el derecho del consumidor, el derecho de competencia y el derecho ambiental) aparecen y se afirman sobre una **estructura triple**. Primero, es necesario **establecer ciertos objetivos** (sociales, políticos, económicos, éticos, sociológicos, etc.) que se pretenden alcanzar. En segundo lugar, **cabe estructurar principios jurídicos**, encargados de dar sustento dogmático (constitucional y legal) a la disciplina. Tercero, se impone **diseñar un conjunto de instrumentos**, destinados a viabilizar, en el campo real de los conflictos humanos, esos objetivos y principios. Sin embargo, relacionándose entre sí, **objetivos, principios e instrumentos ambientales** no se confunden. Es preciso, pues, tener cuidado para no tomar uno por el otro. Dicho de modo simple y directo, **una disciplina funcional, como es el derecho ambiental, establece instrumentos, basados en principios, para alcanzar los objetivos que la orientan. Ni más, ni menos**”.

“El Derecho, como ciencia humana y social, se pauta también por los postulados de la Filosofía de las Ciencias, entre los que está la necesidad de principios constitutivos para que la ciencia pueda ser considerada autónoma y sea, suficientemente desenvuelta para existir por sí y situándose en un contexto científico dado. Luego por esas vías que, del tronco de venas y tradicionales ciencias, surgirán otras afines, agregados que enriquecen la familia; tales como los hijos, crecen y adquieren autonomía sin, con todo, perder los vínculos con la ciencia madre. Por eso, el natural empeño de legitimar el Derecho del Ambiente como rama autónoma del árbol de la ciencia jurídica, tiene a los estudiosos en desbrozar para identificar los principios o mandamientos básicos que fundamentan el desenvolvimiento de la doctrina que da consistencia a sus concepciones”¹.

Se ha dicho con razón que “**ninguna ley de orientación, deja de mencionar los “grandes principios”** o como se ha calificado - según la doctrina del Consejo de Estado francés -, “principios fundamentales de ley”, o de manera más amplia, **principio deontológico fundamental**, exigencias fundamentales, principios generales del derecho, reglas con valor constitucional, principios elementales del derecho: **el ambiente no escapa a esta pasión, contribuyendo sólidamente a esta actividad creadora**”².

Podrá observarse que **no es necesario que dichos principios integren el derecho positivo, “porque el desorden aparente es signo de**

¹ MILARÉ, Édís: “Derecho do Ambiente”, p. 94, Editora Revista dos Tribunais, 2000.

² MORAND DEVILLER, Jacqueline: “Los Grandes Principios del Derecho del Ambiente y del Derecho del Urbanismo”, en Estudios, p. 483, traducida por Aída KEMELMAJER de CARLUCCI.

libertad y de vitalidad”; pero el jurista, “tiene necesidad de pilares firmes”, “entonces busca orden, extraer algunas ideas fuerza, comparando, distinguiendo, a fin de apreciar el lugar que ocupan los principios generales o fundamentales en el derecho ambiental”; “si responden a la necesidad de pilares estables para reaccionar contra la complejidad y la inseguridad jurídica, si los grandes principios se emplean cada vez más en el derecho, nos aseguran cuando estamos inquietos, nos estimulan cuando nos falta imaginación ¿Por qué –pregunto-, renunciar a utilizar estas pociones mágicas?”³

Homero BIBILONI⁴ nos recuerda que según el Diccionario de la Real Academia Española, **los principios son la base, el origen o la razón fundamental sobre la cual se procede en cualquier materia.** También la causa y el origen de algo; pudiendo resultar cualquiera de las primeras proposiciones o verdades fundamentales por donde se empiezan a estudiar las ciencias o las artes.

Siguiendo las enseñanzas de Juan LINARES⁵, señala que la noción de principios en general puede tener diversos sentidos: a) “la tradición, del derecho natural, del ideario liberal, de operaciones constructivas inductivo-deductivas o por analogía, **respecto a ciertas leyes y fallos, de la doctrina, de valoraciones, actitudes y creencias colectivas vigentes, que se concretan en opinión pública, del derecho comparado e incluso de SLOGANS y estereotipos políticos que se van proponiendo y entran en el campo de las creencias sociales**”; b) “valoraciones conceptuales y tipificadas”; c) “descripción de acciones típicas con sentidos de justicia o injusticia, moralidad o inmoralidad, prudencia o imprudencia, buena o mala política jurídica, que sirven de pautas para interpretar el derecho en caso de leyes oscuras o insuficientes”; d) enunciados de ciertos cometidos o fines del Estado que se valoran como justos, y que deben perseguir, cada uno dentro de su competencia, los órganos del Estado”.

En el mismo sentido⁶, se apunta que **la voz “principio” puede tener muchos usos.** “Tienen una función evocativa de los valores fundantes de un ordenamiento jurídico, también alude al inicio de algo que comienza, a las nociones básicas de una ciencia (principios de ética o de matemática), a los caracteres esenciales de un ordenamiento que representan su “espíritu”. En la jurisprudencia el principio es concebido como **una regla general y abstracta que se obtiene inductivamente** extrayendo lo esencial de las normas particulares, o bien como **una regla general preexistente.** Para algunos **son normas jurídicas, para otros reglas del pensamiento,** para algunos son **interiores al ordenamiento** mientras que para otros **son anteriores o superiores al ordenamiento”.**

³ MORAND DEVILLER, Jacqueline: ob. cit., p.484.

⁴ BIBILONI, Homero: “Los Principios Ambientales y la interpretación. Su aplicación política y jurídica”, J.A, 2001-I-1081.

⁵ LINARES, Juan F. “Fundamentos del Derecho Administrativo”, p. 105, 166 y conc., Astrea, 1975.

⁶ LORENZETTI, Ricardo L., “Las Normas Fundamentales de Derecho Privado”, p. 258, Rubinzal-Culzoni, 1995.

Docentemente Rodolfo VIGO⁷ destaca que: “A pesar de la multiplicidad de concepciones y la ambigüedad del término, **los principios son muy usados por el juez para resolver, por el legislador para legislar, por el jurista para pensar y fundar y por el operador para actuar**”. En ese mismo sentido, “tienen carácter fundamentales o postulados universales. Son Principios Rectores generales por su naturaleza y subsidarios por su función, pero que suplen las lagunas de las fuentes formales del Derecho. Los principios son reglas sucintas que sirven de fuente de inspiración de la legislación, la práctica judicial y la actividad de los poderes públicos, además de inspirar, incluso, la actividad de los particulares⁸.”

Enseña Julio C. RIVERA⁹: “Ahora bien, ¿qué es un principio de Derecho? **Es una idea rectora, o en otras palabras, principios jurídicos son los pensamientos directores de una regulación existente o posible (Larenz)**. La segunda cuestión que se plantea es: ¿de dónde emanan esos pensamientos rectores que se califican de principios generales? Al respecto existen dos concepciones posibles, la ius naturalista y la positivista. Para la corriente que podríamos denominar ius naturalista, representada entre otros por Geny, Del Vecchio, Aftalión, García Maynes, **los principios generales del derecho son los principios del Derecho natural**, como aparecía reconocido en el artículo 7º del Código Civil austriaco de 1811, y en el artículo 15 del Código sardo de 1837. **“En corriente de opinión semejante, se alude a principios que emanan de la idea de justicia (Guastavino) o de la naturaleza de las cosas”**.”

Los principios son ideas directrices, que sirven de justificación racional de todo el ordenamiento jurídico; son, pues, pautas generales de valoración jurídica. **Líneas fundamentales e informadoras de la organización**¹⁰ que inspiran directa o indirectamente una serie de soluciones por lo que pueden servir para promover y encauzar la aprobación de nuevas normas, orientar la interpretación de las existentes y resolver los casos no previstos¹¹. Para ESSER¹² son **criterios o justificaciones** de una directiva del obrar humano ante una situación determinada. En otras palabras, **“razones que justifican decidir una cuestión en un sentido o en otro y que no necesariamente se encuentran positivados”**.

⁷ VIGO, Rodolfo: “Los principio generales del Derecho”, JA, 1986-III-868; también cita a SAUX, Edgardo: “Los principios generales del derecho civil”, LL, 1992-D-839.

⁸ CAÑIZA, Hugo Enrique – MERLO FAELLA, Ricardo: “Derecho Ambiental. Con especial énfasis en la legislación paraguaya”, p. 169, Marben Editora, 2005.

⁹ RIVERA, Julio César: “Instituciones de Derecho Civil”, p. 141, Abeledo- Perrot, 1998.

¹⁰ PRADO, Juan José - GARCIA MARTINEZ, Roberto: “Instituciones de Derecho Privado”, cap. III, p. 31, Principios Generales del Derecho, Editorial Eudeba, 1985.

¹¹ PLÁ RODRÍGUEZ, Américo: “Los principios generales del derecho del trabajo”, Revista de la Asociación de Abogados de Buenos Aires, Año 2, Nº 3, p. 35, mayo 1979.

¹² ESSER, Josef: “Principio y norma en la elaboración jurisprudencia del Derecho Privado”, p. 57, Bosch, Barcelona, 1961.

También se dijo¹³, acentuando los caracteres de simplicidad y de alta jerarquía, que **“los principios constituyen una “armazón”, una “arquitectura” del ordenamiento jurídico privado”**. Aunque “los principios, como su propio nombre lo indica, se oponen a algo acabado, terminado, **son ideas germinales”**.

El profesor de Oxford, DWORKIN¹⁴ “uno de los adalides de la tesis de los principios jurídicos desde hace más de treinta años, llama **principio a un estándar** que ha de ser observado, porque **es una exigencia de la justicia**, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad”. Por ello se dice que los principios, **poseen una estructura abierta y flexible**¹⁵; no obstante lo cual también se afirma, que **los principios tienen una dimensión que falta en las normas: la dimensión del “peso” o importancia**¹⁶. Pero, por aquel carácter, no puede establecerse en abstracto una jerarquía entre los principios, y eso hace que no pueda existir una ciencia sobre su articulación, sino una **prudencia en su ponderación**¹⁷.

Como lo señala Héctor SABELLI, los principios no pueden aplicarse lógico - deductivamente como las reglas¹⁸. Así, **los principios dependen de y requieren ponderación. La ponderación es la forma de aplicación de los principios**¹⁹. **Los jueces los sopesan, los ponderan, para poder decidir cuál aplicar al caso y en qué medida.**

Seguimos ahora la exposición del Juez de Santa Catarina, Alexandre MORAES DA ROSA²⁰: “Importa con mayor precisión”, recordar la diferenciación que **Robert Alexy**, “hace entre reglas y principios, cuya perfecta comprensión es basilar para la aplicación de los Derechos Fundamentales. Para empezar,

¹³ LORENZETTI, Ricardo L., “Las Normas Fundamentales de Derecho Privado”, p. 259, Rubinzal-Culzoni, 1995. En relación a la última frase, se refiere a BETTI, Emilio: “Interpretación de la ley y de los actos jurídicos”, p. 283, en Revista de Derecho Privado, Edersa, Madrid, 1975.

¹⁴ DWORKIN, Ronald: “Los derechos en serio”, traducido del inglés por Marta Guastavino, p. 72 y ss, Ed. Ariel, Barcelona, 1989 – citado por SABELLI, Héctor E., en un excelente artículo: “Excepciones a la especificación, emergencia y principios jurídicos”, enero 29 de 2003 – JA 2003-I, fascículo n. 5.

¹⁵ CIANCIARDO, Juan: “La Corte Suprema y el constitucionalismo de principios”, ED 182-693.

¹⁶ DWORKIN, Ronald: ob. cit, en nota 6, p. 77.

¹⁷ ZAGREBELSKI, Gustavo: “El derecho dúctil”, traducido del Italiano por M. Gascón Abellian, p. 124, Editorial Trotta, Madrid 1995.

¹⁸ SABELLI, Héctor E. ob. cit. p. 25.

¹⁹ ALEXY, Robert: “El concepto y la validez del derecho”, traducido del alemán por Jorge M. Ceña, p. 75, Editorial Gedisa, Barcelona 1997. Es que, como lo señala LORENZETTI, Ricardo L., “La Normas Fundamentales de Derecho Privado”, p. 262, Rubinzal- Culzoni, 1995, “son normas prima facie, sin una terminación acabada, y por lo tanto flexibles, susceptibles de ser completadas”. BETTI, Emilio, “Interpretación de la ley y de los actos jurídicos”, Revista de Derecho Privado, p. 287, Edersa, Madrid, 1975, dice que los principios son criterios de valoración que se caracterizan por su excedencia de contenido deontológico; por ello hay que medirlo, establecer su relación con otros principios y reglas para llegar a su contenido.

²⁰ MORAIS DA ROSA, Alexandre: “Princípios ambientais, Direitos Fundamentais, propriedade e abuso de direito: po uma leitura a partir do garantismo jurídico (Ferrajoli)”, p. 46, en obra colectiva: “Direito Ambiental em evolução”, 3, bajo la coordinación de Vladimir PASSOS DE FREITAS, Jurua Editora, 2002.- Cfr. ALEXY, Robert, “Teoría de los derechos fundamentales”, p. 81- 87, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

tanto las reglas como los principios representan juicios de deber ser, manifestando, con todo, las diferencias de carácter cualitativo.

En cuanto a las reglas son “normas que sólo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces debe hacerse exactamente lo que exige, ni más ni menos. Por lo tanto **las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctico y jurídicamente posible; los principios, a su turno, se materializan por normas que ordenan algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes**”.

La doctrina actual es coincidente en que los principios son normas. Así, **la concepción normativista** asigna al principio **el valor de una norma.** Aunque no se ponen de acuerdo en punto a la cuestión de determinar qué tipo de normas constituyen. Algunos autores han adoptado una solución negativa: **los principios generales del derecho comprenden todo el conjunto normativo no formulado de normas,** o sea aquel impuesto por la comunidad, que no se manifiesta en forma de ley o de costumbre. Por último, una corriente de opinión, sostiene que **los principios condensan elementos lógicos del ordenamiento.** Sin embargo, como bien lo ha señalado Carlos COSSIO, la lógico provee de conocimientos mientras que **los principios se refieren a juicios estimativos** que sirven para regular comportamientos²¹.

En este aspecto, como una forma de directriz, el Magistrado del Poder Judicial Federal de Méjico, Neófito LÓPEZ RAMOS²², sintetiza lo dicho, destacando que el mismo **Alexy**²³, **concibe a los principios como mandatos de optimización,** que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también jurídicas

2. FUNCIÓN QUE CUMPLEN LOS PRINCIPIOS

La función que cumplen los principios, brevemente resumida es la siguiente: a) **función informadora;** b) **función de interpretación;** c) los principios como **filtros;** d) los principios como **diques;** e) los principios como **cuña;** f) los principios como **despertar de la imaginación creadora;** g) los principios como **recreadores normas obsoletas;** h) **capacidad organizativa / compaginadora** de los principios; i) los principios como **integradores**²⁴.

²¹ Seguimos el estudio de LORENZETTI, Ricardo L., op. cit., “Los principios como normas”, p. 261, con especial referencia a COSSIO, Carlos, “La plenitud del ordenamiento”, p. 245, Losada.

²² LÓPEZ RAMOS, Neófito: “Procesos constitucionales y protección ambiental en Latinoamérica”, del Simposio de Jueces y Fiscales de América Latina. Aplicación y cumplimiento de la normativa ambiental”, Buenos Aires, 23 y 24 de septiembre 2003. ALEXY, Robert, “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”, Nº 5, p. 143, Doxa, 1988. También LORENZETTI, Ricardo L., op. cit., p. 262, sigue esta línea de pensamiento: “Es decir que los principios son normas, pero de un tipo especial. Tiene una estructura deontológico puesto que señalan un deber ser, pero son distintas que las reglas porque éstas pueden ser cumplidas o incumplidas de un modo claro. El principio en cambio, ordena que algo sea cumplido en la mejor medida posible; es la búsqueda de lo óptimo”.

²³ ALEXY, Robert: “Teoría de los derechos fundamentales”, versión castellana de Ernesto GARZÓN VALDÉS, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, p. 86.

²⁴ PRADO- J. GARCÍA MARTÍNEZ, R., ob. cit, p. 31-41.

A su vez, LORENZETTI²⁵, destaca entre estas funciones: “- **función integrativa**: es un instrumento técnico para colmar una laguna del ordenamiento; - **función interpretativa**: permite orientar la interpretación hacia fines más amplios de la política legislativa; - **función delimitativa**: pone un límite al actuar de la competencia legislativa, judicial y negocial. Sin que se ahogue la tarea creativa y dinámica del Derecho, los principios jurídicos constituyen lineamientos básicos que permiten establecer un límite, al igual que los valores a las bruscas oscilaciones de las reglas; - **función fundante**: ofrece un valor para fundar internamente al ordenamiento y dar lugar a creaciones pretorianas”.

En ese sentido, Julio C. RIVERA²⁶, expresa lo siguiente: “como fuente se sostiene generalmente que **los principios generales del Derecho son tales en cuanto se recurre a ellos para resolver las cuestiones que no tienen solución en la ley o las costumbres**, como lo señala el artículo 16 CC. Ello así pues los jueces no pueden dejar de fallar so pretexto de silencio u oscuridad de la ley (artículo 15). Sin embargo **esta tesis es controvertida**; un estudioso español señala que cuando el Código Civil enuncia los principios generales del Derecho no importa decir que ellos son fuente como la costumbre y la jurisprudencia, sino que **indica al juez cómo suplir las lagunas de la ley**”.²⁷

“Pero no son fuente porque no son forma de creación o producción del Derecho, sino raíz o fundamento donde deriva la validez intrínseca o racional del contenido de las normas jurídicas particulares (García Valdecasas). Y cuando el juez tiene que resolver una cuestión que no está resuelta por norma legal y consuetudinaria, los principios generales **sólo le proporcionan una fuente remota** de inspiración para la decisión que ha de tomar y un fundamento último en que apoyarse. **Fijan también un límite a su arbitrio, garantizando que la decisión no esté en desacuerdo con el espíritu del ordenamiento jurídico**. Pero, por su alto grado de abstracción los principios no pueden suministrar la solución exacta del caso, la cual en gran medida deberá ser obra de la creatividad del juez”.

Por último, este notable civilista argentino²⁸, explica que **“normalmente los principios generales servirán como elemento de interpretación de la ley** y en ese sentido, ello trae dos consecuencias fundamentales: - las posibles contradicciones entre las disposiciones positivas concretas se resolverán en base a los principios generales; - el principio general inspirador de una disposición que ofreciere dudas dará la clave para su interpretación”. Más adelante, señala además, “porque en buena lógica, no debe existir contradicción entre los principios informadores del ordenamiento y las normas particulares por ellos informadas. Y si tal contradicción existiera, o sea que una ley o costumbre infringiera una regla del derecho natural o un principio del ordenamiento positivo, el conflicto debería decidirse a favor del principio

²⁵ LORENZETTI, Ricardo L., ob. cit., p. 263.

²⁶ RIVERA, Julio C., “Instituciones de Derecho civil”, p. 143, Abeledo- Perrot, 1998.

²⁷ Las referencias normativas en el presente párrafo, corresponden al Código Civil argentino.

²⁸ RIVERA, Julio C., ob. cit., p. 144.

general, superior por su propia validez o su fuerza intrínseca (García Valdecasas)".

En resumen, las funciones de los principios, **son concebidas de tal forma que "de faltar cambiaría el carácter de una institución o de todo el derecho"**, la consecuencia práctica es o debe ser que **el principio se erige en criterio preferente para la interpretación de las normas singulares de su grupo o institución, por cuanto se supone que dota de sentido unitario y coherente al conjunto normativo**²⁹. De esa manera, se concluye, el derecho ambiental debe tener preeminencia o mayor peso por grado sobre los derechos de propiedad o de industria, por ejemplo, y **ese efecto irradia el texto constitucional**, e influyen su interpretación en sede judicial o administrativa sobre el contenido y alcance de esos derechos³⁰.

Sirven como criterio orientador del derecho para el operador jurídico. **Constituyen el fundamento o razón fundamental del sistema jurídico ambiental. Son el soporte básico del ordenamiento, prestando a éste su verdadera significación. La primera función que cumplen los principios es la de orientar al legislador para que las leyes que se dicten se ajusten a ellos. Tienen una función interpretadora, operando como criterio orientador del juez o del intérprete.**

"En general, se le adjudica este carácter de fundante de la actividad legislativa; son pensamientos directores de una regulación posible. Son fundamentales, además, porque controlan el excesivo activismo judicial confiriéndole un marco de actuación"³¹. **"Los principios del Derecho serían entonces las ideas receptoras o pensamientos directores de la regulación en orden a la consecución de la idea de Derecho"**³².

Los principios generales, y en especial los principios generales propios de una rama especial del derecho (principios específicos), **sirven de filtro o purificador**, cuando existe una contradicción entre estos principios y determinadas normas que, quieran aplicarse a la rama específica. **Suelen servir como diques de contención**, ante el avance disfuncional de disposiciones legales correspondientes a otras ramas del derecho. **No solamente sirven como valla defensiva contra la invasión de otras legislaciones, sino que también actúan como cuña expansiva para lograr el desarrollo, fortalecimiento y consolidación, de las técnicas, medidas y regulaciones propias o adecuadas** para el ensanchamiento de las fronteras de la especialidad.

²⁹ LÓPEZ RAMOS, Neófito: "Procesos constitucionales y protección ambiental en Latinoamérica", del Simposio de Jueces y Fiscales de América Latina. Aplicación y cumplimiento de la normativa ambiental", Buenos Aires, 23 y 24 de septiembre 2003.

³⁰ LÓPEZ RAMOS, Neófito, ob. cit. p. 9, que asimismo señala que ese efecto de irradiación es identificado por Robert ALEXY en su "Teoría de los derechos fundamentales", versión castellana de Ernesto GARZÓN VALDÉS, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, p. 86.

³¹ LORENZETTI, Ricardo L., ob. cit., p. 263.

³² RIVERA, Julio C., "Instituciones de Derecho civil", p. 145, Abeledo- Perrot, 1998.

En cuanto a la obligatoriedad de los principios, DWORKIN³³ apunta que “Cuando decimos que un determinado principio es un principio de nuestro derecho, **lo que eso quiere decir, que el principio es tal que los funcionarios deben tenerlo en cuenta** si viene al caso como criterio que lo determine a inclinarse en uno u otro sentido”. Finalmente se ha dicho que **la juridicidad de los principios viene de su intrínseca razonabilidad**³⁴. Los operadores del derecho (jueces, legisladores, abogados), recurren constantemente a ellos por su capacidad para guiar racionalmente su actividad³⁵.

Al aplicar un principio jurídico a un caso, el juez da vida a ese principio, da vida al derecho, en el sentido afirmado por ZAMPAIO FERRAZ JR³⁶. Por otra parte **los principios fortalecen el valor de seguridad jurídica** de todo el ordenamiento, ya que su explicitación sirve de constatación de las razones que han tenido los jueces para resolver un caso en un determinado sentido, impidiendo de esta manera la sola discrecionalidad³⁷.

GARCÍA DE ENTERRÍA³⁸, señala que: “**tienen a la vez los principios generales así entendidos una capacidad heurística: para resolver problemas interpretativos de las leyes y de los simples actos en vista de una solución; inventiva: para organizar o descubrir combinaciones nuevas; organizativa: para ordenar actos heterogéneos, cambiantes y hasta contradictorios de la vida jurídica**; son ellos los que **prestan a ésta su dinamicidad** característica, su innovación y su evolución incesantes”.

BIANCHI – IRIBARNE³⁹, nos recuerdan que este notable jurista los ha llamado: “**órganos respiratorios del derecho**”. Y que el mismo ESSER los denomina “**ventanas**” del ordenamiento, expresión que gráficamente expresa su función de apertura.

Los principios de derecho, **suelen además, servir para “desbrozar toda la selva legislativa que forma la legislación moderna”**, según PRADO – GARCÍA MARTÍNEZ, en la cual existe una sobreabundancia de normas de difícil conocimiento y comprensión. **Asimismo para compaginar, comprender, interpretar y ordenar esa “LEGISFERACIÓN furibunda”**, habiéndose aludido en el caso del derecho ambiental, a un “aluvión legislativo”⁴⁰ derivadas de fuentes diversas.- Por todo ello, **es imprescindible contar con**

³³ DWORKIN, Ronald, ob. cit, pág. 77.

³⁴ SABELLI, Héctor, ob. cit, p. 26.

³⁵ RABBI-BALDI- CABANILLAS, Renato: “El Derecho como núcleo de racionalidad de la realidad jurídica”, en obra colectiva Las razones del derecho natural, p. 33, Editorial Ábaco 2000.

³⁶ ZAMPAIO FERRAZ JR, Tercio, “O justo è o belo”, ponencia presentada en las XIV Jornadas Argentinas de Filosofía, jurídica y Social, Mar del Plata, Octubre de 2000.

³⁷ SABELLI, Héctor ob. cit., p. 27.

³⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo: “Reflexiones sobre la ley y los principios generales del derecho en el derecho administrativo”, p. 194, N° 40, Revista de Administración Pública, Madrid.

³⁹ BIANCHI, Enrique P.- IRIBARNE, Héctor P. “El principio general de la buena fe y la doctrina “VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM NON VALET”, ED, 8/11/83.

⁴⁰ ROCCA, Ival – DUFRECHOU, Roberto: “La responsabilidad civil por agresión en el derecho ambiental latinoamericano”, Revista Jurídica El Derecho, 106-999, Argentina.

un fuerte cuerpo de principios generales que permitan poner en buen orden “ese magma de normas”, esa “legislación motorizada”, parafraseando al profesor GARCÍA DE ENTERRÍA. Por último, los principios generales del derecho cumplen una función muy importante que es la de actuar como “integradores” cuando existen lagunas en el derecho positivo.

3. PRINCIPIOS EN EL DERECHO AMBIENTAL INTERNACIONAL

Alfredo H. RIZZO ROMANO⁴¹, explica que “los convenios internacionales son la primera y primordial fuente del derecho internacional público. El artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia las menciona en el siguiente orden: 1) Las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes; 2) La costumbre internacional, como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho; 3) **Los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas**. A continuación se refiere a los dos medios auxiliares: la jurisprudencia y la doctrina internacionales, sin restringir la facultad de la Corte de resolver un litigio “ex aequo et bono”, “si las partes así lo convinieren”. **Los principios generales del derecho, fuente sumamente controvertida**⁴², de carácter subsidiario y supletorio, fueron mencionados ya por la Convención XII de la Haya (1907: artículo 7) y en el Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional (1920: Comité de Diez Juristas), y la “jurisprudencia internacional, tanto anterior como posterior a 1920, no se ha manifestado claramente sobre la naturaleza de estos principios”⁴³.

Cabe agregar que Charles ROUSSEAU⁴⁴, señala que **los “principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas” se refiere a aquellos “que ya forman parte del orden jurídico vigente” en los Estados que revisten tal carácter y forman parte de la comunidad internacional** y no debe confundirse con los principios del derecho internacional, como sostiene Le Fur. Para Hans KELSEN⁴⁵, “probablemente, se supone que estos principios generales del derecho son la fuente suplementaria del derecho internacional, a aplicarse si las otras dos – tratado y costumbre -, no pueden ser aplicadas”.

Por último, se recuerda⁴⁶ que **“algunos autores como M. DIEZ DE VELASCO**⁴⁷ **destacan el carácter problemático de los mismos**, con apoyo en la discusiones producidas en la Conferencia de La Haya 1930, así como a las **opiniones encontradas respecto al contenido y delimitación de estos**

⁴¹ RIZZO ROMANO, Alfredo H., “Manual de Derecho internacional Público”, p. 796, Plus Ultra, 1983.

⁴² RIZZO ROMANO, Alfredo H., ob. cit., p. 797.

⁴³ REUTER, Paul: “Derecho Internacional Público”, p. 85 y sig., Ed. Bosch, Barcelona, 1962.

⁴⁴ ROUSSEAU, Charles: “Derecho Internacional Público”, p. 66 y sig., Editorial Ariel, 1966.

⁴⁵ KELSEN, Hans: “Principios de Derecho Internacional Público”, p. 262, Editorial El Ateneo, Buenos Aires, 1965.

⁴⁶ RIZZO ROMANO, Alfredo H., ob. cit., p. 68.

⁴⁷ DIEZ DE VELASCO, Manuel: “Instituciones de Derecho Internacional Público”, Tomo I, p. 89, Tecnos, Madrid, 1982.

principios, que plantean autores como SÖRENSEN, aunque el maestro de Madrid, reconoce que – en la actualidad- “no cabe duda de que se trata de una fuente del Derecho Internacional, máxime después de su reconocimiento por el propio Estatuto del Tribunal Internacional de Justicia”.

Pero frente a la “relativa falta de normas de Derecho Internacional común” (pese a que actualmente pueden individualizarse más normas aplicables en este campo), Ernesto REY CARO⁴⁸ expresa que **“conviene aclarar que el cuerpo normativo de origen convencional”**, formado por muchos tratados y otros instrumentos convencionales que establecían derechos y obligaciones para los Estados (y que constituyen un **núcleo de reglas “particulares”** fácilmente identificables), “que se fue acrecentando en forma impensable con el correr de los años, **tuvo una influencia extraordinaria en la evolución del Derecho Internacional ambiental**, sin perjuicio de que tales reglas de conducta contribuyeran a la formación de normas consuetudinarias. **Igual reflexión cabe en relación a la gran cantidad de “principios” contenidos en los instrumentos internacionales de la más variada naturaleza emanados de las conferencias internacionales, o de resoluciones y recomendaciones de diversos órganos de organizaciones internacionales intergubernamentales y aún de las no gubernamentales, tanto referidas a aspectos generales como puntuales de la problemática. Su contribución al desarrollo del Derecho Internacional ambiental ha sido realmente trascendente”**.

El conocido jurista español, Juan CARRILLO SALCEDO⁴⁹ por su parte, dice que los principios **“expresan las aspiraciones de política jurídica de la mayoría de la comunidad internacional y ponen de manifiesto en todo caso, la necesidad de nuevas normas que reflejen el asentimiento general”**.

Aunque debe reconocerse que en el ámbito del Derecho Internacional Común **hasta el momento no se ha logrado un Tratado que recepte los grandes principios que deben regir la conducta de los Estados en la materia**. Y que continúa siendo la normativa sectorial de origen convencional, el terreno en que se registran los mayores progresos en la materia. No obstante, ello no constituye un signo de retroceso, pues **la multiplicidad de tratados y otros instrumentos de alcance general o regional aplicables a espacios determinados o a cuestiones puntuales, ha dado un gran impulso al Derecho Internacional medioambiental**. A su vez, la interrelación

⁴⁸ REY CARO, Ernesto J., su trabajo “Introducción al Derecho Ambiental Internacional”, p. 26, en obra colectiva “Derecho Ambiental Internacional. Nuevas Tendencias”, Lerner, 1998. En esta reseña introductiva no pueden omitirse los llamados “códigos de conducta”... Igual consideración merecen los “planes de acción” y “estrategias”, en cuanto contribución para la instrumentación de las normas y principios y orientación de las conductas estatales”. Así por ejemplo, la Estrategia Mundial para la conservación; Plan de Acción de Mar del Plata de Naciones Unidas sobre el agua; Plan de Acción para la protección del medio marino y las áreas costeras del Pacífico Sudeste de la Comisión Permanente del Pacífico sur; El Plan Azul del Mediterráneo, etc.; y, los Programas de Acción en materia ambiental de diversos organismos internacionales como la UNESCO, PNUMA, OMS, OCDE, OIT, OMM, etc. JAQUENOD DE ZSÓGON, Silvia: “El Derecho Ambiental y sus principios rectores”, p. 121, Dykinson, Madrid, 1991.-

⁴⁹ CARRILLO SALCEDO, Juan A., “Curso de Derecho internacional Público”, p. 133, Madrid, 1992.

entre el derecho internacional y los ordenamientos jurídicos internos, se ha consolidado gradualmente. La eficacia de las normas internacionales medioambientales depende esencialmente de la instrucción que de ellas efectúen los derechos estatales⁵⁰.

En ese orden, se enfatiza⁵¹ que si bien las fuentes del derecho Ambiental Internacional son las mismas que las del Derecho Internacional (tratados, costumbres, principios generales de derecho, resolución de organismos internacional), **se advierte que los tratados y los principios generales son sus dos fuentes principales. Y que a su vez, los principios generales adquieren un *modus operandi* particular.**

Ampliando Adriana TRIPELLI⁵² puntualiza que: “En efecto, recordemos **que el Derecho Ambiental Internacional ha logrado en un lapso breve la consolidación progresiva de conceptos y normas que inicialmente se presentaron como principios programatorios que luego, y en forma bastante vertiginosa, se transformaron en normas positivas innovadoras por su contenido.** Principios generales como el de prevención, precaución, prevención del daño transfronterizo, Evaluación de Impacto Ambiental, equidad intergeneracional, contaminador-pagador, cooperación internacional, entre otros, fueron las primeras expresiones normológicas del Derecho Ambiental Internacional”.

“Con el transcurso del tiempo se han ido consolidando una serie de principios fundamentales en materia de protección del medio ambiente que, pese a su generalidad, constituyen parámetros jurídicos a los que deben ajustarse los comportamientos de los sujetos del ordenamiento internacional”⁵³. Estos principios tienen origen en principios de ordenamientos jurídicos internos que luego, por su acatamiento por parte de la mayoría de los Estados, se transforman en principios generales del Derecho Internacional⁵⁴.

⁵⁰ REY CARO, Ernesto J., ob. cit., p. 81- 82.

⁵¹ TRIPELLI, Adriana: “Los principios rectores ambientales de la corte Internacional de Justicia”, inédito en prensa, p. 5-6, Revista de Derecho Ambiental Lexis Nexis / Instituto de Derecho por un Planeta Verde.

⁵² TRIPELLI, Adriana: “Los principios rectores ambientales de la corte Internacional de Justicia”, p. 5-6.

⁵³ JUSTE RUIZ, José: “Derecho internacional del Medio ambiente”, ob. cit., nota 1, p. 63; cuya opinión recogemos del excelente trabajo de Adriana TRIPELLI.- Este autor sostiene que “El carácter “soft” del Derecho Internacional del Medio Ambiente se manifiesta así en una primera dimensión, en aquellos supuestos en los que las normas de que se trata están todavía en gestación, sin haber culminado definitivamente el proceso forma de consolidación de los mismos”. Pero más adelante destaca que es práctica internacional, que **las normas ambientales aparezcan “en numerosas ocasiones a través de procedimientos informales y se formulan en instrumentos jurídicos de carácter no obligatorio, configurando un derecho “programático”, donde las reglas ya consolidadas no se distinguen con claridad de los principios en formación, pero donde unos y otros actúan a modo de “vasos comunicantes”**.- En ese mismo sentido, REY CARO, Ernesto J. “Introducción al Derecho internacional Ambiental”, en obra colectiva “Derecho Internacional Ambiental. Nuevas tendencias”, Lerner, 1998, p. 29, nos dice que “ab initio hubo cierto consenso en derredor a que el bagaje normativo del Derecho internacional del medio ambiente estaba integrado tanto de un “hard law” como de un “soft law”.- Cfr. KISS, Alexandre Charles “Los principios generales del derecho del medio ambiente”, p. 78, en Cuadernos de Cátedra j. B. Scott, Valladolid, 1975.

⁵⁴ PASTOR RIDRUEJO, J., “Fundamentación del Derecho de Gentes y la jurisprudencia Internacional”, p. 1413, en Anuario IHLARI, N^o 4, 1973.- Según CONFORTI, Benedetto: “Derecho Internacional”, p. 60, edición en español, Ed. Zavalía, Buenos Aires, 1998: “... dos condiciones o requisitos deben subsistir

El jurista español JUSTE RUIZ⁵⁵ agrega que “ha aparecido así un creciente número de reglas internacionales que obligan a los Estados no solamente sin acepción de fronteras, sino también precisamente en el interior de sus fronteras, ya que el medio ambiente de cada Estado forma parte indisociable del patrimonio ecológico mundial”.

Generados en **la idea misma de Derecho** (del que tiene ropaje privilegiado el derecho ambiental). **O en el derecho interno de los Estados** (el principio precautorio, que surge en Alemania en la década del '70). **O que se los considere como principios propios del Derecho internacional** (el de prevención de daño transfronterizo, por ejemplo)⁵⁶, no cabe dudas que, como lo sostiene la misma Adriana TRIPELLI⁵⁷, **“estos principios son los que motorizan en el caso del Derecho Ambiental internacional, su creciente evolución”**.

Por último, “aunque conviene guardar mucha cautela en cuanto a la naturaleza de tales principios, cuyo contenido no está por el momento muy definido”, podemos señalar algunos principios que se consideran aplicables a la cuestión, a cuyo fin seguimos las señeras enseñanzas de Ernesto J. REY CARO⁵⁸.

La regla general de la responsabilidad internacional por daños causados a otros Estados⁵⁹, fundada en la máxima “sic utere tuo ut alienum no laedas”, que tuvo marcada influencia en el fallo del Tribunal Arbitral en el caso de la Fundición Trail Smelter⁶⁰, en virtud del cual **“ningún Estado tiene derecho a**

para que puedan aplicarse principios estatales a título de principios generales del derecho internacional. Es necesario que tales principios estatales existan y sean uniformemente aplicados en la mayoría de los Estados; en segundo lugar, y esta es la condición más característica, es necesario que sean considerados obligatorios y necesarios incluso desde el punto de vista del derecho internacional, es decir, que defiendan valores e impongan comportamientos que los Estados consideren que son defendidos o impuestos, o al menos necesarios también en el plano internacional”, cfr. TRIPELLI, Adriana, ob. cit. supra, quien los resume en los siguientes: 1) que esté uniformemente presente en la mayoría de los Estados y 2) que sea sentido como obligatorio por la comunidad internacional.

⁵⁵ JUSTE RUIZ, José “La evolución del Derecho Internacional del Medio Ambiente”, en obra colectiva “Hacia un Nuevo Orden Internacional y Europeo”, Homenaje al Prof. M. DIEZ DE VELASCO, 1993, p. 404.

⁵⁶ NOVAK TALAVERA, Fabián, GARCÍA, Luis, MOYANO, Corrochano, en Derecho Internacional Público, Tomo I Introducción y Fuentes, Ed. Pontificia Universidad Católica del Perú, Instituto de Estudios Internacionales, Fondo Editorial 2000, San Miguel, 2000, pág. 345. que distinguen estas tres categorías de Principios Generales.

⁵⁷ TRIPELLI, Adriana: véase el enjundioso trabajo citado ut supra, p. 8.

⁵⁸ REY CARO, Ernesto J., “Introducción al Derecho Internacional Ambiental”, p. 30- 49, en obra colectiva “Derecho Internacional Ambiental. Nuevas tendencias”, Lerner, 1998.

⁵⁹ KISS, Alexandre C., “Los principios generales del derecho del medio ambiente”, en Cuadernos de Cátedra J. B. Scott, Valladolid, 1975, p. 25.

⁶⁰ Tribunal Arbitral: Asunto relativo a la Fundición de Trail, Decisión del 11 de marzo de 1941. Similar posición ha sido adoptada por el TIJ en sus sentencia del 9 de abril de 1949 – cuestión de fondo, en el Asunto relativo al Canal de Corfú, al señalar que “todo Estado” “tiene la obligación de “no permitir que se utilice su territorio para fines contrarios a los derechos de los otros Estados”, según la cita de DRNAS DE CLÉMENT, Zlata: “La diligencia debida como eje de articulación entre el ilícito internacional y la responsabilidad por las consecuencias perjudiciales producidas por actos no prohibidos por el Derecho Internacional”, 120- 121, en obra colectiva “Derecho Internacional Ambiental. Nuevas tendencias”,

usar de su territorio o a permitir el uso del mismo, de suerte que las emanaciones de humos causen un perjuicio en el territorio de otro Estado o a las propiedades de las personas que allí se encuentren, siempre que se trate de consecuencias graves y el perjuicio sea demostrado por pruebas claras y convincentes". Pronunciamientos posteriores de tribunales internacionales reiteraron este principio. Este principio ha sido recogido por la Declaración de Estocolmo (principio 21)⁶¹, y la Declaración de Río (principio 2)⁶². Y, también incorporado en el artículo 3 de la Convención sobre Diversidad Biológica.

De esta regla, derivan el concepto de **"desarrollo sustentable"** (principios 3 y 4 Declaración de Río)⁶³, y **el principio de la responsabilidad común pero diferenciada de los Estados en la cooperación para la protección del medio ambiente** (principio 7 de la Declaración de Río)⁶⁴.

También está ligado con la cuestión de la existencia/ inexistencia de un principio general de Derecho Internacional que obligue a los Estados a conservar y mejorar el Medio Ambiente. Así por ejemplo, la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, ha receptado la obligación de no contaminar⁶⁵. Aunque es de advertir que son muchos los tratados internacionales que han consagrado la noción de daño "sensible", "relevante", "apreciable", "grave", como parámetro para distinguir donde comienzan las obligaciones estatales, y en consecuencia la responsabilidad en esta materia.

Lerner, 1998.- El caso Canal de Corfú, que enfrentó el Reino de Gran Bretaña contra Albania, es mencionado también por TRIPELLI, Adriana, op. cit., p. 10, destacando que esta jurisprudencia se tradujo, posteriormente, en un principio más nuevo y preciso, el "principio del daño ambiental transfronterizo". Este último, fue confirmado por la Corte, en 1996, en el caso "Legalidad de la amenaza o empleo de armas nucleares", reafirmado en 1997, en el caso "Gabcikovo (Checoslovaquia) - Nagymaros" (Hungría) y es el que inspiró el reclamo realizado por Nueva Zelanda contra Francia en 1995 en el conflicto sobre ensayos nucleares.

⁶¹ Principio 21, Declaración de Estocolmo. "De conformidad con la Carta de las Naciones Unidas y con los principios del Derecho internacional, los Estados tienen el derecho soberano a **explotar** sus propios recursos en aplicación de su propia política ambiental y **la obligación de asegurar** que las actividades que se llevan a cabo dentro de su jurisdicción o bajo su control no perjudiquen al medio de otros Estados o de zonas situadas fuera de toda jurisdicción nacional".

⁶² Principio 2 Declaración de Río. "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".

⁶³ Principio 3 Declaración de Río. "El derecho al desarrollo debe ejercerse en forma tal que responda equilibradamente a las necesidades de desarrollo y ambientales de las generaciones presentes y futuras". Principio 4 Declaración de Río: "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"

⁶⁴ Principio 7 Declaración de Río. "Los Estados deberán cooperar con espíritu solidario 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".

⁶⁵ Artículo 192. "Los Estados tienen la obligación de proteger y preservar el medio marino".

Es necesario destacar que el principio básico estudiado –la obligación de reparar los daños causados–, centraba la cuestión en el aspecto resarcitorio. **Por el contrario, sin haber perdido su vigencia, dicho principio, que se sintetizaba en la fórmula “el que contamina paga”⁶⁶, aparece como aplicación subsidiaria, frente a la trascendencia que han adquirido otras obligaciones, como la de prevenir los daños. El principio de “prevención”⁶⁷ y aquellos que se derivan del mismo han cobrado tanta o más importancia que el de reparación.** La puesta en práctica de este principio, conlleva el interrogante de si existe la obligación jurídica a cargo de los Estados de informar sobre las actividades que pudieran causar un daño más allá del territorio⁶⁸.

Merece especial atención el llamado principio de “precaución”⁶⁹ que traduciría la obligación de suspender o cancelar actividades que amenazaren al medio ambiente pese a que no existieran pruebas científicas concluyentes que vincularan tales actividades con el deterioro o efecto dañino de aquél. REY CARO⁷⁰ aclara que: “El alcance de este principio ha merecido diferentes interpretaciones. Una liberal, que limita la obligación del Estado a conducirse con diligencia en el momento de adoptar las decisiones. La otra, más severa, que importaría la obligación, en las hipótesis señaladas, de cancelar la actividad. En verdad, existen muchas ambigüedades e imprecisiones a la hora de establecer el alcance de dicho principio”.

Hoy se señalan otros principios que serían aplicables en el Derecho internacional del Medio Ambiente, como el de “equidad intergeneracional”⁷¹ o el del “uso sustentable”.

4. PRINCIPIOS DE RIO ´92

⁶⁶ Este principio fue definido por la OCDE en 1974. PONTE IGLESIAS, “La contaminación fluvial: cuestiones de responsabilidad internacional”, Xunta de Galicia, Santiago de Compostela, 1989, p. 215, señala que el principio presenta una doble vertiente. De un lado, es un principio de eficacia porque permite la puesta en marcha de políticas nacionales y por el otro lado constituye un principio de armonización internacional de esas políticas.- Normalmente, “tiende a considerársele como un deber que se le impone al contaminador en virtud del cual le incumbirá el pago del coste de las medidas de prevención de la contaminación”

⁶⁷ Principio 24 Declaración de Estocolmo. Recomendada a los Estados, sin distinción de su poderío económico, la cooperación para “controlar, evitar, reducir y eliminar los efectos perjudiciales que las actividades que se realicen en cualquier esfera puedan tener para el medio, teniendo en cuenta debidamente la soberanía y los intereses de todos los Estados”. Además, véase el Plan de Acción aprobado en Río, que otorga prioridad a las medidas preventivas.

⁶⁸ Principio 19 Declaración Río, que avanza aún más exigiendo una “notificación”. Véase asimismo el principio 18 de la Declaración de Río, que instituye la obligación de los Estados de notificar inmediatamente los desastres naturales y otras situaciones de emergencia que pudieran provocar efectos nocivos “súbitos”, en el medio ambiente de otros Estados.

⁶⁹ Principio 15 Declaración de Río. “Con el fin de proteger el medio ambiente, los estados deben 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”.

⁷⁰ REY CARO, Ernesto J., ob. cit., p. 42.

⁷¹ El mismo se encuentra consagrado en el Principio 1 de Estocolmo del ´72 y Principio 3 de la Convención de Río del ´92.

Por la enorme relevancia que tienen, recordamos los denominados Principios contenidos en la **Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo**⁷².

Raúl A. ESTRADA OYUELA⁷³ señala -en un resumen de su pensamiento- que el segundo principio de la Declaración de Río, se completa con otros tres: el 17, el 18, y el 19; en la misma línea se encuentra el principio 13. Asimismo, **el derecho al desarrollo que aparece en el tercer principio que expresa se lo debe ejercer “de una manera equitativa a las**

⁷² 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 Humano, 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 claves 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 Se deberá dar especial prioridad a 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. En las medidas internacionales que se adopten con respecto al medio ambiente y al desarrollo también se deberían 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 las modalidades de producción y consumo insostenibles** y fomentar políticas demográficas apropiadas. **PRINCIPIO 9 Los Estados deberían cooperar en el fortalecimiento de su propia capacidad de lograr el desarrollo sostenible, aumentando el saber científico mediante el intercambio de conocimientos científicos** y tecnológicos, e 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 encierran 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 de la población poniendo la información a disposición de todos. **Deberá proporcionarse acceso efectivo a los procedimientos judiciales y administrativos, entre éstos el resarcimiento de daños y los recursos pertinentes.** **PRINCIPIO 11 Los Estados deberán promulgar leyes eficaces sobre el medio ambiente.** Las normas, los objetivos de ordenación y las prioridades

necesidades de desarrollo y ambientales de las generaciones presentes y futuras". El principio 4 que dice "es una tautología", porque declara que para alcanzar el desarrollo sustentable, la protección del medio debe ser un elemento integrante del proceso de desarrollo; "como las tautologías son siempre verdaderas y no deberían generar debate, quedó consagrado". El principio 7 contiene las ideas de la "salud del planeta" varias veces enunciada por el entonces presidente del Brasil y de la "responsabilidad común pero diferenciada" con su corolario de carga específica para los países desarrollados.

ambientales 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 en la promoción de un sistema económico internacional favorable y abierto que llevara al crecimiento económico y el desarrollo sostenible de todos los países, a fin de abordar en mejor forma los problemas de la degradación ambiental. Las medidas de política comercial con 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 o 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 internalización de los costos ambientales y el uso de instrumentos económicos, teniendo en cuenta el criterio de que el que contamina debe, 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 este 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 posiblemente resulten afectados por actividades que puedan tener considerables efectos ambientales transfronterizos adversos, 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** Debería movilizarse 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** Las poblaciones 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 apoyar debidamente su identidad, cultura e intereses y hacer posible su participación efectiva 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

En relación al principio 16 de la Declaración de Río 1992, que promueve la internalización de los costos ambientales y el uso de instrumentos económicos, incluyendo la regla de quien contamina paga, el Profesor de Relaciones Internacionales, puntualiza que “la idea de que el contaminador paga tiene mucha fuerza primaria porque combina sentimientos elementales de venganza con conceptos más evolucionados de reparación de perjuicios o indemnización de daños. Desde hace casi dos décadas está incorporado a la legislación de la Comunidad Europea con el sentido de que el “contaminador” tiene opción de incurrir en los gastos de evitar efluentes contaminantes o pagarle a la autoridad municipal para que limpie lo que ha ensuciado. Su limitación es que no puede convertirse en un mecanismo por el cual se adquiera el “derecho” a contaminar.

5. DECLARACIÓN DE JOHANNESBURGO 2002

Además, deberá tenerse en cuenta: el Informe de la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible, Anexo: Declaración de Johannesburgo sobre el Desarrollo Sustentable, fruto de la Conferencia de las Naciones Unidas, celebrada del 2 al 4 de septiembre de 2002.

De este último documento destacamos que se asume, en principio, la responsabilidad colectiva de promover y **fortalecer el desarrollo económico, desarrollo social y la protección del ambiente, pilares interdependientes y sinérgicos del desarrollo sostenible** (Desde nuestro origen hasta el futuro). A ese fin, se reconoce la importancia de promover la **solidaridad, el diálogo y la cooperación** mutuas. Y se reafirma la promesa de **asignar especial importancia a la lucha contra problemas mundiales que representan graves amenazas al desarrollo sostenible** de nuestra población y darle prioridad (Nuestro compromiso con el desarrollo sostenible).

En lo relativo a la modificación de las modalidades insostenibles de consumo y producción (Cap. III) se considera indispensable **aplicar los procedimientos de evaluación de los efectos en el medio ambiente** (19-e). Promover la educación para **proporcionar información** sobre las fuentes de energía y tecnologías disponibles (19-m); evitar la producción de desechos o reducirla al mínimo y aumentar al máximo la reutilización, el reciclado (22); establecer sistemas de gestión de desechos que asignen la más alta prioridad a prevenir o reducir al mínimo la generación de desechos (22-a).

Estados deberán respetar las disposiciones de derecho internacional que protegen al medio ambiente en épocas de conflicto armado, y cooperar en su ulterior desarrollo, 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 pacíficamente todas sus controversias sobre el medio ambiente por medios que corresponda con arreglo a la Carta de las Naciones Unidas. PRINCIPIO 27 Los Estados y las personas deberán cooperar de buena fe y con espíritu de solidaridad en la aplicación de los principios consagrados en esta Declaración y en el ulterior desarrollo del derecho internacional en la esfera del desarrollo sostenible.

⁷³ ESTRADA OYUELA, Raúl A. “Conferencia de las Naciones unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo. Apuntes para su evolución”, publicado en la Revista del MREyC, año 1, N° 2, República Argentina. Idem., p. 19 y ss., en “Evolución reciente del Derecho Ambiental Internacional”, A- Z Editra, 1993.

Reafirmar el compromiso, asumido en el Programa 21 de utilizar de manera racional **los productos químicos** durante su período de actividad y los **desechos peligrosos** con el fin de contribuir al desarrollo sostenible y proteger la salud y el medio ambiente y, en particular de lograr que para 2020 los productos químicos se utilicen y produzcan siguiendo procedimientos científicos transparentes de evaluación de riesgos y procedimientos científicos de gestión de los riesgos, **teniendo en cuenta el principio de precaución enunciado en el principio 15 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo.**

Promover iniciativas encaminadas a **prevenir el tráfico internacional de productos químicos peligrosos y desechos peligrosos y prevenir los daños que pudieran provocar el movimiento transfronterizo y la eliminación de desechos peligrosos** (23-d). Del capítulo V: El Desarrollo sostenible en un mundo en vías de globalización, surge que **se promoverá activamente la responsabilidad y la rendición de cuentas en las empresas, sobre la base de los principios de Río.**

De los Medios de ejecución (X-80): La aplicación del Programa 21 y el logro de los objetivos de desarrollo convenidos internacionalmente. Debe **hacerse hincapié en la importantísima función de las estrategias de desarrollo y las políticas nacionales, teniendo plenamente en cuenta los principios de Río**, incluido en particular, el principio de responsabilidades comunes pero diferenciadas. **Promover y mejorar la adopción de decisiones con base científica y reafirmar el principio 15 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo** (X-108-f). Más adelante en punto a la cuestión del Marco Institucional para el desarrollo sostenible, se reitera que las medidas encaminadas a fortalecer ese marco, deben basarse en las disposiciones del programa 21 de 1997 y en los principios de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo.

Por último se destaca la Declaración del Simposio Mundial de Jueces sobre el Desarrollo Sostenible y la función del Derecho⁷⁴.

⁷⁴ Del 18 al 20 de agosto de 2002 miembros de Magistraturas de todo el Mundo se reunieron en el Simposio Mundial de Jueces sobre el Desarrollo Sostenible y la función del Derecho, celebrado en JOHANNESBURGO, SUDÁFRICA, bajo la acogida del magistrado, Sr. Arthur CHASKALSON, y el patrocinio del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente PNUMA. LOS JUECES ADOPTARON LA DECLARACIÓN SIGUIENTE: Afirmamos nuestro compromiso a la promesa formulada por los dirigentes del mundo en la Declaración del Milenio, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en septiembre de 2000 "no debemos escatimar esfuerzo alguno para liberar a todos los hombres y mujeres, y sobre todo a nuestros hijos y nietos, del peligro de vivir en un planeta al que las actividades humanas han causado daños irreparables y cuyos recursos no son ya suficientes para satisfacer sus necesidades". Expresamos nuestra firme convicción de que el marco del derecho internacional y nacional que ha evolucionado desde la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, celebrada en Estocolmo en 1972, sienta una base firme para abordar las amenazas ambientales principales actuales, incluidos los conflictos armados y los ataques a la población civil inocente, y que debería estar apoyado por un esfuerzo más decidido, concertado y sostenido de ejecutar y aplicar coercitivamente esos regímenes jurídicos a fin de lograr sus objetivos. Hacemos hincapié en nuestro compromiso con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los convenios de las Naciones Unidas sobre los derechos humanos, y reconocemos su estrecha relación con el desarrollo sostenible y el respeto del imperio de la ley. Recordamos los principios adoptados en la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, y reafirmamos nuestra adherencia a esos principios que sentaban las bases de los principios básicos del desarrollo sostenible. Afirmamos que un poder y un

El Tratado de la Comunidad Europea (Ámsterdam, 1997) sienta los siguientes principios: a) de cautela; b) de acción preventiva; c) de corrección de los atentados al Medio Ambiente especialmente en la fuente; d) de quien contamina paga; e) de conservación y protección del Medio Ambiente; f) de cooperación internacional para la protección del Medio Ambiente; g) de prevención del daño ambiental fronterizo; h) de responsabilidad y reparación de daños ambientales; i) de evaluación del impacto ambiental; j) de participación ciudadana; k) de internalización de las acciones ambientales.

proceso judiciales independientes son decisivos para la ejecución, el desarrollo y la aplicación coercitiva del derecho ambiental, y que los miembros del poder judicial, así como quienes contribuyen al proceso judicial a nivel nacional, regional y mundial, son asociados imprescindibles para promover el cumplimiento, la ejecución y la aplicación coercitiva del derecho ambiental internacional y nacional. Hacemos hincapié en la importancia de la resolución pacífica de los conflictos a fin de evitar situaciones en que las armas de guerra degraden el medio ambiente y causen daños irreparables directamente a través de agentes tóxicos, radiación, minas y destrucción física e, indirectamente, den origen a vastos desplazamientos de la población. Reconocemos que la rápida evolución de los acuerdos ambientales multilaterales, las constituciones y los estatutos nacionales relativos a la protección del medio ambiente requiere cada vez en mayor medida que los tribunales interpreten y apliquen los nuevos instrumentos jurídicos de forma coherente con los principios del desarrollo sostenible. Hacemos hincapié en que el frágil estado del medio ambiente mundial requiere que el poder judicial, en calidad de custodio del imperio de la ley, ejecute y aplique coercitivamente con decisión y sin temor las leyes internacionales y nacionales pertinentes que en la esfera del medio ambiente y el desarrollo sostenible, contribuyan a la mitigación de la pobreza y el sostenimiento de una civilización duradera, y aseguren que la generación presente goce de calidad de vida y la mejore para todas las personas, asegurando al mismo tiempo que no se comprometen los derechos y los intereses inherentes de las generaciones futuras. Convenimos en que el poder judicial tiene una función decisiva en la integración de los valores humanos reseñados en la Declaración del Milenio de las Naciones Unidas: libertad, igualdad, solidaridad, tolerancia, respeto por la naturaleza y responsabilidad compartida en la civilización mundial contemporánea mediante la traducción de esos valores compartidos en medidas, mediante el aumento del respeto por el imperio de la ley, tanto a nivel internacional como nacional. Expresamos nuestra convicción de que el poder judicial, plenamente consciente de la ampliación cada vez más rápida de los límites del derecho ambiental y consciente de su función y responsabilidad en la promoción de la ejecución, el desarrollo y la aplicación coercitiva de las leyes, las reglamentaciones y los acuerdos internacionales relacionados con el desarrollo sostenible, desempeña una función decisiva en la potenciación del interés del público en un medio ambiente saludable y seguro. Reconocemos la importancia de asegurar que el derecho ambiental y el derecho en la esfera del desarrollo sostenible ocupen un lugar prominente en los planes de estudio académicos, la docencia y la capacitación jurídicos a todos los niveles, en particular entre magistrados y otras personas que participan en los procesos judiciales. Expresamos nuestra convicción de que la deficiencia de conocimientos, actitudes pertinentes e información sobre el derecho ambiental es uno de los principales contribuyentes a la falta de eficacia respecto de la ejecución, el desarrollo y la aplicación coercitiva del derecho ambiental. Apoyamos firmemente la opinión de que reviste carácter de urgencia fortalecer la capacidad de los magistrados, fiscales, legisladores y todas las personas que desempeñan un papel prominente a nivel nacional en el proceso de la ejecución, el desarrollo y la aplicación coercitiva del derecho ambiental, incluidos los acuerdos ambientales multilaterales, especialmente por conducto de procesos judiciales. Reconocemos que las personas más afectadas por la degradación ambiental son los pobres y que, por tanto, es perentorio fortalecer la capacidad de los pobres y sus representantes para defender derechos ambientales, a fin de asegurar que la degradación ambiental no perjudica a los sectores más débiles de la sociedad y que se les posibilite para gozar del derecho a vivir en un medio social y físico que respeta y promueve su dignidad. También opinamos que la desigualdad entre naciones poderosas y débiles en términos de su capacidad relativa y oportunidad de proteger el desarrollo sostenible del medio ambiente mundial compartido impone en las primeras una mayor responsabilidad de proteger el medio ambiente mundial. Nos alienta el hecho de que la aplicación y el desarrollo ulteriores del derecho ambiental internacional en favor del desarrollo sostenible, la aplicación, las normas y las políticas convenidas a nivel internacional y el fortalecimiento de la capacidad de quienes participan en el fomento de la ejecución y la aplicación coercitiva del derecho ambiental sean las piedras angulares del

En el Acuerdo Marco sobre Medio Ambiente del MERCOSUR, se declara que los Estados Partes analizarán la posibilidad de instrumentar la aplicación de aquellos principios de la Declaración de Río de Janeiro sobre Medio Ambiente y Desarrollo de 1992, que no hayan sido objeto de Tratados Internacionales. En sus acciones para alcanzar el objeto de este Acuerdo e implementar sus disposiciones, los Estados Partes deberán orientarse, *inter alia*, por lo siguiente: a) **promoción de la protección del medio ambiente y aprovechamiento más eficaz de los recursos disponibles mediante la coordinación de políticas sectoriales, sobre la base de los principios de gradualidad, flexibilidad y equilibrio;** b) **incorporación del componente**

programa de trabajo del PNUMA en la esfera del derecho ambiental, en su forma reflejada en la Declaración de Nairobi adoptada por el Consejo de Administración en su 19º periodo de sesiones celebrado en 1997, y del Programa para el Desarrollo y el examen periódico del derecho ambiental para el primer decenio del siglo XXI, adoptado por el Consejo de Administración del PNUMA en febrero de 2001 (Programa de Montevideo III). CONVENIMOS EN LOS PRINCIPIOS QUE FIGURAN A CONTINUACIÓN QUE DEBERÍAN ORIENTAR AL PODER JUDICIAL EN LA PROMOCIÓN DE LOS OBJETIVOS DEL DESARROLLO SOSTENIBLE MEDIANTE LA APLICACIÓN DEL IMPERIO DE LA LEY Y DEL PROCESO DEMOCRÁTICO: Un compromiso pleno de contribuir a la realización de los objetivos del desarrollo sostenible por conducto del mandato judicial de ejecutar, desarrollar y aplicar coercitivamente el derecho y de respetar el imperio de la ley y el proceso democrático; La realización de los objetivos de la Declaración del Milenio de la Asamblea General de las Naciones Unidas que está supeditada a la ejecución de los regímenes jurídicos nacionales e internacionales establecidos para lograr los objetivos del desarrollo sostenible; La elaboración de un programa de trabajo sostenido en la esfera del derecho ambiental concentrado en la educación, la capacitación y la difusión de información, incluidos coloquios jurídicos a nivel regional y subregional; y, La colaboración entre miembros de judicaturas y otras personas que participan en el proceso judicial dentro de todas las regiones y entre ellas como elemento esencial para lograr una mejora significativa en la ejecución, la aplicación, el desarrollo y la aplicación coercitiva del derecho ambiental. PARA LA REALIZACIÓN DE ESOS PRINCIPIOS PROPONEMOS QUE EL PROGRAMA DE TRABAJO INCLUYA LO SIGUIENTE: La mejora de la capacidad de quienes participan en el proceso de promover, ejecutar, desarrollar y aplicar coercitivamente la ley, tales como magistrados, fiscales, legisladores y otras personas, para que realicen sus funciones sobre una base bien fundamentada con la especialización, la información y los materiales necesarios; La mejora del nivel de la participación del público en la adopción de decisiones relativas al medio ambiente, el acceso a la justicia para la solución de controversias de carácter ambiental y la defensa y la aplicación coercitiva de los derechos ambientales, y el acceso del público a la información pertinente; El fortalecimiento de la colaboración a nivel subregional, regional y mundial, para beneficio mutuo de todos los pueblos del mundo y el intercambio de información entre judicaturas nacionales, con miras a aprovechar sus conocimientos, experiencia y especialización; El fortalecimiento de la educación en derecho ambiental en las escuelas y las universidades, incluida la investigación y el análisis, como elementos esenciales para lograr el desarrollo sostenible; El logro de la mejora sostenida del cumplimiento y la aplicación coercitiva y el desarrollo del derecho ambiental; El fortalecimiento de la capacidad de organizaciones e iniciativas, incluidos los medios de comunicación, dedicadas a posibilitar la participación plena del público sobre una base de información cabal, concentradas en cuestiones relativas a la protección del medio ambiente y el desarrollo sostenible; El establecimiento de un comité especial de jueces integrado por magistrados que representen regiones geográficas, sistemas jurídicos y cortes y tribunales internacionales, y presidido por el Magistrado Jefe de Sudáfrica, para mantener bajo examen y divulgar cuestiones emergentes de jurisprudencia ambiental y suministrar información al respecto; La prestación de apoyo por parte del PNUMA y sus organismos asociados al Comité Especial de Jueces para realizar su labor, incluidas las organizaciones de la sociedad civil; La asignación de prioridad a la financiación de la aplicación de los principios mencionados anteriormente y al programa de trabajo por parte de los gobiernos y los países desarrollados y la comunidad de donantes, incluidas las instituciones financieras internacionales y las fundaciones; La continuación del liderazgo ejercido por el Director Ejecutivo del PNUMA en el marco del Programa de Montevideo III, respecto del desarrollo y la aplicación del programa destinado a mejorar la ejecución, el derecho y la aplicación coercitiva del derecho ambiental, con arreglo a las leyes de responsabilidad y compensación por daños ambientales en el marco de acuerdos ambientales multilaterales y el derecho nacional, las actividades militares y el medio ambiente y los aspectos jurídicos

ambiental en las políticas sectoriales, e inclusión de las consideraciones ambientales en la toma de decisiones que se adopten en el ámbito del MERCOSUR, para el fortalecimiento de la integración; c) **promoción del desarrollo sustentable** por medio del apoyo recíproco entre los sectores ambientales y económicos, evitando la adopción de medidas que restrinjan o distorsionen, de manera arbitraria o injustificada, la libre circulación de bienes y servicios en el ámbito del MERCOSUR; d) **tratamiento prioritario e integral de las causas y las fuentes de los problemas ambientales**; e) **promoción de una efectiva participación de la sociedad civil** en el tratamiento de las cuestiones ambientales; y f) **fomento a la internalización de los costos ambientales** mediante el uso de instrumentos económicos y regulatorios de gestión.

6. PRINCIPIOS RECTORES DEL DERECHO AMBIENTAL

En la doctrina del derecho comparado, se habla de “**Principios Rectores del Derecho Ambiental**”⁷⁵. A su vez, siguiendo los mismos lineamientos, se han enunciado “principios rectores” de la materia⁷⁶ o “principios generales del derecho ambiental”⁷⁷, o “principios jurídicos del nuevo derecho de la sustentabilidad”⁷⁸ para exponer una nómina de ellos, no siempre coincidente. O de manera similar, como lo prefiere denominar la ley: “Principios rectores de las políticas medioambientales”⁷⁹. Aunque se advierte, según lo aprecia, OJEDA MESTRE⁸⁰, que “los “principios” que lo informan, con base a los cuales ha de articularse, nos indican que está en una fase inicial, como lo han expresado los también recientes tratadistas”.

Desde la especialidad, MALM GREEN - SPENSLEY⁸¹ afirman que el derecho ambiental como rama del Derecho reposa sobre una serie de principios jurídicos que encuentran su fundamento en la autoconservación del medio ambiente y que están dotados de autonomía propia. **Estos principios jurídicos representan las directivas y orientaciones generales en las que**

del nexo entre la pobreza y la degradación ambiental y; La entrega de la presente declaración por el Magistrado Jefe de Sudáfrica al Secretario de las Naciones Unidas como una contribución del Simposio Mundial de Jueces a la próxima Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible y para su difusión más amplia a todos los Estados Miembros de las Naciones Unidas. Adoptada en Johannesburgo, Sudáfrica, el día 20 de agosto de 2002.

⁷⁵ JAQUENOD DE ZSÖGON, Silvia: “El Derecho Ambiental y sus Principios rectores”, p. 366, Editorial Dykinson SRL, 1991.

⁷⁶ MOSSET ITURRASPE, Jorge: “El daño ambiental en el derecho privado”, en obra colectiva “Daño ambiental”, p. 20, tomo I, Editorial Rubinzal- Culzoni, 1999.

⁷⁷ PIGRETTI, Eduardo A. “Un nuevo ámbito de responsabilidad. Criterios, principios e instituciones del derecho ambiental”, en obra colectiva “La responsabilidad por daño ambiental”, Centro de Publicaciones Jurídicas y Sociales.

⁷⁸ LÓPEZ, Hernán: “La regulación del desarrollo sustentable en el Derecho Internacional y en el Derecho Comparado”, p. 407 en obra colectiva “Ambiente, Derecho y Sustentabilidad”, Editorial Jurídica La Ley, 2000.

⁷⁹ ZEBALLOS de SISTO, María C. “El Orden Ambiental. Las Evaluaciones de Impacto Ambiental en la Ciudad de Buenos Aires. Ley N° 123”, p. 35, Ugerman Editor, 1999.

⁸⁰ OJEDA MESTRE, Ramón, ob. cit., p. 9.

⁸¹ Guillermo MALM GREEN y James W. SPENSLEY: “Aproximación a una teoría de los principios del derecho ambiental”, LL, 16 de septiembre de 1994.

se funda el derecho ambiental, con la característica de que no son el resultado de construcciones teóricas sino que nacen a partir de necesidades prácticas, que a su vez, han ido modificándose con el tiempo, transformándose en pautas rectoras de protección del medio ambiente.

Silvia JAQUENOD DE SZÖGÖN⁸² destaca que “dada la juventud de la regulación jurídica del ambiente y, en consecuencia la convivencia de normas directamente protectoras del entorno con otras anteriores a dicha problemática – pero útiles provisionalmente en esa defensa – **estos Principios Rectores resultarán a veces, más vinculados al mundo ideal del deber ser jurídico, que al real de lo que en la actualidad es el ordenamiento ambiental; sin embargo, esta convivencia de lo ideal y lo real en la formulación de los Principios Rectores no obsta a su solidez**”. Asimismo, entiende por Principios Rectores “los postulados fundamentales y universales que la razón especula, generalizando por medio de la abstracción las soluciones particulares que se obtienen partiendo de la justicia y la equidad social. **Son Principios Rectores generales por su naturaleza y subsidiarios por su función, porque suplen las lagunas de las fuentes formales del Derecho**”.

En la doctrina argentina, BUSTAMANTE ALSINA⁸³ señala como caracteres propios del derecho ambiental: a) Carácter interdisciplinario; b) Carácter sistemático; c) Carácter supranacional; d) Espacialidad singular; e) Especificidad finalista; **f) Énfasis preventivo**; g) Rigurosa regulación técnica; h) Vocación redistributiva; i) Primacía de los intereses colectivos⁸⁴.

También, desde la escuela del derecho administrativo de La Plata (Argentina), Carlos A. BOTASSI⁸⁵, señala que el derecho ambiental posee caracteres y principios propios, o, al decir de Guillermo CANO, “factores de especificidad”, entre los cuales destaca: a) consideración sistemática y universal del entorno, **b) acento preventivo**, c) primacía del aspecto ius publicista d) **el principio contaminador-pagador**

Según PIGRETTI⁸⁶ El derecho ambiental constituye a su vez, un nuevo ámbito de responsabilidad, con criterios, principios e instituciones singulares. Así, **la nómina de principios propios sobre los cuales se estructura, -de ninguna manera exhaustiva-, contiene las siguientes menciones:** a) ETICISMO y solidaridad; b) enfoque sistémico; c) participación pública; d) interdisciplina; e) **principio del contaminador - pagador**; f) protección, mejora, defensa y restauración de la biosfera; g) uso racional del medio; h)

⁸² JAQUENOD DE SZÖGÖN Silvia: “El Derecho Ambiental y sus Principios Rectores”, p. 366, Editorial Dykinson, 1991.

⁸³ BUSTAMANTE ALSINA, Jorge: “Derecho Ambiental. Fundamentación y normativa”, p. 48, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1995.

⁸⁴ Véase asimismo, MARTÍN MATEO, Ramón: “Tratado de Derecho Ambiental”, p. 92 Vol. I, Trivium, España, 1991.

⁸⁵ BOTASSI, Carlos Alfredo: “Derecho Administrativo Ambiental”, Platense, 1997.

⁸⁶ PIGRETTI, Eduardo: en obra colectiva “La Responsabilidad por daño ambiental”, Centro de Publicaciones Jurídicas y Sociales: “Un nuevo ámbito de responsabilidad: Criterios, principios e instituciones de derecho ambiental”, p. 26 y s.s., 1986.

coordinación de actuaciones; i) ordenamiento ambiental; j) calidad de vida; k) cooperación internacional⁸⁷.

Jorge MOSSET ITURRASPE⁸⁸ señala entre sus principios rectores: 1) de realidad; 2) de solidaridad; 3) de Regulación jurídica integral; 4) **de responsabilidad compartida**; 5) de conjunción de aspectos colectivos e individuales; 6) de introducción de la variante ambiental; 7) de nivel de acción más adecuado al espacio a proteger; 8) **de tratamiento de causas productoras y de síntoma con puntualidad o prematura**; 9) de unidad de gestión; 10) de transpersonalización de las normas jurídicas⁸⁹.

Mario F. VALLS⁹⁰ dice que **el Derecho ambiental se caracteriza por ser un correctivo de los errores y de deficiencia de todo el sistema jurídico común. Al así enmendarlo se injertan principios ambientales en ese sistema.** Destacando que constituye una especialización jurídica que, íntimamente relacionada a las demás ramas del derecho, las modifica, por su carácter además evolutivo y dialéctico, conciliador y transaccional.

Desde la óptica del derecho constitucional, Pedro J. FRÍAS⁹¹, señalaba una serie de principios: El derecho humano a un ambiente sano; la subsidiariedad para atribuir competencias al nivel más apropiado, con preferencia inferior; **prevención para atender prioritariamente las causas; el principio precautorio para evitar infortunios por imprevisión; el de equidad intergeneracional**; la interdisciplinariedad para la toma de decisiones; libre acceso a la información ambiental; participación ciudadana en la gestión ambiental; la solidaridad con los sectores de más riesgo; el principio de progresividad; valorización económica del ambiente y sus recursos naturales; **responsabilidad civil**; conservación de la diversidad biológica, preservación de la estabilidad climática; restricción nuclear; especialidad de aplicación de fondo ambiental; los principios en los efectos transfronterizos.

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

⁸⁷ Coincide con esta postura doctrinaria, MESSINA de ESTRELLA GUTIERREZ, Graciela Nora: "La Responsabilidad civil en era tecnológica, tendencia y prospectiva", p. 113, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1989.

⁸⁸ MOSSET ITURRASPE, Jorge: "El Daño Ambiental en el Derecho Privado", en obra colectiva "Daño ambiental", Tomo N° 1, p. 20, capítulo de Introducción, Rubinzal Culzoni Editorial, Santa Fe, 1999.

⁸⁹ Véase asimismo, JACQUENOD DE ZSÖGÖN, Silvia, ob. cit., p. 366 y ss.

⁹⁰ VALLS, Mario: "Derecho ambiental", 3era. Edición, distribución Abeledo- Perrot, p. 85, Buenos Aires, 1994.

⁹¹ FRÍAS, Pedro J., en un excelente artículo que publicara en La Ley Actualidad, el 23 de agosto de 1994 "La cláusula ambiental en la Constitución. Principios de la Política Ambiental susceptibles de constitucionalización".

Homero BIBILONI⁹², enuncia los siguientes principios: a) Pensar global, actuar local; b) Solidaridad; c) Integración de las políticas sectoriales; d) Protección elevada; **e) Precaución; f) Prevención**; g) Conservación; h) Corrección de las fuentes; i) Restauración efectiva; j) **Corresponsabilidad y responsabilidad diferenciada**; k) Subsidiariedad; l) Optimización de la protección ambiental; ll) Diversidad estratégica normativa; m) Exigencia de la mejor tecnología disponible; n) Participación pública; ñ) Primacía de la persuasión sobre la coacción; o) Realidad; p) Vecindad; q) Igualdad; r) Colectivo Público Universal; s) Subsunción de lo público y lo privado; t) Transpersonalización de las normas.

En este contexto, el ordenamiento jurídico argentino cuenta hoy con la LEY GENERAL DEL AMBIENTE 25.675, de presupuestos mínimos de protección ambiental, sancionada el 06/11/2002, promulgada parcialmente por decreto 2413, el 27/11/2002, que contiene una serie de principios, entre los que se destacan, a los fines de este estudio, los siguientes: principio de prevención, principio precautorio, principio de responsabilidad.

Esta ley los contempla, en su **Artículo 4: 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 prevención: las causas y las fuentes de los problemas ambientales se atenderán en forma prioritaria e integrada, tratando de prevenir los efectos negativos que sobre el ambiente se puedan producir.**
- **Principio precautorio: la ausencia de información o certeza científica no será motivo para la inacción frente a un peligro de daño grave o irreversible en el ambiente, en la salud o en la seguridad pública.**
- **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.**

Hemos destacado que resulta importante que la ley contenga PRINCIPIOS DE POLÍTICA AMBIENTAL. La sola mención de los mismos en un régimen legal, constituye un avance en la materia.

A los fines de este trabajo, nos detendremos en el análisis del principio de prevención. Aunque vamos a avanzar sobre el Derecho Internacional. Y el Derecho comparado. Para luego, examinar, por su enorme parentesco con este último, el principio precautorio, como asimismo el principio de responsabilidad.

⁹² BIBILONI, Homero M. "Los Principios Ambientales y la interpretación. Su aplicación política y jurídica", La Ley 2001-I, 1082.

Como colofón, formularemos breves reflexiones acerca de la trascendencia de los mismos.

7. PRINCIPIO DE PREVENCIÓN DEL DAÑO AMBIENTAL⁹³

Antes de profundizar el estudio de este principio, queremos recordar lo dicho por el jurista brasileño Sebastiao Valdir GOMES⁹⁴ en una obra sobre la materia, en el sentido que uno de los principios fundamentales que orientan la llamada tutela del medio ambiente consiste justamente en el principio de prevención o de precaución.

⁹³ BUSTAMANTE ALSINA: “Prevención del daño ambiental (Auditoria del Medio Ambiente-Evaluación de Impacto Ambiental)”, JA, 199-IV, 822; del mismo autor “El daño ambiental y las vías de acceso a la jurisdicción”, JA, 1996-IV, 896; STIGLITZ, Gabriel: “Tutela de los intereses difusos y Prevención de daños (consolidación de la jurisprudencia civil)”, JA, 1995-IV, 215; PEYRANO, Guillermo: “Medios procesales para la tutela ambiental”, JA, 2001-I, 1173; VALLS, Mario: “Instrumentos para la política ambiental”, JA, 1996-IV, 955; ANDORNO, Luis O.: “La responsabilidad por daño al medio ambiente”, JA, 1996-IV, 877, del mismo autor: “Vías legales para la defensa del medio ambiente y para la reparación del daño ecológico”, JA, 2001-I, 1068; TRIGO REPRESAS, Félix A.: “La defensa del medio en la Provincia de Buenos Aires”, JA, 1998-IV, 1048; del mismo autor: “Responsabilidad civil por daño ambiental”, JA, 1999-IV, 1180; ib. Ídem. “Evitación, cesación y reparación del daño ambiental”, JA, 2002-III, 1062; del mismo autor, “Responsabilidad civil por daño al ambiente”, Anticipo de Anales, año XLIII, segunda época, N° 36, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1998; MESSINA DE ESTRELLA GUTIÉRREZ, Graciela N.: “La efectiva prevención del daño ambiental”, JA, 1999-I, 277; VALLS, Mariana- BRILL, Rosana: “Prevención y compensación frente al daño ambiental. El seguro ambiental”, JA, 1998-IV, 1073; BESALÚ PARKINSON, Aurora: “Prevención del daño ambiental (soluciones en Derecho Privado)”, JA, 1997-I, 781; MOSSET ITURRASPE, Jorge: “El daño ambiental y los alcances del mandato judicial”, LLBA, año III, N° 1, 1996-43. Para una visión de los mecanismos de carácter preventivo ambiental de base administrativa, véase VERNETTI, Ana M.: “Instrumentos de prevención del daño ambiental”, DJ, 2003-II, 1141; WALSH, Juan R.- VIDAL DE LAMAS, Ana M.: “Gestión de pasivos ambientales: mecanismos y herramientas institucionales para su prevención y manejo”, LL, 2003- B, ejemplares del 12/03/2003 y 13/03/2003, año LXVII, N° 50; MALM GREEN, Guillermo: “Algunos comentarios sobre los estudios del impacto ambiental”, LL, boletín del 07/02/1995, p. 5; VALLS, Claudia: “Impacto Ambiental. Evaluación actual”, Editorial Ciudad Argentina, 2002; de la misma autora, “La Evaluación del Impacto Ambiental”, en Cátedra de Ambiente y Recursos Naturales, de Beatriz S. KROM, Estudio Editorial, 2000; también, “Incorporación de nuevas instituciones del derecho ambiental al sistema jurídico argentino”, p. 155, en obra colectiva “Responsabilidad ambiental”, Editora Belgrano, 1999; IRIBARREN, Federico: Evaluación de Impacto Ambiental: su enfoque jurídico, Ediciones Universo, 1997; BOTASSI, Carlos A.: “Derecho Administrativo Ambiental”, LEP, 1997; GRASSETTI, Eduardo R.: “Estudios Ambientales”, Editorial Heliasta, 1998; para ampliar véase, VALLS, Mariana: “Derecho Ambiental”, Ciudad Argentina, 1999; obra colectiva de CORIA, Silvia- DEVIA, Leila- LAMAS, ANONNA, Silvia- VILLANUEVA, Claudia: “El rumbo ambiental en la Argentina”, Ediciones Ciudad Argentina, 1998; WALSH, Juan R.- DI PAOLA, Maria Eugenia- GONZALEZ ACOSTA, Gustavo- LÓPEZ, Hernan- ROVERE, Marta B.- RYAN, Daniel E.- SABSAY, Daniel A.: “Ambiente, Derecho y Sustentabilidad”, La Ley, 2000. En otro orden, cabe destacar que a nivel del derecho internacional, la prevención se asimila al concepto de diligencia debida. Así lo explica DRNAS DE CLÉMENT, Zlata en su trabajo en obra colectiva “Derecho Internacional Ambiental. Nuevas tendencias”, Lerner, 1998, bajo el título de “La Diligencia Debida como eje de articulación del ilícito internacional y la responsabilidad por las consecuencias perjudiciales producidas por actos no prohibidos por el derecho internacional”, p. 115 y ss., para distinguir ciertas reglas o estándares de conducta del Estado, de prevención ad intra, ex post, de débitos de prevención ad extra, ex ante, y por último, la prevención ad extra, ex post.

⁹⁴ GOMEZ, Sebastiao Valdir, “Direito Ambiental Brasileiro”, p. 45, Sintese Editora, Porto Alegre, 1999.

Conforme al mismo autor, se procura evitar la producción de daños ambientales, actuando como estimulante negativo de todo aquello que potencialmente pueda causarlo, por tratarse de una responsabilidad particularmente gravosa en relación al régimen general de responsabilidad civil. En efecto, es público y notorio que los daños ambientales son irreversibles o de difícil reparación, tales como la extinción de una especie, los efectos radioactivos, la destrucción de la flora (y por consiguiente, de sus ecosistemas y diversidades biológicas milenarias), la desertización de áreas productivas, entre otros. Además, a veces cuando fuere posible la reparación de daños análogos, por regla general, los costos necesarios para ello son mayores que los beneficios que pudieren obtenerse de las actividades causantes de los mismos. De allí por tanto, la naturaleza prospectiva de este principio del Derecho Ambiental: la construcción de mecanismos preventivos que busquen impedir la producción futura de estos daños.

Se ha dicho que la idea de prevención del daño, constituye pauta esencial del sistema civil de tutela ambiental, como rol prioritario a la reparación⁹⁵. La ley 25.675 Argentina (General del Ambiente) contiene principios de interpretación y aplicación de la normativa y de toda otra norma a través de la cual se ejecute la política ambiental que, en general, son identificados o reconocidos por la doctrina del derecho ambiental.

Así, el principio preventivo se enuncia de la siguiente manera: **“las causas y las fuentes de los problemas ambientales se atenderán en forma prioritaria e integrada, tratando de prevenir los efectos negativos que sobre el ambiente se puedan producir”**. Destacamos de la regla legal, la directiva de tratar los problemas ambientales, desde su origen, causas, fuentes. El carácter prioritario del mismo. La visión totalizadora, global, integral, que impone. Y, en definitiva, el fin que persigue: prevenir efectos negativos que sobre el ambiente se “puedan producir”.

El énfasis preventivo constituye uno de los caracteres por rasgos peculiares del derecho ambiental⁹⁶. Aunque “se apoya a la postre en un

⁹⁵ STIGLITZ, Gabriel A. “El daño al medio ambiente en la Constitución Nacional”, p. 320, en obra colectiva “Responsabilidad por daños en el tercer milenio”, homenaje al profesor doctor Atilio A. ALTERINI, Abeledo- Perrot, 1997.

⁹⁶ PARELLADA, Carlos A. “Los principios de responsabilidad civil por daño ambiental en Argentina”, p. 243, en Responsabilidad por Daños al Medio Ambiente, Universidad de Externado de Colombia, 2000; BUSTAMANTE ALSINA, Jorge “Derecho ambiental: Fundamentación y normativa”, p. 48, Abeledo Perrot 1995; MARTÍN MATEO, Ramón “Tratado de Derecho Ambiental” p. 92, 1991; BOTASSI, Carlos “Derecho Administrativo Ambiental, p. 92 Editorial Platense, 1997; BESALÚ PARKINSON, Aurora: “Daño Ambiental: aspectos relevantes de la responsabilidad”, p. 59, en “Obligaciones y contratos en los albores del Siglo XXI”, homenaje al profesor doctor Roberto M. LÓPEZ CABANA, Abeledo- Perrot, 2001; en la misma obra colectiva, ver BENJAMÍN, Antonio H. “¿Derechos de la Naturaleza”, p. 46, capítulo IX; MORELLO, Augusto M. “La tutela de los intereses difusos en el derecho argentino”, p. 59, “Un matiz fuertemente definitivo: lo preventivo”, cap. IV, Editora Platense, 1999; BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, “Responsabilidad civil por daño ambiental”, LL, 1994-C, 1052; JORDANO FRAGA, Jesús: “La responsabilidad de la administración con ocasión de los daños al medio ambiente”, Revista de Derecho Urbanístico, Nº 19, p. 19, julio- agosto 1990; LEOPOLDO E SILVA JUNIOR, Alcides: “El Estudio del impacto Ambiental como instrumento de prevención del daño al medio ambiente”, p. 33, en “Direito Ambiental em evolução”, 3, bajo la coordinación de PASSOS DE FREITAS, Vladimir, Editorial Juruá, 2002; KISS, Alexandre: “Los principios generales del derecho del medio ambiente”, p. 73, Valladolid, 1975; MIRRA, Álvaro Luis V: “Acción Civil Pública y Reparación del Daño al Medio

dispositivo sancionador”, sin embargo “sus objetivos son fundamentalmente preventivos”, porque **la coacción a “posteriori” resulta ineficaz**, puesto que muchos de esos daños ambientales, de producirse, son irreversibles. De manera que “la represión podrá tener una trascendencia moral, pero difícilmente compensará graves daños, quizá irreparables”. Por ello, se recomienda **la adopción de estrategias previsoras**, respecto al medio ambiente, en **etapas precoces** del proceso potencialmente dañoso⁹⁷.

Lo primero y lo más idóneo es la prevención del daño al medio ambiente, para evitar su consumación⁹⁸; máxime teniendo en cuenta que se trata de un bien “no monetizable”, es decir, no traducible en indemnizaciones y difícil de volver al estado anterior del daño⁹⁹. Es **“la regla de oro de la lucha por la defensa del medio ambiente”**¹⁰⁰. La tutela civil preventiva, que encuentra fundamento en el mismo texto constitucional argentino¹⁰¹, tiene sustento axiológico, cultural y, a la vez, económico en tanto coadyuva a la eficiencia¹⁰². **Esta finalidad con soporte en el derecho de la responsabilidad civil por daños, se refuerza, desde nuestra especialidad, con la regla constitucional argentina del artículo 41, que consagra junto al derecho ambiental el deber de preservarlo**¹⁰³.

Ambiente”, p. 127, Editorial Juárez de Oliveira, 2002. En ese sentido, LORENZETTI, Ricardo L., “La protección jurídica del ambiente”, LL, 1997 –E, 1463, afirma que en el derecho ambiental, se le asigna a las empresas, una función de agente de prevención, toda vez que en materia de contaminación, se le imponen deberes preventivos, como los de seguridad en el proceso de producción y evitación de daños ambientales a terceros.

⁹⁷ MARTÍN MATEO, Ramón: “Tratado de Derecho Ambiental”, vol. I, Trivium Editorial, 1991, p. 93; BUSTAMANTE ALSINA, Jorge: “Derecho ambiental. Fundamentación y normativa”, p. 50, Abeledo-Perrot, 1995; JAQUENOD DE ZSÓGON, Silvia: “El Derecho Ambiental y sus principios rectores”, p. 352, Dykinson 1991; MOSET ITURRASPE, Jorge, “El daño ambiental en el derecho privado” p. 21, en obra colectiva, “Daño Ambiental”, Tº 1, Rubinzal Culzoni 1999; BOTASSI, Carlos Alfredo, “Derecho Administrativo Ambiental”, p. 93, Editora Platense, 1997.

⁹⁸ TRIGO REPRESAS, Félix A. “Responsabilidad por daño ambiental”, Jurisprudencia Argentina, 1999-IV, 1180. CARRANZA, Jorge “Aproximación interdisciplinaria a la responsabilidad por daño ambiental”, Jurisprudencia Argentina, 1989-IV, 703.

⁹⁹ LORENZETTI, Ricardo L., “Reglas de conflictos entre propiedad y medio ambiente”, Revista Jurídica Argentina La Ley, 1998-A, 1025, n. II. 3.

¹⁰⁰ BESALÚ PARKINSON, Aurora: “Daño Ambiental: Aspectos relevantes de la responsabilidad”, p. 59, en obra colectiva “Obligaciones y contratos en los albores del Siglo XXI”, homenaje al profesor doctor Roberto LOPEZ CABANA, Abeledo- Perrot, 2001. Asimismo, JORDANO FRAGA, Jesús, “El derecho ambiental del siglo XXI”, Revista de Derecho Ambiental, Aranzadi, N° 1, 2002, p. 95- 113, cita a Salvia, quién apunta un giro fundamental en el Derecho Ambiental de la mano del principio de prevención afirmado en la Declaración de Río. También, KISS & D. SHELTON, International Environmental Law, 6, 1991, Schneider, J, World Public Order of the Environment, 144- 150, 1979, afirman que “en la práctica comparada, la prevención está considerada la regla de oro en materia ambiental”, según refiere, VALLS, Mariana: “Derecho Ambiental”, p. 213, Editorial Ciudad Argentina, 1999.

¹⁰¹ LEONARDI DE HERBÓN, Hebe M., “La regla naeminem laedere en el derecho constitucional”, p. 89, en obra colectiva “La Responsabilidad”, homenaje al profesor doctor Isidoro H. GOLDENBERG, Abeledo- Perrot, 1995. LORENZETTI, Ricardo L., “La tutela civil inhibitoria”, Revista Jurídica Argentina La Ley, 1995-C, 1219; ALTERINI, Atilio A.- ÁMEAL, Oscar- LÓPEZ CABANA, Roberto: “Derecho de Obligaciones”, p. 319, Editorial Abeledo- Perrot, 1998; BESALÚ PARKINSON, Aurora: “Daño Ambiental: aspectos relevantes de la responsabilidad”, p. 60, en Obligaciones y Contratos en los Albores del Siglo XXI, Abeledo- Perrot, 2001.

¹⁰² BESALÚ PARKINSON, Aurora: “Daño Ambiental: aspectos relevantes de la responsabilidad”, p. 60, citado, con referencia a los Fundamentos del Capítulo sobre Responsabilidad Civil del Proyecto de Código Civil de 1998, N° 261.

Ello ha constituido una constante preocupación de todos los que se han ocupado de la temática, existiendo hoy entre nosotros una clara conciencia sobre la necesidad de la tutela preventiva¹⁰⁴. En ese sentido, la necesidad de implementar soluciones de urgencia en general, ha sido objeto de importantes estudios desde el atalaya del derecho procesal¹⁰⁵. Además, hace tiempo que la doctrina civilista argentina descubrió la función preventiva del derecho de daños¹⁰⁶.

Así, se ha dicho que¹⁰⁷ “en nuestros días, el recurso a mecanismos judiciales directamente preventivos - inhibitorios, queda crecientemente

¹⁰³ MORELLO, Augusto M.- CAFFERATTA, Néstor A., “Las industrias, la tutela del ambiente y la Corte Suprema”, *Jurisprudencia Argentina*, 2001-III, 309.

¹⁰⁴ VERGARA, Leandro: “La prevención en el derecho de la responsabilidad civil”, *RRCyS*, año V, N° VI, noviembre- diciembre 2003, p. 14, postula la aplicación práctica de los análisis de costos y prevención. Y la adopción de criterios de culpabilidad en concreto, como mecanismo de sanción a quien se beneficia injustamente por no gastar en prevención, cheaper cost avoided. AGOGLIA- BORAGINA- MEZA, “El sistema jurídico vigente para la protección del daño originado por degradación ambiental”, *Jurisprudencia Argentina*, 1993-IV, 809, n. III- a); BUERES, Alberto J. “Responsabilidad civil de las clínicas y establecimientos médicos”, p. 270, nota 18, Editorial Ábaco, 1981; BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, “Responsabilidad por daño ambiental”, *Revista Jurídica Argentina La Ley*, 1994-C, 1061.

¹⁰⁵ PEYRANO, Jorge W. “La acción preventiva”, *Lexis Nexis Abeledo- Perrot*, 2004, quien sostiene que “El ejercicio de una función jurisdiccional preventiva – a la que persiguen estimular las acciones preventivas que nos ocupan es, para nosotros uno de los **“mandamientos”** que debe cumplir el buen juez del siglo XXI”; del mismo autor: “Lo urgente y lo cautelar”, *Jurisprudencia Argentina*, 1995-I, 899; “Informe sobre las medidas autosatisfactivas”, *Revista Jurídica Argentina La Ley*, 1996-A, 999; “La tutela de urgencia en general y la tutela anticipatoria en particular”, *Revista Jurídica El Derecho*, *Temas procesales*, suplemento del 31/08/95; “Los nuevos ejes de la reforma procesal civil: la medida autosatisfactiva”, *Revista Jurídica El Derecho*, 169-1345; “Vademécum de las medidas autosatisfactivas”, *Jurisprudencia Argentina*, 1996-II-709; MARINONI, Luiz: “Tutela inhibitoria: la tutela de prevención del ilícito”, *Revista Jurídica El Derecho*, 186-1127. Véase DE LAZZARI, Eduardo N.: “La tutela material”, *Jurisprudencia Argentina*, 1996-IV-651; GALDÓS, Jorge: “Un fallido intento de acogimiento de una medida autosatisfactiva”, *Revista Jurídica Argentina La Ley*, 05/12/97. DE LAZZARI, E.: “La medida innovativa y su necesario deslinde con la prohibición de innovar”, *Revista del Colegio de Abogados de La Plata*, N° 60, año XXIV, p. 203. PEYRANO, Jorge W., “La medida autosatisfactiva: forma diferenciada de tutela que constituye una expresión privilegiada del proceso urgente. Génesis y evolución”, *Revista CALP*, año XXXVII, N° 59, *ib. Idem*, *Jurisprudencia Argentina*, 1998-III, 652; del mismo autor: “Lo urgente y lo cautelar”, *Jurisprudencia Argentina*, 1995-I, 899; “La batalla de la medida cautelar innovativa”, *Revista Jurídica El Derecho*, 1998- Tomo 178, p. 964; “El mandato preventivo”, *Jurisprudencia Argentina*, 1995-IV, 980; “Reformulación de la Teoría de las medidas cautelares. Tutela de urgencia por medidas autosatisfactivas”, *Jurisprudencia Argentina*, 1997-II, 926; “Medida cautelar innovativa. Balance. Estructura. Ajustes. Nuevos horizontes”, *Jurisprudencia Argentina*, 1995-IV, 980; “Una especie destacable del proceso urgente: la medida autosatisfactiva”, *Jurisprudencia Argentina*, 1999-III, 829; “La tutela de urgencia y la tutela anticipatoria en particular”, *Revista Jurídica El Derecho*, 163- 786; DE LOS SANTOS, Mabel: “La medida cautelar innovativa y el anticipo de la sentencia: su ubicación entre los llamados procesos urgentes”, *Jurisprudencia Argentina*, 1996-I, 633. CAMPS, Carlos: “La proyectada recepción legislativa de la tutela anticipada”, *Jurisprudencia Argentina*, 1999-III, 1091; MORELLO, Augusto: “La tutela anticipada en la Corte suprema”, *Revista Jurídica El Derecho*, 5 de febrero 1998; KIELMOVICH, Jorge: “La cautela material”, *Jurisprudencia Argentina*, 28 de junio 2000; ROJAS, Jorge: “Los límites de la tutela anticipada”, *Jurisprudencia Argentina*, 14 de junio 2000; CARBONE, Carlos: “Teoría General de los procesos urgentes”, *Revista Jurídica Argentina La Ley*, 1999-A, 872.

Según ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde: “La tutela inhibitoria contra daños”, *RRCyS*, año N° 1, N° 1, enero- febrero de 1999, p. 7, expresa que “En suma, las principales vías procesales para la tutela inhibitoria son las siguientes: a) las medidas cautelares; b) las medidas autosatisfactivas; c) las acciones de amparo y de corpus data; d) los procesos inhibitorios comunes, por lo general sumarios o abreviados. La prevención implica actuar antes y la prevención urgente equivale a actuar ya, lo cual se logra mediante las medidas cautelares y las medidas autosatisfactivas”.

justificado. Las técnicas indemnizatorias, de pura reintegración patrimonial, no son por sí solas suficientes para suplir la ausencia de controles directos sobre la actividad dañosa, destinados a detener en forma inmediata sus efectos nocivos. **De allí que la prevención es función que no escapa al campo de la acción de la justicia civil, que puede actuar moldeando una efectiva suplencia respecto de los poderes de control de la Administración que se revelan insuficientes**".

"Pero la procedencia del remedio preventivo deviene incuestionable, cuando se trata de contrarrestar los efectos lesivos que ya ha comenzado a

¹⁰⁶ HIGHTON, Elena I.: "Reparación y prevención del daño al medio ambiente ¿Conviene dañar? ¿Hay derecho a dañar?", Derecho de daños, Segunda Parte, Ediciones La Rocca, p. 833, sostiene que "el sistema jurídico debe indudablemente mantener una función preventiva y disuasiva del daño ecológico, y el análisis económico del derecho no puede llevar a la justificación del daño injusto"; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída: "La responsabilidad civil por el daño ambiental", Separata de Anales del Cincuentenario, Córdoba, 1991, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, destaca que **"el amplio campo de la prevención de los daños no es ajeno al derecho civil: son exponentes de esta tendencia los artículos 2618 (al mencionar el cese de las molestias para evitar los daños futuros), 1071 bis (que obliga a cesar en la actividad de intromisión en la vida ajena), 2499 (que acepta medidas cautelares), 83 y concordantes de la ley 11.723 de propiedad intelectual (que permite impedir la exposición de obras o su circulación), etc."**. Más adelante afirma que **"en el ámbito de la preservación del medio ambiente la solidaridad social exige idear nuevos medios para prevenir el daño"**. También, MOISSET DE ESPANÉS, Luis: "Cesación del daño", Jurisprudencia Argentina, N° 6168, p. 2, boletín del 17/11/99, enfatiza que precisamente "el problema de los daños ambientales es el que nos indica que resulta indispensable este enfoque que pone el acento en la cesación del daño como primera medida frente a los hechos dañosos"; se destaca además, las posturas de MESSINA de Estrella Gutiérrez, Graciela Nora, "La Responsabilidad Civil en la Era Tecnológica. Tendencia y prospectiva", p. 208, Abeledo Perrot; LORENZETTI, Ricardo L.: "La tutela civil inhibitoria", Revista Jurídica Argentina La Ley, 1995-C, 1217; NICOLAU, Noemí L.: "La tutela inhibitoria y el nuevo artículo 43 de la Constitución Nacional", Revista Jurídica Argentina La Ley, 1996-A, 1245; ANDORNO, Luis O.: "El denominado proceso urgente (no cautelar) en el derecho argentino como instituto similar a la acción inhibitoria del derecho italiano", Jurisprudencia Argentina, 1995-II, 887; ZAVALA de GONZALEZ, Matilde: "La tutela inhibitoria contra daños", en RRCyS, "Revista de Responsabilidad Civil y Seguros", año I, N° 1, Enero- Febrero 1999, Editorial La Ley, señala los presupuestos comunes para el ejercicio de las pretensiones inhibitorias: **a) una actividad antijurídica**, que se determina a partir de la injusticia en la causación del daño amenazado y no sólo por la injusticia del daño que amenaza; **b) la amenaza de un daño**, en virtud de la cual la actividad antijurídica debe crear la previsibilidad de que se cause o de que se siga causando un perjuicio. "Es decir, no es menester "certeza" del daño que amenaza, sino que sería probabilidad o previsibilidad objetiva"; **c) la lesión a un interés del actor**, basta la realidad del interés, sin importar que se goce a título individual o bien difusamente entre los miembros de una comunidad; **d) la posibilidad material de detener la actividad**: por eso debe tratarse de actos aún no realizados o bien susceptibles de continuar o de reiterar dañando. "La tutela sustancial inhibitoria tiene como objeto directo la prevención del daño mediante una orden de impedir que se cause (en caso de amenaza de lesión o bien), para que cese su producción (si la actividad ya se ha iniciado y es previsible la continuación o reiteración)". **"Inhibir equivale entonces a prohibir, suspender, estorbar, hacer cesar o paralizar el factor detonante de una lesión actual o futura"**. **"El resultado práctico de la tutela inhibitoria es la prevención de perjuicios impidiendo que una conducta ilícita dañe a otro, ya sea que se trate de evitar un daño temido o que se emplee para evitar la agravación de un daño ya sufrido"**; GHERSI, Carlos: "Teoría general de la reparación de daños", 2ª edición, p. 332, Astrea, 1999; MORELLO Augusto - STIGLITZ, Gabriel: "Responsabilidad Civil y Prevención de daños. Los intereses difusos y el compromiso social de la Justicia", Revista Jurídica Argentina La Ley., 1987-D-364; STIGLITZ, Gabriel A.: "El daño al medio ambiente en la Constitución Nacional", p.320, en obra colectiva "Responsabilidad por Daños en el Tercer Milenio", homenaje al profesor doctor Atilio A. ALTERINI, Abeledo- Perrot, 1997 *falta lugar*. Véase del mismo autor: "Responsabilidad civil por contaminación del medio ambiente", Revista Jurídica Argentina La Ley, 1983-A-782; GOLDENBERG, Isidoro H.: "Impacto tecnológico y masificación del derecho privado", Revista Jurídica Argentina La Ley, 1982-E, 872; ALTERINI, Atilio- LÓPEZ CABANA, Roberto M.: "los daños

originar una determinada actividad, con el fin de paralizar el daño, deteniendo su desarrollo. Tiene por objeto el daño todavía no provocado, pero que podría posteriormente ser causado si la actividad siguiera; actuando entonces después que el daño ha empezado a ocasionarse, para combatirlo obstaculizando su producción, atacándolo en su causa, en su raíz”¹⁰⁸.

No hay mejor reparación de un perjuicio que su propia evitación¹⁰⁹.

También se ha dicho que “un ancho cauce para la solidaridad y la cobertura de riesgos en un 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”¹¹⁰.

LORENZETTI señala que **“la responsabilidad civil actual ha reformulado sus finalidades: ya no es sólo resarcitoria, sino también preventiva.** La evolución se ha basado en la mudanza de una serie de paradigmas: “de responsabilidad como deuda a la responsabilidad como crédito a la indemnización”; “del daño a la propiedad” al “daño a la persona”, “del daño individual al daño colectivo”¹¹¹.

Atilio A. ALTERINI, Oscar ÁMEAL, Roberto M. LÓPEZ CABANA¹¹² enseñan que “no obstante que el deber de no dañar a otro tiene carácter principal, también involucra **el principio de prevención**, según el cual **“los daños deben ser evitados**, tanto deriven de actos lícitos como de infracciones

del medio ambiente en el marco de la realidad económica”, Revista Jurídica Argentina La Ley, 1992-C, 1025; CARRANZA, Jorge A.: “La protección jurídica del medio ambiente y la responsabilidad por daño ecológico en las IX Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Mar del Plata, 10 al 13 de noviembre de 1983)”, Revista Jurídica Argentina La Ley, 1984.A, 1962; SAUX, Edgardo: “La acción de daño temido como mecanismo preventivo de perjuicio todavía no causado”, Jurisprudencia Argentina, 1994-III-718.

¹⁰⁷ MORELLO Augusto - STIGLITZ, Gabriel: “Responsabilidad Civil y Prevención de daños. Los intereses difusos y el compromiso social de la Justicia”, Revista Jurídica Argentina La Ley, 1987-D-364.

¹⁰⁸ MORELLO, Augusto M – STIGLITZ, Gabriel A.: “Responsabilidad Civil y prevención de daños. Los intereses difusos y el compromiso social de la justicia”, Revista Jurídica Argentina La Ley, 1987-D, 364. Véase asimismo STIGLITZ, Gabriel A. – ECHEVESTI, Carlos A.: “Las acciones por daños y perjuicios”, capítulo XXI, acápite 211, “La prevención de daño”, Hammurabi, reimpresión. STIGLITZ, Gabriel: “Daños y perjuicios. Acciones indemnizatorias y preventivas”, p. 65 y ss, La Rocca, 1987.

¹⁰⁹ VAZQUEZ FERREIRA, Roberto A.: “Responsabilidad por daños (elementos)”, p. 235, Depalma, 1993, quien cita a su vez a CABALLERO, Ernesto, en su ponencia general internacional sobre “Prevención y Seguros”, Vº Congreso Mundial del Derecho de Seguros, defines la prevención como el conjunto de actividades, instrumentos y métodos de actuación, tendientes a evitar o disminuir los daños que, por razón de cualquier clase de accidentes, puedan sufrir las personas y los bienes”. GARCÍA VAZQUEZ, Aquilino: “La legislación ambiental y su aplicación”, en su ponencia en “1º encuentro de Jueces por el Desarrollo Sustentable”, Villa La Angostura, Neuquén, 25 y 26 de septiembre 2003, destaca que “Al derecho ambiental le interesa sobre todo la prevención del daño ambiental y, en su caso de que éste se genere, le interesa que éste cese a la brevedad posible y que se restablezcan las condiciones anteriores a su ocurrencia.

¹¹⁰ CARRANZA, Jorge: “Aproximación interdisciplinaria a la responsabilidad por daño ambiental”, Jurisprudencia Argentina, 1989- IV, 701.

¹¹¹ LORENZETTI, Ricardo L.: “Fundamento constitucional de la reparación de los daños”, nota especial para Revista Jurídica Argentina La Ley. www.laleyonline.com.ar

¹¹² Véase la obra clásica en la materia, ALTERINI, Atilio A.- ÁMEAL, Oscar J.- LÓPEZ CABANA, Roberto M.: “Derecho de Obligaciones”, 716 bis, p. 306, Abeledo- Perrot, 1996.

contractuales (SANTOS BRIZ). De allí que, **en el moderno Derecho de Daños, sobresalga la política legislativa encaminada al desarrollo de sistemas para prevenir los daños y se autoricen mecanismos jurisdiccionales de anticipación de ellos, esto es de tutela preventiva, dirigidos a impedir “la realización posible del daño” (DE CUPIS). Se procura, de tal modo, una solución ex ante (evitar el daño) en vez de confinar el remedio a una solución ex post (la indemnización). Se trata del “restablecimiento del adversario a la situación que era suya antes que el golpe de fuerza haya sido perpetrado (CHARTIER) puesto que, si la Justicia debiera permanecer impasible ante la inminencia de un daño, o de su agravación, “ello importaría tanto como crear el derecho de perjudicar” (AGUIAR).**

Concordantemente¹¹³, se dijo que **“ninguno de los principios de nuestro derecho positivo se opone a la prevención de los daños (AGUIAR). Que la prevención es función del Derecho de Daños, a través de la justicia civil, que extiende sus poderes de control para ejercer una efectiva suplencia, cuando la actuación de la Administración (del Derecho Público) se revela insuficiente para evitar perjuicios en la sociedad. Los órganos jurisdiccionales tienen entonces la aptitud de poner en marcha, en los juicios de daños y perjuicios, mecanismos preventivos (órdenes de hacer o no hacer al agente de la actividad dañosa), aptos para satisfacer en forma directa e inmediata los intereses humanos lesionados o amenazados, cuya tutela “ya no puede transitar preventivamente nada más que en el derecho administrativo” (MORELLO)**”.

“La prevención directa o inmediata se presenta frente a hipótesis de daños efectivamente producidos y susceptibles de prolongarse (cesación del daño); también, en presencia de estados de mero peligro que excedan los estándares apropiados de acuerdo al sector de actividad y a los riesgos de actividad y a los riesgos sociales que el mismo conlleva (evitación del daño). **La justicia civil no puede permanecer impasible, con los ojos vendados, ante ese constante dañar y resarcir (AGUIAR) que no tendría otro modo terminar sino con la supresión de la causa del daño:** “mantener una situación semejante en desmedro del orden jurídico constantemente alterado por la subsistencia del hecho capaz de dañar, importaría tanto como crear el derecho de perjudicar, si al lado se impone la obligación de resarcir” (AGUIAR).

En esa línea de pensamiento, Matilde ZAVALA de GONZALEZ¹¹⁴, enfatiza que **“Dichas ideas son congruentes con un noción amplia de daño, comprendiendo entre los resultados lesivos que generan responsabilidad no sólo al daño causado sino también a la amenaza de un daño injusto. Esta concepción tiene sustento normativo en el artículo 1067 del Código Civil (surge responsabilidad por los actos exteriores que pueden causar daño) y se explica porque en caso de peligro antijurídico contra un interés la disponibilidad del bien por el sujeto (núcleo del interés), ha sido alterada. Un hecho que**

¹¹³ GHERSI, Carlos- STIGLITZ, Gabriel A.- PARELLADA, Carlos: “Responsabilidad Civil” / 9, p. 508, reimpresión, Hammurabi.

¹¹⁴ ZAVALA de GONZALEZ, Matilde, “La tutela inhibitoria contra daños”, RRyS, p. 1, año 1, N° 1, enero- febrero de 1999. DE LORENZO, Miguel F., “El daño injusto en la responsabilidad civil”, p. 17, nota 11, Abeledo- Perrot, 1996.

pone en peligro el goce del bien constituye sin dudas una perturbación, que en rigor significa, por sí misma, un empeoramiento del interés. La diferencia puede hallarse en la diversa reacción jurídica a uno y otro caso. De manera tal, que recogemos una noción de daño amplia, que comprende no sólo al evento ya verificado sino también a una situación reversible por medio de un comportamiento ajeno”.

7.1 Doctrina judicial Argentina¹¹⁵

En ámbitos jurisdiccionales, se ha dicho que:

En esta materia la primera y gran arma con que cuenta el derecho es la prevención. La misión de prevenir el acaecimiento, la repetición de daños probables se cuenta entre las atribuciones implícitas que debe ejercitar el juez con responsabilidad social de hogaño. **El derecho resarcitorio de los perjuicios va cediendo espacios y fronteras al derecho preventor de daños, que encuentra ámbito procesal fértil en el llamado proceso anticipatorio¹¹⁶.**

En el nuevo marco procesal **es papel irrenunciable del juez el que hace a su participación activa con miras a la prevención del daño ambiental** (prevenir más que curar, recordando las enseñanzas de Mauro CAPPELETTI)¹¹⁷. Acaso lo preventivo de la protección y lo efectivo de la tutela que debe dispensar la jurisdicción sean las notas que en la década actual profundice la evolución de los principios y nuevas fronteras¹¹⁸.

El carácter marcadamente preventivo operante para impedir desde el comienzo el avance de la polución, saca a las medidas cautelares de su quicio tradicional¹¹⁹ para “hacerlas jugar” en una función regida no sólo por el derecho privado sino por el derecho público.

¹¹⁵ CAFFERATTA, Néstor A.: “Jurisprudencia ambiental”, Jurisprudencia Argentina, 1996-IV-1093; “Actualización de Jurisprudencia Ambiental”, Jurisprudencia Argentina, 1997-IV-1082; “Daño ambiental. Evolución de nuestra jurisprudencia”, Jurisprudencia Argentina, 1999-III-1162; **“Jurisprudencia Ambiental de la Argentina”**, p. 259 y ss., de la obra colectiva *“Direito Ambiental em Evolução”*, bajo la coordinación de **Vladimir PASSOS DE FREITAS**, Curitiba, R. F. BRASIL, Jurua, 2002; “Jurisprudencia ambiental del Siglo XXI”, Buenos aires, 14 de mayo 2003, Jurisprudencia Argentina, 2003-II, fascículo n. 7, p. 25; “Daño ambiental. Jurisprudencia”, Revista Jurídica Argentina La Ley, 10 de julio 2003, año LXVII, N° 131.

¹¹⁶ MORELLO, Augusto M.: “Anticipación de la Tutela”, LEP, 1996.

¹¹⁷ Consultar, “Simposio de Jueces y Fiscales de América Latina. Aplicación y cumplimiento de la Normativa Ambiental”, 24 de septiembre de 2003, véase Declaración de Buenos Aires, Oficina Regional para América Latina y el Caribe PNUMA, FARN, Instituto de Derecho para un Planeta Verde.

¹¹⁸ MORELLO, Augusto M.: “La Justicia frente a la realidad”, capítulo 5: El Juez, p. 85 y ss., Rubinzal-Culzoni, 2002.

¹¹⁹ MORELLO, Augusto M.: “La tutela de los intereses difusos en el derecho argentino”, capítulo IV, “Un matiz fuertemente definitorio: Lo preventivo”, p. 59 y s.s. LEP, 1999. MORELLO, Augusto M -Stiglitz, Gabriel A: “Los intereses difusos y el compromiso social de la justicia. Responsabilidad Civil y prevención de daños”, capítulo LXIX, p. 1051 y s.s., en Obra de MORELLO, Augusto M.: Estudios de Derecho Procesal. Nuevas demandas. Nuevas propuestas, LEP, 1998.

La Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires se pronunció en estos términos: **“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. La tutela del ambiente justifica soluciones expeditas; interpretar ampliamente las atribuciones judiciales en esta materia no debe entenderse como una indebida limitación de libertades individuales, pues no hay libertad para dañar el ambiente ajeno (Mario VALLS); la importancia de la defensa del medio ambiente justifica cierto grado de transgresión de normativas que no se han adaptado a la realidad (Guillermo PEYRANO)**¹²⁰.

¹²⁰ SCJBA, “Almada, Hugo v. Copetro S.A. y otros”, Acuerdo 2078 del 19-5-98, Revista Jurídica Argentina La Ley, 1999-C-1129. Finalmente, siguiendo la doctrina de la SCJBA: “Las leyes ecológicas se descubren y acatan: ello coloca al Derecho en una “situación de dependencia” de la Ecología. **Así vemos que no sólo en el campo de Derecho Procesal Civil se abren redefiniciones del pleito y del papel del juez a las nuevas realidades circundantes. Creemos en ese proceder de “carácter propio de órgano jurisdiccional y “sabor cautelar” por su rol preventivo, en consonancia con la responsabilidad social que le incumbe** corporizándose en mandatos positivos a las partes y a los funcionarios públicos era el más idóneo para evitar que aconteciera otro daño irreparable. El Juez actuó perfectamente: reparó la lesión pretérita y dispuso las previsiones útiles de acuerdo a las circunstancias, destinadas a evitar que se siguieran produciendo en el futuro. **No hay quiebra del “principio de congruencia”, toda vez que responde a poderes inherentes al Juez** que respaldan su actuación en la armoniosa aplicación de todo el ordenamiento y que con responsabilidad social, le impele a ejercer activamente. Despliega un régimen de obligaciones procesales y prestaciones activas a cargo de una o varias de las partes, de terceros, de funcionarios públicos. Que revisten fuertes tintes de carácter preventivo cautelar, de urgencia e inciden en el objeto (cosa o bien de la vida) o contenido del litigio y **no valen sólo inter partes, sino que con amplitud subjetiva necesaria, cubren la finalidad de prevenir daños indeterminados o potencialmente colectivo, frente y la amenaza cierta de una causa productora de daños. Detectado el peligro ambiental, la medida del interés particular es superada prontamente no bien se avizora la magnitud en que el factor riesgoso afecta al bien común, no pudiendo de ninguna manera la protección judicial detenerse en aquel estadio, sino por el contrario acometer hasta donde sea preciso para embridar la amenaza desbocada. Una de las más relevantes características que exhibe el actual de derechos de daños es su finalidad preventiva o evitación de los entuertos que puedan generarse.** Se cita como fundamento legal de ese accionar jurisdiccional, entre otras normas la Constitución Nacional (artículo 41) Tratado de Asunción fundacional del MERCOSUR (que en su Preámbulo impone la preservación del Medio Ambiente), la **Declaración de Río de Janeiro sobre Desarrollo Sostenible del CNUMAD, Carta de la Tierra, que en su Principio 15 contempla la prevención, en virtud de la cual los Estados deberán aplicar amplio criterio de precaución:** la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costes para impedir la degradación del medio ambiente. **Esta función de prevención y evitación de los daños se ha señalado como una de las modernas orientaciones que se vienen imponiendo en el estudio del derecho que se ocupa de ellos.** El Derecho a la prevención de daños encuentra fundamento normativo en los principios de la Constitución Nacional, y justificativo concreto en los Artículos 911 y 2499 del C.C. y 623 C.P.C.C.C. ALTERINI- LÓPEZ CABANA concluyen que “en teoría general, la prevención del daño plantea un problema de tutela preventiva tendiente a impedir la realización posible de los daños, ya que cualquiera sea la fuente, deben ser evitados”. **Cuando se trata de protección de intereses difusos, la tutela inhibitoria adquiere una especial significación. En la legislación nacional –argentina- esta tutela anticipatoria se materializa a través del artículo 2499 C.C.: denuncia de daño temido.** Se trata de normas de carácter preventivo. También se ha recurrido, con ostensible función disuasiva a la imposición de montos indemnizatorios elevados, dentro de límites de razonabilidad. La tarea del juzgador fue llevada a cabo con ajuste a pautas intrínsecamente flexibles, propias de la materia, no pudiéndose advertir en tal cometido un apartamiento del principio de congruencia sino en todo caso, **haciendo jugar principios tan caros a la estimativa jurídica actual como son los de prevención y evitación del daño, en particular, a un bien principal como es la calidad de vida del ser humano.** El sentenciante, teniendo en cuenta la necesidad de satisfacer el interés comprometido en su vertiente bifronte individual y difuso o colectivo acordando correctamente para la representación de ambos, legitimación al reclamante de autos, **dispuso la cesación**

A su turno, la Cámara Federal de La Plata dijo que: **“Es imperativo transformar las concepciones judiciales, brindar tutela a los fenómenos de la vida colectiva, dignos de la más enérgica y anticipada protección y en este marco el derecho a vivir en un ambiente agradable, viene entendiéndose como una ampliación de la esfera de la personalidad: un atributo fundamental de los individuos. Frente a ello el derecho ambiental requiere de la participación activa de la judicatura, lo que en definitiva se traduce en un obrar preventivo acorde con la naturaleza de los derechos afectados y a la medida de sus requerimientos”**¹²¹.

La Cámara de Apelaciones de Mendoza¹²² también tuvo oportunidad de expedirse en estos términos: “En lo que hace a la prevención del daño ambiental, que tiene jerarquía constitucional parece que se interpreta que es suficiente para tal objetivo, una prevención razonable, conforme al procedimiento observado (...). Hay un nuevo rostro en materia de Derecho de Daños. Los gravísimos ataques a que está expuesto el medio ambiente, ponen en serio riesgo, el futuro de las próximas generaciones y hay deber de evitarlo. Lo dice el artículo 41, Reforma 1994 [Constitución Argentina], y también la ley 6045 [argentina] propende al beneficio de tales generaciones futuras. Más claro, en este campo, ya el reparar no tiene alcance. Indemnizar no es suficiente. Es necesario tomar primero medidas preventivas, para evitar, valga la redundancia, la consumación no reparable de los daños. El deterioro del medio ambiente no tiene remedio. Y el fallo da un caso, que podría repetirse a falta de una acción preventiva, no posterior”.

También, el Juzgado Federal de Mar del Plata¹²³ afirmó que: “El derecho ambiental es un derecho de la personalidad. Un derecho personalísimo. Ahora bien, en cuanto los derechos de la personalidad son objeto de concreta tutela

del perjuicio, adoptando un temperamento preventivo, a través del control del accionar futuro de la demandada, en orden al aseguramiento de la efectividad de la sentencia y a la evitación de todo daño prospectivo. La solución a la que arribó el juzgador no sólo resguarda valores esenciales que hacen a la dignidad del hombre y del entorno, sino que **consulta en la necesidad de dar primacía a una concepción eticista y solidaria de la vida en sociedad**. Nuestro ordenamiento jurídico en general ofrece diversas vías de carácter preventivo, aplicables en materia ambiental: 1) el amparo (art. 43 CN); 2) la acción de daño temido (art. 2499 Código Civil); 3) la acción negatoria (art. 2800 Código Civil); 4) el régimen de molestias o inmisiones provenientes de inmuebles vecinos que exceden el límite de la normal tolerancia (art. 2618 Código Civil); 5) las medidas cautelares clásicas como asimismo cautelares materiales, medidas autosatisfactivas o anticipatorias. Estas últimas dentro del régimen amplio de tutela civil o sustantiva inhibitoria. A su vez, en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires, la Ley 11723, de Medio Ambiente, incluyó un capítulo relativo a la defensa jurisdiccional de los recursos naturales, regulando instrumentos de defensa ambiental, de gran utilidad preventiva.- Idem. “Ancore S.A y otros v. Municipalidad de Daireaux”, SCJBA, 19/02/2002, bajo anotación de ESAIN, José: “El Derecho Agrario Ambiental y la cuestión de los feed lots”, publicado en Buenos Aires/ 6 de noviembre 2002, Jurisprudencia Argentina, 2002- IV, fascículo n. 6.

¹²¹ Cámara Federal de La Plata, Sala II, autos: “Asociación Coordinadora de Usuarios, Consumidores y Contribuyentes c/ ENRE- EDESUR s/ cese de cableado y traslado de Subestación Transformadora”, fallo del 8 de julio 2003, Revista Jurídica El Derecho, Serie Especial Ambiental, 22.04.2004, bajo anotación de COSSARI, Nelson G.A. “Electropulción y daño ambiental”, p. 15.

¹²² Cámara de Apelaciones de Mendoza, 12 de septiembre 2003, “Asociación OIKOS Red Ambiental c/ Gobierno de la Provincia de Mendoza s/ amparo”, publicado en elDial.com, Suplemento Ambiental, bajo comentario de VALLS, Mario.

¹²³ “Fundación reserva Puerto de Mar del Plata c/ Consorcio Portuario Regional de Mar del Plata s/ amparo”, Juzgado Federal de N° 2 de Mar del Plata, 26 de diciembre de 2002.

jurídica, las limitaciones o restricciones al pleno desarrollo de la persona derivan de la contaminación ambiental, son de por sí causa de responsabilidad civil del agente, en cuanto confluyan los presupuestos legales de Derecho de daños”.

“La coexistencia de un orden constitucional y ambiental y un orden constitucional económico, además de obligar a una armonización de valores y objetivos que se sitúa perfectamente en la línea del desarrollo sostenible, no impide que el primero de dichos órdenes tenga una estructura interna discernible, de la que resulta la habilitación de potestades públicas de intervención desde determinados principios, entre los que se destacan los de previsión y racionalidad, con relación a cuantos objetos sean relevantes para la calidad de vida ambiental¹²⁴.

“Es que la necesaria realización de estudios impacto ambiental respecto de los nuevos emprendimientos, de raíz constitucional, atiende a hacer efectiva primordialmente la regla de prevención ambiental. De poco sirve luego de que los ecosistemas son agredidos, pretender recomposiciones a veces imposibles, o generar marcos indemnizatorios que resultan poco relevantes respecto de la tutela que se pretende otorgar al medio ambiente”.

Recordemos lo que dijo la Sala III de la Cámara Federal de La Plata, en otra causa difícil, grave, delicada, compleja, en la que se discutía el reinicio del vuelco de residuos para su disposición final por el sistema de relleno sanitario en la planta de Don Bosco – Bernal¹²⁵: “En materia ambiental, **lo más razonable y beneficioso es prevenir**, antes que recomponer o reparar el posible daño a la salud o al medio ambiente”.

O la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina¹²⁶, revalorizando **el amparo como remedio judicial eficaz expedito, “cuando como en el caso de autos sustenta en la existencia y eventual agravamiento de los daños al medio ambiente**, provocados por la actividad autorizada por la administración mediante actos consistentes en la eliminación del bosque a raíz de su deforestación con consecuencias irreparables, tales como la pérdida de especies – alteración de la biodiversidad -; cambios climáticos y desertización – debido a la erosión del suelo; y la afectación de varias hectáreas colindantes con el emplazamiento de la comunidad indígena – donde también viven algunos de sus miembros -, en las que además de hallarse un pozo de agua que la abastece, se encuentra la escuela y una represa, construidas y destinadas al uso de sus integrantes”.

Al mismo tiempo que, tildara de **“exceso de rigor formal** sostener que las cuestiones requerían mayor debate y prueba, pues, a fin de determinar la

¹²⁴ DIAZ ARAUJO, Mercedes: “La regulación ambiental: nuevas formas de intervención preventiva, represiva, compensatoria y estimuladora”, Jurisprudencia Argentina, 2002-III. 932, con cita a PAREJO ALONSO, Luciano: “Manual de Derecho administrativo”.

¹²⁵ In re “MUNICIPALIDAD DE QUILMES c/ CEAMSE s/ amparo”, resolución del 22 de mayo de 2003, Cámara Federal de Apelaciones de La Plata, Sala III.

¹²⁶ Corte Suprema de Justicia de la Nación, WICHI HOKTEK T’OI Comunidad indígena c/ Secretaría de Medio Ambiente y Desarrollo Sustentable, 11/07/02.

existencia de arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, resultaba suficiente controlar que los actos impugnados hubieran respetado los procedimientos exigidos por la legislación provincial y nacional vigentes para autorizar la actividad. **A tal fin, bastaba con examinar si, de conformidad con las normas invocadas por la actora, la autorización y prórroga de la actividad en cuestión requería una evaluación previa de impacto ambiental y social y si se había respetado lo dispuesto por el artículo 75 inciso 17 de la Constitución Nacional [Argentina]**".

8. PRINCIPIO PRECAUTORIO

En este tiempo de la humanidad, de una emergente "Era de la información", "Tercera Ola", de la "Revolución científico tecnológica", "de la Biotecnología", "Era electrónica o Aldea Global"¹²⁷, caben entonces las siguientes reflexiones: **"Aunque la ciencia permitiría ampliar los recursos naturales, que son prácticamente ilimitados. Y la Tierra no está en peligro. Es el Hombre el que está amenazado. El riesgo proviene de nuestras dificultades de autogobierno"**¹²⁸.

A este paso, el hombre, que ha sido la última de las especies vivientes en manifestar su presencia en la Tierra, puede ser el primero en desaparecer¹²⁹.

Francisco Javier SANZ LARRUGA señala que **"Paralelamente al extraordinario progreso científico y tecnológico que ha permitido un alto nivel de vida en las sociedades desarrolladas hoy, más que nunca, se advierten los innumerables riesgos originados por el propio desarrollo tecnológico y sobre los que, pese a dicho progreso, sigue existiendo una considerable incertidumbre científica sobre sus efectos sobre el medio ambiente y la salud humana"**¹³⁰. Cuestiones tan variadas como los efectos del "cambio climático", de la reducción de la capa de ozono, de los "organismos genéticamente modificados", los "campos electromagnéticos", etc., ponen de relieve dicha incertidumbre. Durante los últimos años han proliferado en la doctrina –jurídica y no jurídica- los estudios sobre la mutua relación entre el desarrollo científico, los riesgos tecnológicos y el Derecho¹³¹ y, **como respuesta jurídica a estos problemas –a los riesgos ambientales en particular-, ha emergido con inusitada fuerza el recurso al llamado**

¹²⁷ MESSINA DE ESTRELLA GUTIÉRREZ, Graciela N.: "La responsabilidad civil en la era tecnológica", p. 67, Abeledo- Perrot, 1989, con cita de TOFFLER, Alvin, "La tercera ola", p. 25, Hispamérica, 1986.

¹²⁸ MARTÍN MATEO, Ramón: "El Hombre: una especie en peligro", p. 12, Campomanes Libros, 1993.

¹²⁹ GOLDENBERG, Isidoro H- CAFFERATTA, Néstor A.: "Daño Ambiental. Problemática de su determinación causal", p. 82, Abeledo- Perrot, 2001.

¹³⁰ BETANCOR RODRÍGUEZ: "Instituciones de Derecho Ambiental", La Ley, Madrid, 2001, p. 63, señala al estudiar la dependencia científico-técnica del Derecho Ambiental, "la ciencia y la técnica es tanto fuente de los impactos como la vía para su eliminación o reducción".

¹³¹ SANZ LARRUGA, Francisco Javier: "El principio de precaución en la jurisprudencia comunitaria", publicado en el N° 1, año 2002- 1, de la Revista Aranzadi de Derecho ambiental, ps. 117- 131, que refiere a la excelente monografía de ESTEVE PARDO, J.: Técnica, riesgo y Derecho: tratamiento del riesgo tecnológico en el Derecho Ambiental, Ariel, Barcelona, 1999.

“enfoque o principio de precaución” en numerosos textos normativos internacionales y nacionales de todo el mundo¹³².

La jurista brasileña CASAGRANDE NOGUEIRA destaca que: “El principio precautorio ocupa actualmente una posición destacada en las discusiones sobre la protección del medio ambiente, siendo también cada vez más frecuentemente invocado en el tratamiento de cuestiones relativas a la salud humana, especialmente en el campo de la seguridad alimentaria”¹³³.

8. 1. En la legislación argentina

La **Ley General del Ambiente 25.675**, sancionada el 06/11/2002, promulgada parcialmente por decreto 2413, el 27/11/2002, contiene una serie de principios de política ambiental, que en su parte pertinente, se transcribe seguidamente: **Artículo 4: “Principio precautorio: Cuando haya peligro de daño grave o irreversible la ausencia de información o certeza científica no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces, en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente”**.

La **Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo**, de conformidad 151/5, de 7 de mayo de 1992, surgida de la **Conferencia de las Naciones Unidas**, reunida en Río de Janeiro del 3 al 14 de junio de 1992, lo contiene como **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”**¹³⁴.

A la par, la Republica Argentina aprobó la **Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático**, por **Ley 24.295** de 7/12/93, publicada en el Boletín Oficial el 11/01/94, y ratificada el 11/03/94, en cuyo texto se instituye el mismo principio precautorio, a través del artículo 3.3, donde se dice: **“Las partes deberían tomar medidas de precaución para reducir al mínimo las causas del cambio climático y mitigar los efectos adversos. Cuando haya amenaza de daño grave e irreversible, no debería utilizarse**

¹³² Siguiendo la cita de SANZ LARRUGA, Francisco J., ob. cit. supra, “sobre el principio de precaución, desde una perspectiva interdisciplinaria, cabe destacar los trabajos de: CAMERON, J. y RIORDAN, T. (eds.): Interpreting the precautionary principle, Earthscan Publications Ltd. London, 1994; GODARD, O. (Dir.): Le principe de précaution dans la conduite des affaires humaines, Editions de la Maison des sciences de l’homme-INRA, Paris, 1997; CAMERON, J., RIORDAN, T. y ANDREW, J. (Eds.): Reinterpreting the precautionary principle, Cameron May, London, 2001; ZACCAÏ, E. y MISSA, J-N.: Le principe de précaution : significations et conséquences, Éd. de l’Université de Bruxelles, Bruxelles, 2000; LEPAGE, C. y GUERY, F.: La politique de précaution, Paris : PUF, 2001; EWALD, F., Christian GOLLIER, CH., y DE SADELEER, N.: Le principe de précaution, Coll. Que sais-je, PUF, Paris, 2001; BOURG, D. y SCHLEGEL, J-L.: Parer aux risques de demain : le principe de précaution, Seuil, Paris, 2001.

¹³³ CASAGRANDE NOGUEIRA, Ana Carolina: “El contenido jurídico del principio de precaución en el derecho ambiental brasileño”, p. 285, en obra colectiva 10 años de Eco 92. El Derecho y el Desarrollo sustentable, Congreso Internacional de Derecho Ambiental – 6, 2002

¹³⁴ MARTÍN MATEO, Ramón: “Tratado de Derecho Ambiental”, volumen II, p. 770, 1991.

la falta de total certidumbre científica como razón para postergar tales medidas, tomando en cuenta que las políticas y medidas para hacer frente al cambio climático deberían ser eficaces en función de los costos a fin de asegurar beneficios mundiales al menor costo posible”¹³⁵.

Para finalizar con los Convenios adoptados y abiertos a la firma en Río de Janeiro el 5 de junio de 1992, la República Argentina aprobó el **Convenio sobre la Diversidad Biológica por Ley 24.375** de septiembre de 1994, publicada en el Boletín Oficial el 6 de enero de 1994¹³⁶. En el Preámbulo de dicho documento las partes contratantes observan que es vital prever, prevenir y atacar en su fuente las causas de reducción o pérdida de la diversidad biológica. También que **cuando exista una amenaza de reducción o pérdida sustancial de la diversidad biológica no debe alegarse la falta de pruebas científicas inequívocas como razón para aplazar las medidas encaminadas a evitar o reducir al mínimo esa amenaza.**

Por último, de acuerdo a lo establecido en el artículo 19 de este Convenio de Diversidad Biológica, la Conferencia de partes designó un Grupo Especial para elaborar un Protocolo de Bioseguridad. Luego de varios años de debate, se redactó el **“Protocolo sobre Bioseguridad de Cartagena”**, aprobado el 29 de enero de 2000 en Montreal. Este Protocolo introduce en forma expresa el principio de precaución en la temática de bioseguridad (artículo 1, y anexo III, metodología)¹³⁷.

8.2.- En la legislación brasileña

La República Federativa de Brasil, asimismo, ratificó la “Convención Marco de las Naciones sobre el Cambio Climático”, **por Decreto Legislativo N° 1, de 03/02/94, promulgado por Decreto N° 2.652, de 01.07.1998.** Y la “Convención sobre Diversidad Biológica”, **por decreto legislativo N° 2, de 03/02/94, promulgado por Decreto N° 2.519, de 16.03.1998.** Ambos, productos de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo, de 1992, las cuales enuncian expresamente, como vimos más arriba, el principio precautorio. En este sentido, se recuerda que se enuncia, como principio 15 de la Declaración de Río de Janeiro, adoptada por la Conferencia de la ONU de 1992¹³⁸.

En otro plano, se destaca que **la Ley N° 9.605, artículo 54** que dispone sobre el crimen de polución, ap. 3, determina que **“incurre en las mismas penas ... quién deje de adoptar cuando así lo exige la autoridad**

¹³⁵ DRNAS de CLÉMENT, Zlata – REY CARO, Ernesto J.- STICCA, María A.: “Codificación y comentario de normas internacionales ambientales, vigentes en la República Argentina y en el Mercosur”, p. 235, La Ley, 2001.

¹³⁶ BARBOSA, Julio: “La Convención de protección de la diversidad Biológica de las Naciones Unidas”, p. 45, en “Evolución reciente del derecho ambiental internacional”, A-Z Editora, 1993.

¹³⁷ LIVELLARA, Silvina Maria: “Análisis del Protocolo de Bioseguridad a propósito de su entrada en vigencia el pasado 11 de septiembre de 2003”, en El Dial, 22 de octubre 2003.

¹³⁸ CASAGRANDE NOGUEIRA, ob. cit., p. 288.

competente, medidas de precaución en caso de riesgo de daño ambiental grave e irreversible”.

También este principio ha sido invocado por algunos municipios para la aprobación de leyes que reglamentan la instalación de antenas de telefonía celular estableciendo entre otras medidas, distancias mínimas entre las Estaciones de Radio Base ERB, entendidas como una cuestión de salud pública, ya que su exceso en una misma área acarrearía a niveles de radiaciones electromagnéticas encima de los aceptados por la OMS¹³⁹.

8.3. En la legislación paraguaya

En la legislación paraguaya, el principio de precaución aparece mencionado en la Resolución N° 04/05 del Consejo Nacional del Ambiente por la cual se aprueba la Política Ambiental Nacional del Paraguay. Mas, habiendo aprobado el Convenio de Viena para la Protección de la Capa de Ozono y el Protocolo de Montreal de sustancias que agotan la Capa de Ozono de 1987, por Ley 61; la Declaración de las Naciones Unidas Río 92; el Convenio de Diversidad Biológica de 1992, por Ley 253; el Convenio de Cambio Climático de 1992, por ley 251; el Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología y, formando parte del MERCOSUR, que reconoce los Principios de Río 92, en el Acuerdo Marco del Medio Ambiente, resulta indiscutible que el principio precautorio tiene un lugar privilegiado en el ordenamiento jurídico de esta Nación.

8.4. Génesis y desarrollo del principio precautorio

La primera expresión del principio de precaución¹⁴⁰ **surgió en Alemania** en los años 70 con el “Vorsorgeprinzip”¹⁴¹ en el campo del derecho alemán del medio ambiente. En la misma década de los 70, el principio de precaución se extendió luego al Derecho internacional delineándose el mismo en la Conferencia de Estocolmo del Medio Ambiente de 1972.

En 1982, con la Convención sobre el Derecho del Mar se previó en su artículo 206 la protección y preservación del medio marino, debiendo el Estado evaluar los efectos potenciales de actividades que podrán implicar una polución

¹³⁹ ASAGRANDE NOGUEIRA, ob. cit., p. 288.

¹⁴⁰ TRIPELLI, Adriana: “El principio de precaución en la bioseguridad”, p. 283 y ss, III Encuentro de Colegios de Abogados sobre Temas de Derecho Agrario.

¹⁴¹ WALSH, Juan Rodrigo: “El ambiente y el Paradigma de la sustentabilidad”, p. 47, explica que el principio precautorio deriva del Vorsorgeprinzip, significando anticipación o previsión y la toma de recaudos previsión a la acción. En tal sentido abarca la noción de “mejores prácticas” en el manejo ambiental, aun ante la ausencia de riesgos. El principio también se utiliza en la actualidad para la fijación de estándares de emisión, por los cuales, por ejemplo, se insta a los industriales a adoptar la “mejor tecnología disponible”, con el fin de reducir los contaminantes en su fuente de generación. En obra colectiva: “Ambiente, Derecho y Sustentabilidad”, La Ley, 2000. Ver O’RIORDAN, timothy y JORDAN, Andrew, “The Precautionary Principe in Contemporary Environmental Values”, The White Horse Press, Cambridge Reino Unido, Vol. 4, N° 3, p. 193. LOPEZ, Hernán: “La regulación del desarrollo sustentable en el Derecho Internacional y el Derecho Comparado: el fin del Derecho Ambiental y el nacimiento del Derecho de la Sustentabilidad”, p. 480, capítulo 9, en obra colectiva *supra*.

importante o modificaciones considerables. Más adelante, en la **Segunda Conferencia Internacional relativa al Mar del Norte en 1987**, se adoptó una declaración reconociendo la necesidad de plasmar el principio precaución.

Posteriormente, el principio se fue afirmando en diversas conferencias internacionales: **la Convención sobre la protección y utilización de los cursos de agua transfronterizos y de lagos internacionales Helsinki, 1992; la Convención para la protección del medio marino del Atlántico Nor - Este, París, 1992**; el Acuerdo relativo a la conservación y gestión de stock de peces, Nueva York, de 1995; el Acuerdo para la aplicación de medidas sanitarias y fitosanitarias de Marrakech, de 1994; el Protocolo de Oslo, de 1994 en materia de polución atmosférica.

Aunque la primera Convención que lo plasmó en forma concreta y estableció a la vez un mecanismo para llevarlo a cabo, fue la Convención de **Bamako de 1991** relativa a la prohibición de importar desechos peligrosos y el control de movimientos transfronterizos de los mismos en África.

De lo expuesto vemos entonces que este principio surgió en el Derecho del Medio Ambiente -comprensiva de diversas cuestiones: la polución atmosférica¹⁴², conservación de la naturaleza¹⁴³, residuos¹⁴⁴, aguas

¹⁴² Protocolo de Montreal sobre sustancias que agotan la capa de ozono de 1987 (cfr. el párrafo 6° del Preámbulo, modificado en 1990) y el Convenio marco del Cambio Climático de 1992 (cfr. su Preámbulo y el art. 3,3), en los que se recomienda la adopción de “medidas precautorias”. FIGUEROA YÁNEZ. Gonzalo: “El principio de precaución frente a los viejos conceptos de la responsabilidad civil”, Asociación de Bioética i Pret, 15.12.2002, informa que: “se ha sostenido la Convención de Viena de 1985, sobre Protección de la Capa de Ozono, como la primera implementación del principio de precaución en el Derecho internacional”.- Vid. BOURG- Dominique – SCHLEGEL, Jean Louis, “Parer aux risques de demain – Le principe de précaution”, Editions du Seuil, Paris, 2000, p. 139- 141.

¹⁴³ SANZ LARRUGA, ob. cit. supra, enseña que: “Aunque cabe deducir la incorporación del “enfoque precautorio” en la “Carta Mundial de la Naturaleza” de 1982 (cfr. su párrafo 11 de la Declaración), la referencia al principio de precaución es explícita en otros textos posteriores. Así, por ejemplo, en el ámbito del “Convenio CITES” de 1973, la Resolución “Fort Lauderdale” de 1994 reconoce la virtualidad del principio de precaución, en los casos de incertidumbre, a la hora de determinar la lista de especies amenazadas.

¹⁴⁴ “Convención de Bamako” de 1991 sobre la prohibición de importación de residuos peligrosos y el control de sus movimientos transfronterizos en África, en cuyo texto dispositivo aparece expresamente formulado el principio de precaución (art. 4,3).

continentales¹⁴⁵ , se extendió posteriormente al Derecho del Mar¹⁴⁶ y de la pesca marítima¹⁴⁷ y, en los 90, a la problemática de biodiversidad¹⁴⁸.

Para ampliar véase el excelente trabajo de SANZ LARRUGA, Francisco Javier: “El principio de precaución en la jurisprudencia comunitaria”, Nº 1 – año 2002, de la Revista de Aranzadi de Derecho ambiental, ps. 117-131, a quien seguimos en nuestras notas de referencia, relativas al Derecho Internacional Ambiental Convencional.

8.5. En el derecho comparado

Sobre la idea de responsabilidad se fundan los cuatro principios en que el Tratado de Unión Europea fundamenta la acción de la Comunidad: la acción preventiva, la corrección como prioritaria ante las degradaciones o daños, el principio contaminación - pagador y el principio de precaución.

El artículo 174 del **Tratado de la Unión Europea**, en su apartado 2 reza: **“La política de la comunidad en el ámbito del medio ambiente tendrá como objetivo alcanzar un nivel de protección elevado, teniendo presente la diversidad de situaciones existentes en las distintas regiones de la Comunidad. Se basará en los principios de precaución y de acción preventiva, en el principio de corrección de los atentados al medio ambiente, preferentemente en la fuente misma y en el principio de que quien contamina paga”**.

Recurrimos una vez más, a SANZ LARRUGA, en esta dirección “se destaca de forma significativa, el **Derecho francés**, que lo introdujo por primera

¹⁴⁵ “Convención de Helsinki” de 1992 sobre protección y utilización de los cursos de agua transfronterizos y lagos internacionales, la “Convención de Sofía” de 1994 sobre la protección y utilización del Danubio, y la “Convención de Róterdam” de 1998 sobre la protección del Rin. En todos ellos el principio de precaución se propone como un mero principio inspirador.

¹⁴⁶ Tercera Conferencia Internacional sobre protección del Mar del Norte de la Haya en 1990 (cfr. su Preámbulo), que fuera precedida por la Declaración Ministerial de la Segunda Conferencia Internacional sobre Protección del Mar del Norte de 1987, donde se precisó que era necesario un planteamiento de precaución para proteger el citado Mar de los efectos potencialmente peligrosos de las sustancias más peligrosas (cfr. apartados VII y XVI.1). Además, “Convenio OSPAR” de 1992 sobre Protección del Medio Marino del Nordeste Atlántico (cfr. su artículo 2,2) -donde se vincula al concepto de prevención. También aparece en el Convenio sobre protección del medio marino en la zona del Mar Báltico (cfr. art. 3,2) y en el Convenio de Barcelona sobre protección del Mar Mediterráneo contra la contaminación marina, tras la reforma de 1995. En 1989, el Consejo del Programa de Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente adoptó la Decisión 15/27 en la que se recomendaba a todos los Gobiernos la adopción del principio de precaución en la lucha contra la contaminación marina.

¹⁴⁷ SANZ LARRUGA, ob. cit. supra, indica el Acuerdo de 4 de agosto de 1995, aplicativo de la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, relativo a la conservación y gestión de los stocks de pesca, en cuyo art. 6 consagra entre sus principios generales el “enfoque de precaución”. Cfr. el estudio promovido por la FAO: *L'approche de précaution appliquée aux pêches de capture et aux introductions d'espèces élaboré*, par la Consultation technique organisée par le Gouvernement suédois au Laboratoire des pêches de Lysekil, Roma, 1997.

¹⁴⁸ El “Convenio sobre Diversidad Biológica” de 1992, si bien no contempla, expresamente el principio de precaución, de su Preámbulo puede extraerse su enfoque inspirador; sin embargo, el “Protocolo de Bioseguridad” de 2000, relativo al transporte, manipulación y utilización de organismos vivos modificados genéticamente, confirmó la función clave del principio de precaución en su art. 10,6.

vez en la Ley nº 95-101, sobre el refuerzo de la protección del medio ambiente (la Ley “Barnier”)¹⁴⁹; también el “Código Rural” lo recoge en el art. 200-1; y más recientemente, se ha incorporado al “Código del Medio Ambiente”, en su art. 110-1. También, **la República Federal de Alemania**, con una larga tradición jurídica en este principio, lo ha consagrado en varias normas ambientales¹⁵⁰. En la órbita del derecho anglosajón destaca el ordenamiento de **Australia** que ha incorporado recientemente a su legislación sobre biotecnología y biodiversidad el principio de precaución¹⁵¹. También, ha sido recibido en el ordenamiento de **Canadá**¹⁵² y **Nueva Zelanda**¹⁵³. Por el contrario, **Estados Unidos**, pese a que numerosos autores han defendido la aplicación práctica del principio, no lo recoge explícitamente en su legislación”¹⁵⁴.

8.6. Doctrina europea

La notable jurista francesa Geneviève VINEY¹⁵⁵, destaca que **“la teoría del riesgo creado ya aporta por el momento la protección necesaria para las víctimas de daños en el campo civil, aun cuando ello no obste a que en el futuro pueda acentuarse la necesidad de brindar una protección aún mayor, admitiendo la responsabilidad aún en supuestos de riesgos potenciales”**. El principio precautorio, sostiene esta autora, **“es la actitud que debe observar toda persona que toma una decisión concerniente a una actividad de la que se puede razonablemente esperar un daño grave para la salud o la seguridad de las generaciones actuales o futuras, o para el medio ambiente**. Se impone especialmente a los poderes públicos, que deben hacer prevalecer los imperativos de salud y seguridad por encima de la libertad de intercambios entre particulares y entre Estados”.

Este principio ordena tomar todas las medidas que permitan, en base a un costo económico y social aceptable, detectar y evaluar el riesgo, reducirlo a un nivel aceptable y si es posible, eliminarlo. Al mismo tiempo, obliga a informar a las personas implicadas acerca del riesgo y de tener en cuenta sus sugerencias acerca de las medidas a adoptar. Este dispositivo de precaución

¹⁴⁹ Dispone que: “dependiendo de la incertidumbre, teniendo en cuenta los conocimientos científicos y técnicos del momento, no se debe retrasar la adopción de medidas efectivas y proporcionadas dirigidas a prevenir un riesgo de daños graves e irreversibles al medio ambiente con un costo económicamente aceptable”.

¹⁵⁰ Así por ejemplo, la Ley de 15 de julio de 1985, sobre la energía nuclear, la Ley de 14 de mayo de 1990, relativa a la protección contra las emisiones nocivas sobre el medio ambiente.

¹⁵¹ Apartados 4 (aa) de la “Gene Technology Act” de 2000 y 391 de la “Environment Protection and Biodiversity Conservation Act” de 1999.

¹⁵² A través de la “Canadian Environmental Protection Act” de 1999.

¹⁵³ Recogido en la “Hazardous Substances and new Organisms Act” de 1996 y la “Fisheries Act” de 1996.

¹⁵⁴ FULLEM, G.D.: “The precautionary principle: environmental protection in the face of scientific uncertainty”, en *Willamette Law Review*, 31 (1995), pp. 495 y ss.; y CROSS, F.B.: “Paradoxical perils of the precautionary principle”, en *Washington & Lee Law Review*, 53 (1996), p. 851 y ss.

¹⁵⁵ VINEY, Geneviève, “Le principe de précaution. Le point de vue d’un juriste”, p. 70, *Les Petites Affiches*, 30/11/2000. Además puede verse esta misma definición en KOURILSKY, Philippe – VINEY, Geneviève : « Le principe de précaution – Rapport au Premier Ministre, 15.10.1999, Edition Odile Jacob, París, 2000, p. 81.

debe ser proporcionado a la gravedad del riesgo y debe ser en todo momento reversible.

Dominique BOURG – Jean – Louis SCHLEGEL¹⁵⁶, prefieren resaltar sus elementos: **la magnitud de los daños potenciales que producirá la actividad que se emprenderá, y la incertidumbre de un riesgo nuevo, sin experiencia científica previa**

Resumiendo, el jurista español, Francisco Javier SANZ LARRUGA¹⁵⁷, nos advierte que: **“Pese al generalizado reconocimiento del principio de precaución en muchos instrumentos normativos internacionales, existe – como señala DE SADELEER¹⁵⁸– una notable incertidumbre acerca de su estatuto jurídico y verdadero alcance normativo. Aunque en la mayor parte de los supuestos el principio de precaución presenta un valor meramente interpretativo o inspirador**, según el mismo autor, “deberá (...) examinarse, caso por caso, si los términos empleados para describir el principio son suficientemente prescriptivos para decidir si es susceptible de aplicarse directamente con respecto a los Estados sin la interposición de eventuales normas de ejecución”¹⁵⁹. En cualquier caso, las jurisdicciones internacionales se han mostrado hasta el momento muy cautelosas en cuanto al valor consuetudinario del principio de precaución, negando su aplicación directa y autónoma¹⁶⁰.

8.7. Doctrina argentina

En materia de derecho de daños, Atilio ALTERINI, hace tiempo atrás, señalaba que **“Es evidente que la teoría de la responsabilidad civil en su significado de Derecho de Daños** (como por ejemplo lo emplea Santos Briz) o de Accident Law (como por ejemplo lo utiliza Calabresi) y asimismo en el que involucra las virtualidades del incumplimiento contractual, **están en franca**

¹⁵⁶ BOURG, Dominique – SCHLEGEL, Jean – Louis: Parer aux risques de demain – Le principe de précaution, Editon du Seuil, paris, 200, p. 145- 146.

¹⁵⁷ Véase el enjundioso trabajo del Profesor Titular de Derecho Administrativo titular del Módulo Jean Monnet de Derecho Ambiental Universidad de La Coruña, SANZ LARRUGA, Francisco J., “El principio de precaución en la jurisprudencia comunitaria”, Revista Aranzadi de Derecho Ambiental, N° 1, 2002-1, p. 117- 131.

¹⁵⁸ DE SADELEER: “Reflexiones sobre el estatuto jurídico del principio de precaución”, en Revista de Derecho Ambiental, n° 25 (2000), pp. 9-38. ídem. Les principes du pollueur-payeur, de prévention et de précaution. Essai sur la genèse et la portée juridique de quelques principes du droit de l’environnement, Bruylant, Bruxelles, 1999.

¹⁵⁹ “Reflexiones sobre el estatuto jurídico...”, ob. cit. p. 19.

¹⁶⁰ Por una parte, el “Tribunal Internacional de Justicia”, en los asuntos de los ensayos nucleares franceses de 1992 (caso “Nueva Zelanda c. Francia” de 22 de septiembre de 1995) y del proyecto “Gabcikovo-Nagyramos” en el Danubio (caso “Hungria c. Eslovaquia” de 25 de septiembre de 1997), ha evitado pronunciarse sobre la aplicación del principio. De otra parte, las jurisdicciones de la “organización Mundial del Comercio”, en varios litigios -los asuntos de 1998: “Comunidades Europeas-Medidas que afectan a la carne y los productos cárnicos”, “Australia-Medidas que afectan a la importación de salmón” y “Japón-Medidas que afectan a productos agrícolas”-, aun reconociendo la emergencia del “enfoque o principio de precaución”, no admiten todavía su valor consuetudinario de Derecho Internacional. Cft., al respecto, el trabajo ya citado DE SADELEER: “Reflexiones sobre el estatuto jurídico...”, ps. 19-21.

transformación. Interesa pues encontrar directivas orientadoras del sentido de esos cambios. En poco más de un siglo irrumpió la sociedad industrial que trajo como secuela el maquinismo, el urbanismo y desembocó en la sociedad postindustrial (Belt) o con otras denominaciones –superindustrial (Toffler) o neointindustrial (Valaskakis). En ese entorno las posibilidades de sufrir daños se incrementaron enormemente”¹⁶¹.

Augusto M. MORELLO, dice que el derecho ambiental, “el otro y orteguiano”, supone indisolublemente el derecho a la vida, a la salud, implica una gran aproximación de lo privado a lo público, o dicho de otra manera, “la vida privada se tiñe de pública”. **De lo expuesto surgen claramente los grandes desafíos que plantea la compleja -pero al mismo tiempo angustiante y vital- problemática ambiental: 1) en cuanto atañe a la plenitud de la vida, la lucha frontal contra el riesgo o peligro a la incolumidad ambiental; 2) saber encontrar un nuevo punto de equilibrio que recomponga la unidad sustancial- procesal, todo ello bajo la letra y el espíritu de la Constitución Nacional Argentina, que a partir de la reforma, consagra con privilegiado ropaje tuitivo, estos derechos de tercera y cuarta generación. Ello requiere de una nueva cultura jurídica. De un golpe de timón con la transfiguración de principios y estándares. Priorizando “respuestas vivas a los problemas de hoy”¹⁶².**

Hemos señalado, en forma conjunta con Isidoro GOLDENBERG¹⁶³ en una nota anterior, que **a los reparos que pueden esgrimirse contra la recepción del principio que nos ocupa, cabe replicar que se trata de un nuevo fundamento de la responsabilidad civil sustentado en la función preventiva a fin de neutralizar amenazantes riesgos de daños. Así el principio de precaución, precautorio o de cautela, en tanto incrementa fuertemente el deber de diligencia, instaura una nueva dimensión tutelar en el instituto de la responsabilidad civil: el aseguramiento de riesgos que pueden ocasionar efectos calamitosos.**

Es que como bien lo señala, con gran lucidez, Salvador BERGEL¹⁶⁴: **“En materia de responsabilidad en general, se ha operado una profunda evolución relacionada con los cambios en los riesgos. En el Siglo XIX se la vincula al concepto de falta de previsión; en la primera mitad del siglo XX, lo que prevalece es la previsión de tipo universal, vinculándose los riesgos con estadísticas y probabilidades; es a partir de la segunda mitad de dicho siglo XX, con la aparición de los “megapeligros tecnológicos” y el denominado “riesgo global”, derivados, por ejemplo de la energía atómica y más recientemente de la ingeniería genética, que la prevención**

¹⁶¹ ALTERINI, Atilio A.: “Contornos actuales de la responsabilidad civil”, p. 15, Cap. XI: “La sociedad industrial y post industrial. Incremento de las causas de daños potenciales”, Editorial Abeledo- Perrot, 1987.

¹⁶² MORELLO, Augusto M. “El desafío en nuestros tiempos desde la perspectiva de la protección del medio ambiente”, en Revista Jurisprudencia Provincial, p. 521, Rubinzal- Culzoni, 1995.

¹⁶³ GOLDENBERG, Isidoro H.- CAFFERATTA, Néstor A. “El principio de precaución”, Jurisprudencia Argentina, 2002-IV, fascículo n. 6.

¹⁶⁴ BERGEL, Salvador, Cátedra de Bioética de la UNESCO: “Las variedades transgénicas y el principio de precaución”, Comunicación en Seminario internacional “Biotecnología y Sociedad”, desarrollado los días 16 y 17/11/1999 en Facultad de Derecho de la UNBA.

ya no es suficiente, ya que nos encontramos frente a una incertidumbre, dudas fundadas sobre el daño que se puede provocar". Es así que concluye, el principio de precaución parte de la necesidad de establecer un cambio de percepción en cuanto al riesgo e implica actuar, aún en ausencia de evidencias científicas concretas, cuando razonablemente se estima que existe la posibilidad de un daño grave e irreversible

En ese sentido, Felipe GONZALEZ ARZAC¹⁶⁵ enseña que "en un importante trabajo publicado en 1995 por la revista "Droit et Société", el profesor de la Universidad de San Luis (Bruselas) y Director del CEDRE (Centre d' étude du Droit de l' environnement) Francois OST, **ha descrito al Derecho Ambiental como un laberinto, en donde la falta de efectividad es el Minotauro (monstruo devorador) y el hilo de Ariadna (arma con que Teseo derrotó a aquél) es la responsabilidad**". En este mismo trabajo, distingue: a) la responsabilidad – sanción de la falta, civil o penal, que satisface una exigencia ética, b) la responsabilidad como cobertura del riesgo que, con independencia de la falta y la culpa, mira hacia la reparación de la víctima; c) la responsabilidad como prevención, que es el fundamento del principio de precaución; d) la responsabilidad - participación, que conduce a asegurar el reconocimiento de los derechos de información, concertación y de defensa de los derechos de incidencia colectiva".

8.8. Elementos del principio precautorio

Luis FACCIANO¹⁶⁶, sostiene que **"tres son los elementos que caracterizan al principio de precaución: a) la incertidumbre científica: principal característica de este principio que lo diferencia del de prevención; b) evaluación del riesgo de producción de un daño: se presenta aquí una situación paradójica, ya que se debe evaluar la posibilidad de la producción de efectos nocivos tal vez desconocidos; c) el nivel de gravedad del daño: el daño debe ser grave e irreversible y sólo en este caso juega el principio de precaución. La hipótesis de precaución nos pone en presencia de un riesgo no mensurable, es decir, no evaluable"**.

En coincidencia, Roberto ANDORNO¹⁶⁷ predica que "teniendo en cuenta las normas nacionales e internacionales, pueden desde ya esbozarse tres requisitos: **1. Situación de incertidumbre acerca del riesgo. 2. Evaluación científica del riesgo. 3. Perspectiva de un daño grave e irreversible.** Además de las tres condiciones esenciales mencionadas, el principio de precaución aparece habitualmente integrado por otros elementos, que podríamos calificar de "accesorios", y que contribuyen a definir su perfil". A saber: proporcionalidad; transparencia; carga de la prueba.

¹⁶⁵ GONZALEZ ARZAC, Felipe, en su artículo "Consideraciones sobre la responsabilidad por daño ambiental", p. 71, en Agenda de Discusión sobre la Reglamentación del Artículo 41 de la Constitución Nacional. Presupuestos mínimos. Normas complementarias. Períodos de transición. Debates, CEADS, publicado en Julio de 2000.

¹⁶⁶ FACCIANO, Luis, ob. cit., p. 247 y ss.

¹⁶⁷ ANDORNO, Roberto, ob. cit., Revista Jurídica Argentina La Ley, 18/07/2002.

“Uno de ellos es la exigencia de proporcionalidad, que hace referencia al costo económico-social de las medidas a adoptar. Según esta exigencia, tales medidas deben ser soportables para la sociedad que debe asumirlas. No cualquier magnitud de riesgo potencial justifica cualquier medida de precaución, en especial si esta última supone una carga importante para la sociedad, por ejemplo, por implicar la pérdida de un gran número de puestos de trabajo. Otra exigencia del criterio de precaución es la transparencia en la difusión de los riesgos potenciales de ciertos productos o actividades, así como en la toma de decisiones por parte de las autoridades. No es justo que en una sociedad democrática las industrias oculten información acerca de los riesgos potenciales de los productos que lanzan al mercado”.

“En lo concerniente a la carga de la prueba, el principio de precaución autoriza al legislador a disponer en algunos casos de su inversión, obligando a quien desarrolla productos o actividades potencialmente dañosas a acreditar, en la medida de lo posible, que éstos no traen aparejado riesgos desproporcionados al público o al medio ambiente. En ese sentido, la Comisión de la Unión Europea, en una Comunicación del 2 de febrero del 2000¹⁶⁸ sobre las condiciones de aplicación del principio de precaución,

¹⁶⁸ SANZ LARRUGA, Francisco J., ob. cit. dice que el documento parte de la sensibilización de la opinión pública, experimentada en los últimos años, respecto a los riesgos a los que está potencialmente expuesta la población o su medio ambiente, y ante la controversia suscitada en cuanto a la aplicación del principio de precaución por parte de los responsables políticos, tratando de buscar un equilibrio al dilema al que se enfrentan constantemente, de una parte “la libertad y los derechos de los individuos, de la industria y de las empresas” y, de otra, “la necesidad de reducir el riesgo de efectos adversos para el medio ambiente y la salud humana, animal o vegetal”. Reconoce que, en la práctica, su ámbito de aplicación es más extenso que la propia política de protección ambiental e interviene “en los casos específicos en los que los datos científicos son insuficientes, no concluyentes o inciertos, pero en los que la evaluación científica preliminar objetiva hace sospechar de que existen motivos razonables para temer que los efectos potencialmente peligrosos para el medio ambiente y la salud humana, animal o vegetal pudieran ser incompatibles con el alto nivel de protección elegido por la Comunidad” (p. 2 y 10). Pasa a analizar los “Componentes del principio de precaución” (apartado 5) en el que describe: 1º.- los “factores que desencadenan el recurso al principio de precaución”, que puede resumirse en la “hipótesis de riesgo potencial” cuyos presupuestos son: “la identificación de efectos potencialmente peligrosos que se derivan de un fenómeno, de un producto o de un proceso”, y “una evaluación de riesgos que, debido a la insuficiencia de los datos, a su carácter no concluyente o a su imprecisión, no permite determinar con una certeza suficiente el riesgo en cuestión” (p. 15). 2º.- las “medidas que se derivan del recurso al principio de precaución”, que pueden concretarse en “la decisión de actuar o de no actuar”^[45], una decisión que es “política” y que “está en función del nivel de riesgo “aceptable” para la sociedad que debe aceptar el riesgo”.- El apartado más importante de la Comunicación es el 6º, donde se contienen las “Directrices para el recurso al principio de precaución”. En el supuesto de que los responsables políticos lleguen a la conclusión de que, tras una evaluación científica “lo más objetiva y completa posible” –realizada por expertos- existe un riesgo para el medio ambiente o para la salud y que la inacción puede traer graves consecuencias, habrán de adoptar la medidas adecuadas. Para ello se recomienda un procedimiento de toma de decisiones -y para el “estudio de las diferentes opciones de gestión de riesgo que puedan prevenirse”-, basado en los principios de transparencia y participación. Seguidamente se recogen todos los principios generales de aplicación a la gestión de riesgos: 1º.- La “proporcionalidad”: “las medidas deberían ser proporcionales al nivel de protección elegido” (p. 19). Así, por ejemplo, es contrario a este principio pretender alcanzar un nivel de riesgo cero, que raramente existe. Pero si resulta proporcionado tener en cuenta los efectos potenciales a largo plazo. 2º.- la “no discriminación”: es decir, “que las situaciones comparables no sean tratadas de forma diferente, y que las situaciones diferentes no se traten del mismo modo” (p. 19). 3º.- la “coherencia”, lo cual implica que “las medidas deben ser coherentes con las medidas similares ya adoptadas en circunstancias parecidas o utilizando planteamientos similares” (p. 19). 4º.- el “análisis de las ventajas y los inconvenientes que se derivan de la acción a la falta de acción”,

ha aclarado que no propugna la inversión de la carga de la prueba como regla general, sino que la prevé como una posibilidad que deberá examinarse caso por caso”.

Es que como dijo Aída KEMELMAJER DE CARLUCCI¹⁶⁹ **“El principio de precaución se aplica en todo aquello que supone resguardar derechos humanos y privilegia la hipótesis de que suceda lo peor, un daño irreversible, aún en un plazo muy largo”.**

8.9. En la doctrina brasileña

Antonio BENJAMÍN¹⁷⁰, apunta que **“La necesidad de una tutela de anticipación, se impone de este modo, considerando la amenaza de que acaezcan daños graves e irreversibles cuya secuelas pueden propagarse en el espacio a través del tiempo.** La falta de certeza científica acerca de la etiología de determinados procesos medioambientales y de los alcances de muchas relaciones ecológicas básicas contribuye a acentuar las dudas sobre el encuadramiento legal del ambiente como preciado bien jurídico. **El deber de precaución obliga a tener en cuenta la probabilidad de importantes daños en la biosfera, situación que determina la exigencia de un mayor celo y cuidado** ante la fundada sospecha de que se encuentre comprometida la integridad del medioambiente”.

“La transición del paradigma de la reparación para la prevención, todavía se muestra insuficiente. Es necesario, entonces, entrar en un estadio de mayor sofisticación (y efectividad), pasar a la actuación de precaución. El principio de precaución responde a la siguiente pregunta: Dada la incerteza científica sobre la peligrosidad ambiental de una actividad, ¿Quién tiene la carga de probar su ofensividad o inofensividad? ¿El proponente del proyecto o el órgano público, en otras palabras, sospechando que la actividad traiga riesgo al ambiente ¿Debe el poder Público asumir el prior de prohibirla (o regularla, imponiéndole patrones de seguridad riguroso), o diversamente debe la intervención pública ocurrir solamente cuando el potencial ofensivo haya sido claramente demostrado por el órgano

que puede incluir un análisis económico coste/beneficio “cuando sea conveniente y realizable” si bien el mismo documento recuerda la doctrina jurisprudencial del Tribunal de Justicia según la cual las exigencias ligadas a la protección de la salud deberían tener mayor peso que las consideraciones económicas. 5º.- la “sujeción a revisión” de las medidas a la luz de los nuevos datos científicos, lo cual implica que las medidas adoptadas “deberán tener un carácter provisional” (p. 20). Por último, en cuanto a la importante cuestión de la “carga de la prueba”, las medidas de precaución deben ser capaces de designar a quién incumbe aportar las pruebas científicas necesarias para una evaluación del riesgo más completa. La Comunicación se muestra partidaria de la inversión de la carga de la prueba sobre el productor, fabricante o el importador como en el supuesto previsto por algunas normas comunitarias a las que se aplica el principio de “autorización previa” antes de la comercialización de ciertos productos, aunque, fuera de este caso, recomienda que tal obligación no se prevea con carácter general. Finalmente, en las Conclusiones del “Consejo Europeo de Niza” de diciembre de 2000 se incorpora en su Anexo III una “Resolución del Consejo sobre el principio de cautela”.

¹⁶⁹ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída: “Determinación de la filiación del clonado”, Jurisprudencia Argentina, 2001 - IV, fascículo n. 12.

¹⁷⁰ BENJAMÍN, Antonio E. “Derechos de la naturaleza”, p. 31 y ss., en la obra colectiva: “Obligaciones y Contratos en los albores del siglo XXI, 2001, Abeledo- Perrot.

regulador o por los representantes no gubernamentales de intereses ambientales, amparados en un raciocinio de probabilidades o, en los términos del derecho civil codificado, en el régimen de previsibilidad adecuada?”.

Para BENJAMÍN el principio es de tipo estructural: **“La precaución distingue el derecho ambiental de otras disciplinas tradicionales**, que en el pasado sirvieron para lidiar con la degradación del medio ambiente – especialmente el derecho penal (responsabilidad penal) y el derecho civil (responsabilidad civil), porque estas tienen como prerrequisitos fundamentales certeza y previsibilidad, exactamente dos de los obstáculos de la norma ambiental, como la precaución procura apartar”. **“De otro lado se inaugura una nueva fase para el propio derecho ambiental. Así ya no cabe a los titulares de derechos ambientales probar los efectos negativos (ofensividad) de emprendimientos llevados a la apreciación del bien público, como es en el caso de instrumentos afiliados al régimen de simple prevención**, por ej., el estudio de impacto ambiental, por razones varias que no podemos aquí analizar (la disponibilidad de informaciones, cubiertas por secretos industrial es apenas una de ellas), **se impone a los degradadores potenciales la carga de probar la inofensividad de la actividad propuesta”**.

En conclusión, **“En nuestro prisma, la precaución es el motor del cambio radical que el tratamiento de actividades potencialmente degradadoras viene sufriendo en los últimos años**. Afirmando la tesis – inclusive en el plano constitucional- de que hay un deber genérico y abstracto de no degradar el medio ambiente, se invierte, en el campo de esas actividades el régimen jurídico de ilicitud, ya que en las nuevas bases estas se presumen hasta que se pruebe lo contrario”.

Para el magistrado brasileño Álvaro Luis Valery MIRRA¹⁷¹ **“la implementación del principio precautorio debe ser privilegiada a la prevención de riesgos** de ocurrencia de daños graves e irreversibles, mismo ante la incertidumbre científica que pueda existir en lo tocante a los efectos nocivos de las conductas o actividades cuestionadas sobre el medio ambiente. **La consagración del principio precautorio lleva a la adopción de un enfoque de prudencia y vigilancia en la aplicación del derecho ambiental** en conductas y actividades efectiva o potencialmente lesivas para el medio en detrimento del enfoque de tolerancia”.

El histórico ambientalista Paulo A. LEMME MACHADO¹⁷² sostiene que en caso de certeza de daño ambiental, debe ser prevenido como lo preconiza el principio de prevención; pero en caso de duda o incerteza, también debe ser prevenido. Esta es la gran innovación del principio de precaución. La duda científica, expresada con argumentos razonables, no dispensa la prevención. No es necesario que se tenga prueba científica absoluta de que ocurrirá el

¹⁷¹ MIRRA, Álvaro L. Valery: “Derecho ambiental brasileño: el principio de precaución y su aplicación judicial”, p. 65, Lexis Nexis Jurisprudencia Argentina, 17 de septiembre 2003, Jurisprudencia Argentina, 2003-III, fascículo n° 12.

¹⁷² LEMME MACHADO, Paulo A.: “Estudios de Derecho Ambiental”, p. 37, Malheiros, San Pablo, 1994.

daño ambiental, bastando el riesgo de que el daño pueda ser grave e irreversible, para que no se deje de disponer medidas efectivas de protección ambiental. A su turno, Cristiani DERANI¹⁷³ dice que el principio de precaución está ligado a los conceptos de la aparición de peligro y seguridad de las generaciones futuras, como también de sustentabilidad ambiental de las actividades humanas. Así se procura prevenir no sólo la ocurrencia de daños al medio ambiente, como asimismo y más específicamente, el propio peligro de ocurrencia de daños. Por la precaución se protege contra los riesgos.

Por último, cabe agregar el significado de la palabra Precaución, que según Édís MILARÉ¹⁷⁴ es sustantivo de verbo precaverse (del latín prae= antes y cavere= tomar cuidado) y sugiere cuidados anticipados, cautela para que una actitud o acción no venga a resultar en efectos indeseables.

8. 10. Diferenciación con el principio de prevención

Así como el principio de prevención tiende a evitar un daño futuro pero cierto y mensurable, el principio de precaución introduce una óptica distinta: apunta a impedir la creación de un riesgo con efectos todavía desconocidos y por lo tanto imprevisibles. Opera en un ámbito signado por la incertidumbre.

No debe confundirse este principio con el de prevención¹⁷⁵. En efecto, la prevención es una conducta racional frente a un mal que la ciencia puede objetivar y mensurar, o sea que se mueve dentro de las certidumbres de la ciencia. La precaución -por el contrario- enfrenta a otra naturaleza de la incertidumbre: la incertidumbre de los saberes científicos en sí mismos.

En la doctrina argentina, Roberto ANDORNO¹⁷⁶ ha dicho con razón que “el principio de precaución funciona cuando la relación causal entre una determinada tecnología y el daño temido no ha sido aún científicamente comprobado de modo pleno. Esto es precisamente lo que marca la diferencia entre la “prevención” y la “precaución”.

También señaló que “en el caso de la prevención”, la peligrosidad de la cosa o de la actividad ya es bien conocida, y lo único que se ignora es si el daño va a producirse en un caso concreto. Un ejemplo típico de prevención está dado por las medidas dirigidas a evitar o reducir los perjuicios causados por automotores. En cambio, en el caso de la “precaución”, la incertidumbre recae sobre la peligrosidad misma de la cosa, porque los conocimientos científicos son todavía insuficientes para dar respuesta acabada al respecto. Dicho de otro modo, la prevención nos coloca ante el riesgo actual, mientras que en el supuesto de la precaución estamos ante un riesgo potencial”.

¹⁷³ DERANI, Cristiane: “Derecho Ambiental Económico”, p. 167, Max Limonad, San Pablo, 1997.

¹⁷⁴ MILARÉ, Edis: “Principios fundamentales de derecho del ambiente”, en Revista de Tribunales, vol. 756, p. 60, octubre 1998.

¹⁷⁵ EWALD, F. “Le retour du malin génie. Esquisse d’une philosophie de la précaution, en BERGEL, S., ob. cit.

¹⁷⁶ ANDORNO, Roberto: “El Principio de Precaución: un nuevo estándar jurídico en la Era Tecnológica”, Revista Jurídica Argentina La Ley, 18/07/2002.

Profundizando esta noción, LEITE y AYALA, establecen una distinción entre riesgo y peligro esencial para entender el círculo de aplicación propio de cada principio (de precaución / de prevención). Esclarecen que no hay dudas en que en estas especies de principios, está presente el elemento riesgo, más sobre configuraciones diferenciadas. El principio de prevención se da en relación al peligro concreto, en cuanto a que se trata del principio de precaución, la prevención está dirigida al peligro abstracto¹⁷⁷.

En ese sentido, KOURILSKY y VINEY, explican que el **peligro** es el perjuicio que amenaza o compromete la seguridad, la existencia, de una persona o de una cosa, en tanto que el **riesgo** es un peligro eventual más o menos previsible. **La distinción de un peligro potencial (hipotético o incierto) y riesgo confirmado (conocido, cierto, probado) funda la distinción paralela entre precaución y prevención**¹⁷⁸

8.11. Ejercicio activo de la duda

Luis FACCIANO¹⁷⁹ enseña que **“El principio de precaución implica un cambio en la lógica jurídica. Con razón se ha dicho que este demanda un ejercicio activo de la duda. La lógica de la precaución no mira al riesgo sino que se amplía a la incertidumbre, es decir, aquello que se puede temer sin poder ser evaluado en forma absoluta.** La incertidumbre no exonera de responsabilidad; al contrario, ella la refuerza al crear un deber de prudencia”.

Se ha dicho con acierto **que hallar una definición precisa del principio precautorio se vuelve una tarea compleja; es que su definición, remite inmediatamente a la noción incierta per se de incertidumbre científica.** O, en otras palabras, el principio precautorio plantea a su respecto un presupuesto de incertidumbre, en relación al cual convendría esta particularmente atento, aunque sea mediante la abstención¹⁸⁰. Así en un Encuentro científico se concluyó que: **“Cuando una actividad amenaza con dañar a la salud humana o al medio ambiente, deben adoptarse las pertinentes medidas precautorias, aun cuando todavía no se hayan**

¹⁷⁷ LEITE, José Ruben Morato y AYALA, Patryck de Araujo: “Derecho ambiental en la sociedad de riesgo”, Río de Janeiro, Forense Universitaria, p. 58.

¹⁷⁸ KOURILSKY, Philippe - VINEY, Geneviève: “Le principe de précaution”, Rapport au Premier Ministre, París, La Documentation Française, 2000, p. 151.

¹⁷⁹ FACCIANO, Luis A. “La Agricultura Transgénica y las regulaciones sobre bioseguridad en la Argentina y en el orden internacional. Protocolo de Cartagena de 2000”, p. 247 y ss., en obra colectiva: “Tercer Encuentro de Colegios de Abogados sobre Temas de Derecho Agrario”, publicado por el Instituto de Derecho Agrario del Colegio de Abogados de Rosario, en febrero de 2001, con cita de LACOUNE, P. “La précaution un nouveau standard de jugement”, p. 131, en Esprit, 11/97, a su vez citado por BERGEL, S., “El principio precautorio y la transgénesis de las variedades vegetales”, versión preliminar, inédito.

¹⁸⁰ CANS, Chantal: “Le principe de précaution nouvel élément du contrôle de légalité », en Revue Française de Droit Administratif, n° 4, sirey, París, julio- agosto, traducido y publicado en Investigaciones, 1, 2000, p. 195 y ss, secretaria de Investigación del Derecho Comparado, Corte Suprema de Justicia de la Nación (Argentina).

establecido plenamente y de modo científico relaciones de causa-efecto”¹⁸¹.

Antonio BENJAMÍN, enfatiza que **el derecho ambiental se preocupa entre sus objetivos, por el reconocimiento científico y tecnológico: primero para entender los problemas ambientales; segundo, para ofrecer soluciones viables y eficientes. La duda científica es uno de los aspectos más inquietante del derecho ambiental.** ¿La sustancia X es segura? ¿La especie A desaparecerá o no?. La ciencia no responde a todas las preguntas que nos interesan desde el punto de vista del medio ambiente. Si no sabemos, mejor no asumir los riesgos, pues los perjuicios tienden frecuentemente, a ser irreversibles¹⁸².

La incertidumbre –si bien de amplísimo rango– prácticamente jamás llegará a desaparecer por completo y para siempre pues **“la incertidumbre es inherente a los problemas ambientales”**, como lo expresara el Banco Mundial en su informe 1992¹⁸³. Con razón los tribunales de USA han dicho que: **“Esperar certidumbre normalmente nos habilitará solamente a reaccionar y no para una regulación preventiva”¹⁸⁴.**

Es que como lo señala Elena HIGHTON¹⁸⁵, **“no hay cálculos científicos que demuestren que la exposición a una sustancia contaminante en una concentración determinada sea segura”**.

Por ello cabe reflexiones de Aníbal FALBO¹⁸⁶: Los grados, tipos y formas que presente la incertidumbre en cada caso ambiental serán de lo más variado: ¿Cuáles son los efectos tóxicos de un compuesto a corto, mediano y largo plazo?, ¿cuáles son los efectos acumulativos de un compuesto aun cuando se detecte en cantidades inferiores a las tóxicas?, ¿el hecho de que una concentración de contaminante aparezca como tolerable, garantiza que no produzcan efectos dañosos en el futuro?, ¿cómo responden distintos ambientes u organismos a iguales contaminantes, incluso a iguales concentraciones?, ¿cuál ha sido el foco emisor de una contaminación detectada?, ¿Ha habido un solo foco emisor?, ¿en qué medida ha contribuido cada distinto foco emisor de la contaminación?.

¹⁸¹ Declaración de Wingspread, ciudad de Racine, Estado de Wisconsin, enero de 1998, Encuentro Nacional de académicos y especialistas de derecho ambiental, convocado por Science and Environmental Health Network SEHN, de los Estados Unidos de América.

¹⁸² BENJAMÍN, Antonio Ermann: “Derechos de la naturaleza, p. 31 y s.s., en obra colectiva Obligaciones y Contratos en los albores del S.XXI, Abeledo Perrot, 2001. También véase del mismo autor “Objetivos del derecho ambiental”, p. 57 y s.s., ponencia del 5to. Congreso Internacional de Derecho Ambiental, “El futuro control de la polución y de la implementación de la regulación ambiental”, San Pablo, del 4 al 5 de junio de 2001. Imprenta Oficial del Estado.

¹⁸³ Banco Mundial: “Desarrollo y Medio Ambiente”, informe del año 1992, p. 40.

¹⁸⁴ in re Ethyl Corp v. EPA, 541 F. 2d. 1 D.C. Circ. 1976.

¹⁸⁵ HIGHTON, Elena: “Reparación y Prevención del Daño al Medio Ambiente ¿Conviene dañar? ¿Hay derecho a dañar?, p. 807, en obra colectiva, “Derecho de Daños”, parte 2º, Editorial La Rocca, 1993.

¹⁸⁶ FALBO, Aníbal J. “El rol del derecho ante la incertidumbre científica en los casos ambientales”, Jurisprudencia Argentina, 1995-IV, 976.

A estas cuestiones pueden agregarse otras tan complejas y ríspidas como las siguientes: ¿cuáles son los efectos de un compuesto tóxico presente en un ambiente previa y concomitantemente contaminado por otros compuestos tóxicos?, ¿cuáles serán los efectos en las generaciones actuales y venideras de concentraciones hoy tenidas como aceptables pero que mañana se descubran como perniciosas?, ¿qué hacer ante situaciones de riesgo o peligro potencial?, ¿en qué medida se ve disminuida la expectativa de vida y el bienestar de seres humanos afectados por contaminantes?, ¿cómo evaluar los daños potenciales, pero aún no presentes, de un contaminante en los organismos y el ambiente?, ¿en qué medida y gravedad afecta la aptitud vital estar expuesto a grados de contaminación por sobre los márgenes aceptados como seguros e, incluso, bajo dichos márgenes o estándares?, ¿existen márgenes aceptables (seguros) para cualquier tipo de organismo (enfermo o sano) y en cualquier circunstancia (niños, jóvenes, ancianos)?, entre muchas más.

Valen entonces las cavilaciones docentes del profesor Carlos María Romeo CASABONA¹⁸⁷ en el sentido que **“es dudoso que en la actual sociedad del riesgo puedan aceptarse sin más matices afirmaciones como la apuntada por Kiundäuser, cuando sostiene que “para la seguridad de ciertos ámbitos de la vida que están expuestos a grandes peligros deben prohibirse ciertas acciones en tanto no se haya demostrado su carácter inofensivo, pues su puesta en práctica comportaría la paralización de actividades de gran trascendencia económica que se vienen realizando en la actualidad sin excesivas oposiciones”.**

“En efecto, es evidente que el Derecho, no puede garantizar de modo absoluto la incolumidad de los bienes jurídicos ante cualquier forma de riesgo o de peligro para los mismos. El cumplimiento por parte de aquellos de su función social hace inevitable la aceptación de un cierto riesgo para los mismos, lo cual es conocido en la Dogmática penal como “riesgo permitido”. Pero, como se deduce de su propia descripción, el riesgo permitido apunta a un riesgo conocido, hasta cierto punto mensurable y previsible, lo que aboca como efecto a la prevención”.

“El dilema que surge ahora en la sociedad post industrial, del desarrollo biotecnológico y del impacto ambiental, consiste en despejar el interrogante de en qué medida es válido y aceptable aquel paradigma en relación con el riesgo ciertamente sospechado, pero no previsible, del riesgo no cuantificable o mensurable en sus dimensiones esenciales, del riesgo incierto por ser inciertos los soportes científicos que podrían identificarlo y describirlo”.

“Mientras que el Derecho tradicional de la prevención ha venido basándose inexcusablemente en la idea de la previsión o de la previsibilidad, esto es, en las certidumbres más o menos precisas, buscando la reducción de

¹⁸⁷ CASABONA, Carlos María Romeo: “Principio de Precaución, Biotecnología y Derecho Penal. Resumen”. Catedrático de Derecho Penal de la Universidad del País Vasco/ EHU Lejona. “Aportaciones del principio de precaución al Derecho Penal”, Separata del libro “modernas tendencias en la Ciencia del Derecho Penal y en la Criminología”, Universidad Nacional de Educación a distancia, Madrid, 2000, p. 88- 89.

los riesgos y su probabilidad, **la precaución se orienta hacia otra hipótesis, la de la incertidumbre: la incertidumbre de los saberes científicos**. Supone el tránsito del modelo de previsión (conocimiento del riesgo y de los nexos causales) al de incertidumbre del riesgo, al de incalculabilidad del daño y del posible nexo causal entre uno y otro, respecto a lo cual existe una presunción generalmente sustentada en cálculos estadísticos y en probabilidades. Ambos modelos confluyen, no obstante, en la prevención de un daño temido, que es el objetivo común”.

8. 12. Jurisprudencia en derecho comparado

Del Consejo de Estado francés¹⁸⁸:

“**Greenpeace c. Francia**”, el 25/09/1998, hizo lugar al reclamo de la asociación ecologista Greenpeace, para que se suspendiera la autorización del cultivo en Francia de tres especies de maíz transgénico, basándose explícitamente para ello, en el principio de precaución, con sustento normativo en el artículo 200-1 del Código Rural (texto según ley Barnier)¹⁸⁹.

“**Caso de la vaca loca**”, el 24/07/99 intervino a raíz del recurso contra un decreto del gobierno que prohibía la elaboración de alimento para bebés en base a ciertos tejidos o líquidos corporales de origen bovino que presentaban riesgos potenciales de transmisión del virus EEB (encefalopatía espongiforme bovina). El tribunal sostuvo la aplicabilidad del principio de precaución que se impone en materia de salud pública.

Del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (TJCE)¹⁹⁰

En primer lugar cabe destacar algunas **sentencias relativas a la aplicación de los preceptos sobre libre circulación de mercancías** (arts. 28 y 30 TCE) en las que se trataba la cuestión de si un Estado miembro podía, con base en los mismos, **prohibir por razones de protección de la salud la importación de ciertos productos alimenticios producidos o**

¹⁸⁸ ANDORNO, Roberto, ob. cit., Revista Jurídica Argentina La Ley, 18/07/2002. A su vez, SANZ LARRUGA, cita los casos resueltos por este órgano jurisdiccional en los siguientes asuntos: “Arrêt Rossi” de 4 de enero de 1995, donde el Consejo de Estado manifestó por primera vez su interés por la noción de precaución y que supuso la consagración del principio de precaución en la jurisprudencia administrativa francesa; el “Arrêt Greenpeace- France” de 25 de septiembre de 1998, que constituye el más revelador acerca de la voluntad del Consejo de conceder al principio de precaución un valor normativo (sobre el maíz transgénico); y el Arrêt de 28 de julio de 1999, sobre instalación de líneas de alta tensión.

¹⁸⁹ La Ley N° 95- 101, de 2 de febrero, sobre el refuerzo de la protección del medio ambiente, conocida como “Ley Barnier”, dispone que: “dependiendo de la incertidumbre, teniendo en cuenta los conocimientos científicos y técnicos del momento, no se debe retrasar la adopción de medidas efectivas y proporcionadas dirigidas a prevenir un riesgo de daños graves e irreversibles al medio ambiente con un costo económicamente aceptable. También el Código Rural lo recoge en el artículo 200-1 citado; y más recientemente, se ha incorporado al “Código del Medio Ambiente”, en su artículo 110-1.

¹⁹⁰ En general: PRIEUR, Michel: “La jurisprudencia ambiental del TJ de las Comunidades Europeas”, p. 166-179, en “Primeras Jornadas Nacionales de Derecho Ambiental”, 28 y 29 de noviembre de 2001, Comisión Nacional del Medio Ambiente y Centro de derecho Ambiental Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, LOM Ediciones, Junio 2003.

comercializados en otro Estado miembro debido a que, de acuerdo con los conocimientos científicos, contenían determinadas sustancias con riesgo para la salud¹⁹¹.

Al juzgar la razonabilidad de una norma comunitaria adoptada en 1993 que prohibió el empleo por parte de los barcos pesqueros, de redes de más de 2500 metros de largo¹⁹².

Asimismo, al examinar una medida adoptada en 1996 por la Comisión Europea, en virtud de la cual prohibió el ingreso de carne bovina proveniente de Gran Bretaña, a raíz de la crisis de la “vaca loca”¹⁹³.

¹⁹¹ Seguimos las enseñanzas de SANZ LARRUGA, ob. cit. supra: “Así, en la famosa Sentencia “Casis de Dijon” de 20 de febrero de 1979, el TJCE condicionaba la justificación de una medida nacional de prohibición a la importación de un producto a los conocimientos científicos y los informes de los órganos consultivos especializados para evaluar la existencia de riesgos para la salud, lo cual constituye en la actualidad –la evaluación científica de los riesgos- un presupuesto necesario para la aplicación del principio de precaución. Por otra parte, en la Sentencia “Heijn” de 19 de septiembre de 1984, el TJCE declaró la necesidad de revisar por parte de los Estados de importación los niveles máximos de protección (sobre plaguicidas) si los motivos que los justificaron habían sufrido alguna por el desarrollo científico. En este mismo sentido, en la Sentencia “Ley de la pureza de la cerveza” de 12 de marzo de 1987, el TJCE afirma que “... en la medida en que subsista la incertidumbre científica en el estado actual de la investigación científica, y a falta de armonización, son los Estados miembros quienes deciden en qué medida desean garantizar la protección de la salud y de la vida de las personas, teniendo en cuenta las exigencias de la libre circulación de mercancías dentro de la Comunidad” (FJ 40º), sin que, en este caso, sea contrario al Derecho comunitario el establecimiento por los Estados miembros de una legislación que someta a autorización previa en empleo de ciertas sustancias (cfr. su FJ 42), que actualmente es una medida típica de precaución (para los OGM, por ejemplo). Sin embargo, el TJCE ha insistido en que las prohibiciones de comercialización de productos, potencialmente peligrosos para la salud, debe basarse en el principio de proporcionalidad, que, como vimos, es otro principio recomendado por la Comisión en la aplicación del principio de precaución. En la Sentencia “Fedesa” de 13 de noviembre de 1990, el TJCE rechazó un recurso contra la decisión del Consejo de prohibir la utilización de determinadas sustancias de efecto hormonal y en el que se alegaba la violación del principio de seguridad jurídica y de la confianza legítima; el Tribunal confirmó la validez de dicha decisión en el legítimo ejercicio de las facultades discrecionales del Consejo, teniendo en cuenta la evolución científica y dando respuesta a la inquietud despertada en numerosas organizaciones de consumidores (cfr. FJ 9). Por consiguiente, la seguridad jurídica no debe impedir que la evaluación científica de los riesgos para la salud de un determinado producto haga derivar restricciones y prohibiciones para su comercialización; es por lo tanto un trasunto del carácter dinámico de la precaución”.

¹⁹² Cfr. SANZ LARRUGA, ob. cit.: En este pronunciamiento, Sentencia “Armand Mondiet” de 24 de noviembre de 1993, -que es, por cierto, la más invocada por la doctrina como precedente del principio de precaución- relativa a un recurso contra la prohibición de utilización de ciertas “redes de enmalle de deriva”, prevista en el Reglamento 345/92 sobre medidas técnicas de conservación de los recursos pesqueros, el TJCE dio la razón a la Comisión pese que ésta había actuado sin atenerse exclusivamente a los dictámenes científicos –que no eran concluyentes- y dentro de su legítima facultad de apreciación para adoptar las medidas indispensables para lograr los objetivos de la política común de la pesca (cfr. FJ 31 a 36).

¹⁹³ SANZ LARRUGA, Francisco Javier: “El principio de precaución en la jurisprudencia comunitaria”, Revista Aranzadi de Derecho Ambiental, año 2002- 1, p. 117- 131, explica que: “Finalmente, son de gran trascendencia para la interpretación del principio de precaución las primeras decisiones del TJCE y del TPI dictadas con ocasión de la llamada “crisis de las vacas locas”. En el marco de esta crisis, el Reino Unido solicitó ante el TJCE la anulación de la Decisión 96/239/CE de la Comisión relativa a determinadas medidas de emergencia contra la encefalopatía espongiforme bovina (EEB) y de algunos otros actos de la Comisión. La solicitud de la suspensión de la ejecución de la citada Decisión por las autoridades de dicho país fue denegada por el TJCE en su Auto de 12 de julio de 1996, por considerar que, a pesar de las dificultades de orden económico y social resultantes para el Reino Unido, debía reconocerse la importancia preponderante de la protección de la salud, teniendo en cuenta que el conocimiento científico de la enfermedad de Creutzfeldt-Jakob era todavía insuficiente. Por su parte, el

El 5 de mayo de 1998, el Tribunal dictó, conjuntamente, las sentencias sobre el fondo de estos asuntos, con los mismos fundamentos, reconociendo el valor normativo del principio de precaución: **“Cuando subsisten dudas sobre la existencia o alcance de riesgos para la salud de las personas, las instituciones pueden adoptar medidas de protección sin tener que esperar a que se demuestre plenamente la realidad y gravedad de tales riesgos”**.

Presidente del TPI denegó en el Auto de 13 de julio de 1996 la misma petición de suspensión de la Decisión 96/239/CE presentada por la National Farmers' Union y cuatro sociedades británicas del sector bovino, y en este Auto sentó una interesante doctrina jurisprudencial que se ha denominado “criterio del riesgo probable”. Tras aceptar que en este caso “no era posible emitir una estimación precisa del riesgo” (de transmisibilidad de la EEB) tampoco podía excluirse la existencia de dicho riesgo que, en todo caso, se estimaba como “probable”. Así, en el FJ 88 justificaba la adopción de medidas por la Comisión “...habida cuenta de las circunstancias del presente caso, que se caracterizan por la gravedad y amplitud del riesgo probable, la urgencia de la situación y la complejidad de la evaluación de sus múltiples aspectos, tanto sanitarios como económicos y sociales”, reconociendo además a la Comisión “una amplia facultad de apreciación para adoptar las medidas apropiadas y necesarias”. En definitiva, esta doctrina del “riesgo probable” se aproxima mucho al principio de precaución por cuanto que parte de una situación de incertidumbre científica y presume la existencia de riesgos graves ante los que no cabe esperar a adoptar medidas precautorias”.

“Todavía dentro de la problemática originada por la “crisis de la vacas locas”, el TJCE dictó en 1998 dos sentencias con idénticos argumentos jurídicos: la Sentencia “Reino Unido/Comisión” de 5 de mayo de 1998 y la Sentencia “National Farmers' Union” de 5 de mayo de 1998. Por primera vez se hace referencia en estas sentencias a los principios de cautela y de acción preventiva del art. 174,2 TCE. En la primera se desestimaba el recurso presentado por el Reino Unido que pretendía la anulación de la repetida Decisión 96/239/CE basándose en diversos argumentos impugnatorios como la vulneración del principio de proporcionalidad, la desviación de poder, la vulneración del principio de libertad de circulación de mercancías, etc. El TJCE rechazaba todos los argumentos de las autoridades británicas y, en particular, la alegación de falta de proporcionalidad estimando que la Comisión no había rebasado los límites de lo que resultaba apropiado y necesario para el logro de los objetivos comunitarios; ante la incertidumbre de los riesgos ocasionados por la “crisis de las vacas locas”, el Tribunal señalaba que debía admitirse que “cuando subsisten dudas sobre la existencia o alcance de los riesgos para la salud de las personas, las Instituciones pueden adoptar medidas de protección sin tener que esperar a que se demuestre plenamente la realidad y gravedad de tales riesgos” (FJ 99). Se contiene aquí una atinada descripción del supuesto de hecho del principio de precaución y además se reconoce la provisionalidad y el carácter transitorio de las medidas de referencia que habrán de revisarse, en su caso, de acuerdo al avance del desarrollo científico que pueda experimentarse”.

“También en relación al Derecho Ambiental, ha despertado particular interés la Sentencia “Greenpeace France” de 21 de marzo de 2000 que gira en torno al régimen jurídico de los polémicos “organismos genéticamente modificados” (OMG). El origen de esta sentencia trae causa de dos cuestiones prejudiciales planteadas, en diciembre de 1998, al TJCE por el Consejo de Estado Francés, que fueron suscitadas en el seno de un recurso de anulación interpuesto por la asociación ecologista “Greenpeace France” –al que se acumularon, con la misma pretensión, otros cuatro recursos interpuestos por otras asociaciones y particulares- contra una Orden del Ministerio de Agricultura y Pesca francés, en el que alegaba que ésta había sido adoptada con arreglo a un procedimiento irregular y que infringía el principio de precaución”. Para su conocimiento remitimos al trabajo de SANZ LARRUGA, ob. cit.

“La doctrina jurisprudencial de las anteriores sentencias de 5 de mayo de 1998 se vio confirmada ese mismo año por el TPI en su Sentencia “Bergaderm” del 16 de julio de 1998. En esta decisión el TPI rechazaba un recurso presentado por la empresa farmacéutica Bergaderm S.A. contra la decisión de la Comisión de prohibir la utilización de una sustancia (psoralenos) en la fabricación de cremas solares y productos bronceadores; se reconocía la diligencia de la Comisión en la fundamentación científica de la medida adoptada y se reproducía la formulación del supuesto de hecho para la aplicación del principio de precaución contenido en el FJ 99 de la Sentencia “Reino Unido/ Comisión” y el FJ 63 de la Sentencia “National Farmers' Union”.

De la Corte Internacional de Justicia¹⁹⁴

En los casos en los que se ha planteado el tema, ha evitado cuidadosamente pronunciarse.

“La Corte Internacional de Justicia, órgano internacional que al momento de juzgar un caso concreto tiene facultad para decidir si una práctica de los Estados constituye una norma de Derecho Internacional general o consuetudinaria, tuvo oportunidad de hacerlo en dos casos, pero sin embargo prefirió abstenerse. El primero de estos casos, fue el de Nueva Zelanda con Francia en 1995 (que pretendió reabrir el caso, con motivo de los ensayos nucleares de 1974, que se proyectaban repetir a partir de 1995). Según Nueva Zelanda, Francia, antes de llevar a cabo dichos ensayos, se veía obligada por el principio de precaución a realizar un estudio de impacto sobre el medio ambiente y demostrar que dicha actividad no provocaría daño alguno. Francia por su parte, manifestó que a pesar de no ser éste el tema fundamental del debate, cumplía con las últimas exigencias de Derecho Internacional en materia de prevención de daños al medio ambiente. Pero indudablemente, esta manifestación no implicaba admisión alguna sobre la inversión de la carga de la prueba ni sobre el alcance del principio de precaución; la Corte decidió que no debía reabrirse el caso pues los hechos invocados por Nueva Zelanda variaban del caso original de 1974...”.

“El segundo caso fue el de Gabčíkovo- Nagymaros (Hungría c/ Eslovaquia). Hungría invocó el principio de precaución para justificar el incumplimiento de un Tratado firmado en 1977 con Checoslovaquia, relativo a la construcción de esclusas sobre el río Danubio. En su planteo, el gobierno húngaro proponía combinar el principio de precaución con la obligación de no causar un daño al medio ambiente de otros países. Para ello, el Estado que se proponía llevar a cabo una actividad peligrosa tenía la obligación de demostrar que ésta no tendría efectos nocivos. Si así fuera, ese Estado debía modificar o abandonar el proyecto. Eslovaquia por su parte, estimó que Hungría no había probado que el principio de precaución formaba parte del Derecho Internacional y que, sólo demostró que era un principio rector. La Corte en su fallo, sólo hizo referencia al principio de prevención al decir que “la Corte no pierde de vista, en el campo de la protección al medio ambiente, la vigilancia y la prevención se imponen en virtud del carácter irreversible de los daños provocados al medio ambiente y de los límites de los mecanismos de reparación para este tipo de daños...”.

De la Organización Mundial de Comercio.

El órgano de apelación de la OMC en su decisión de 1998, se inclinó por la posición norteamericana, entendiendo que aún no había uniformidad de criterios para considerar al principio de precaución, como

¹⁹⁴ TRIPELLI, Adriana: “El principio de precaución en la bioseguridad”, p. 283 y ss, III Encuentro de Colegios de Abogados sobre Temas de Derecho Agrario.

una regla de derecho internacional, al menos fuera del derecho ambiental (Estados Unidos y Canadá contra la Unión Europea, a raíz de la decisión de esta última de prohibir el ingreso de carne bovina tratada con hormonas sintéticas, proveniente de América del Norte, sobre la base del principio de precaución).

8.13. La obligatoriedad del principio precautorio

El principio precautorio reviste vital importancia en la resolución de las causas ambientales.

Roberto ANDORNO¹⁹⁵, señala que **“en el marco de la reflexión acerca del principio de precaución, resulta pertinente acudir a la noción clásica de prudencia y, sobre todo, a la prudencia política, porque en el fondo, de lo que se trata con este principio es de la puesta en práctica de esta virtud”**.

Es que el principio precautorio está atado, en cuanto a la obligatoriedad en general de los principios, que al decir de DWORKIN, apuntan a que **“Cuando decimos que un determinado principio es un principio de nuestro derecho, lo que eso quiere decir, es que el principio es tal que los funcionarios deben tenerlo en cuenta si viene al caso como criterio que lo determine a inclinarse en uno u otro sentido”**.

Héctor SABELLI¹⁹⁶ ha dicho que **la juridicidad de los principios viene de su intrínseca razonabilidad**. A su vez, un filósofo del derecho, Renato RABBÍ BALDI CABANILLAS¹⁹⁷, destaca que **los operadores del derecho (jueces, legisladores, abogados), recurren constantemente a ellos por su capacidad para guiar racionalmente su actividad**. Al aplicar un principio jurídico a un caso, **el juez da vida a ese principio, da vida al derecho**, en el sentido afirmado por ZAMPAIO FERRAZ JR, TERCIO¹⁹⁸.

“El principio de precaución supone situaciones en las que el gobernante debe ejercer la prudencia a fin de tomar decisiones sobre determinados productos o actividades de los que se sospecha, con un cierto fundamento que son portadores de riesgo para la sociedad pero sin que se tenga a mano una prueba definitiva y contundente de tal riesgo. En tales supuestos, la autoridad debe hacer un esfuerzo de prudencia, es decir, de una adecuada apreciación de las circunstancias del caso, para lograr el equilibrio entre dos extremos: por un lado, el temor irracional ante lo novedoso por el sólo hecho de ser novedoso, y por el otro lado, una pasividad

¹⁹⁵ DWORKIN, Ronald, ob. cit., en nota 6, p. 77.

¹⁹⁶ SABELLI, Héctor, ob. cit., p. 26.

¹⁹⁷ RABBÍ BALDI CABANILLAS, Renato: “El derecho natural como núcleo de racionalidad de la realidad jurídica”, en Rabbi- Baldi Cabanillas, Renato (coord.), “Las razones del derecho natural”, 2000, Ed. Ábaco, p. 33 y 34.

¹⁹⁸ ZAMPAIO FERRAZ JR, Tercio: “O justo es o belo”, ponencia presentada en las XIV Jornadas Argentinas de Filosofía, jurídica y Social, Mar del Plata, Octubre 2000. De la doctrina del hermano país de Brasil, véase MIRRA, Álvaro Luiz: “Direito Ambiental brasileiro: O principio do precaução e sua aplicação judicial”, en Jurisprudencia Argentina, 2003-III-1286.

irresponsable ante prácticas o productos que pueden resultar gravemente nocivos para la salud pública o el medio ambiente”¹⁹⁹.

En ese sentido, los detractores del principio estiman que, como máximo, la precaución podría considerarse como un objetivo de carácter general, una directriz para el desarrollo de una política; pero que sería excesivo consagrarlos como un principio jurídico fundamental²⁰⁰.

LE TOURNEAU²⁰¹, en un trabajo publicado en la Argentina señala que se ha dicho que **“este principio conduce a considerar como culpable, no sólo a aquel que no ha adoptado las medidas de prevención del riesgo conocido o previsible, sino igualmente aquél que, en situación de incertidumbre o de duda, no haya sido adoptado un trámite de precaución**, consistente por ejemplo, en retardar la salida a la venta de un producto (MARTÍN, G.)²⁰².

El autor teme que “esta refundación” de la responsabilidad por culpa, tenga por corolario, a término, la exclusión de la responsabilidad objetiva. Este temor es injustificado: La reconstrucción del derecho de la responsabilidad debe operarse distinguiendo la necesaria garantía de las víctimas de daños corporales y la sanción, fuera de ese ámbito, de verdaderos comportamientos culposos. **Admitir el principio de precaución como un fundamento nuevo conduciría a serios trastornos, ¡una responsabilidad sin víctima, sin perjuicio y sin indemnización!** (MAZZEAU)²⁰³. Aunque no suscita desconfianza en sí, contiene “los gérmenes de litigios por venir fundados sobre una cuestión inédita para los decisores tanto públicos como privados”: “Cómo ha administrado Usted la incertidumbre”(BRUN, Ph.)²⁰⁴.

8. 14. Jurisprudencia ambiental argentina

¹⁹⁹ ANDORNO, Roberto: “Pautas para una correcta aplicación del principio precautorio”, número especial, “Bioética”, bajo la coordinación de Pedro F. HOOFT, Jurisprudencia Argentina, 2003- III, fascículo n. 4, p. 29.

²⁰⁰ Véase el trabajo de DURAN MEDINA, Valentina – URBINA BENAVIDEZ, Cecilia: “Regulación de la contaminación electromagnética en Chile a la luz de los principios precautorio y de acceso a la información ambiental”, p. 273, en “Primeras Jornadas Nacionales de Derecho Ambiental”, 28 y 29 de noviembre 2001, citada. Vid. sobre la materia, VON MOLKE, Konrad: “The relationship between Policy, Science, Technology, Economics and Law in the Implementation of The Precautionary Principle”, Freestone, David & Hey, Ellen. *The Precautionary Principle and International Law. The Challenge of Implementation*. The Hague: Klumer Law 1966; y Zaccai Edwain & Missa, Jean (ed.) *Le principe de precaution. Significations et Consequenses*. Editions de l’université de Bruxelles, 2000.

²⁰¹ LE TOURNEAU, Philippe : « Reflexiones panorámicas sobre la responsabilidad civil » en el magnífico “Tratado de la Responsabilidad Civil”, Tomo IV, de TRIGO REPRESAS, Félix A. LÓPEZ MESA, Marcelo J., publicado por La Ley, p. 901 y ss., en especial apartado 26, 27, 28, p. 918 a 920, del eximio profesor de la Facultad de Derecho de Toulouse, Francia.

²⁰² MARTÍN, G. “Précaution et évolution du droit », en Dalloz, 1995, sec. Chronicle, p. 299, espec. II, 1°.

²⁰³ MAZEAUD, D., “Responsabilité civile et précaution”, « La responsabilité civile à l’aube du XXI siècle », en Resp. civ. et assur, junio de 2001, n° 19 y ss.

²⁰⁴ BRUN, Ph., “Rapport Introductif”, dans « La responsabilité civile à l’aube du XXI siècle », en Resp. civ. et assur, junio de 2001, N° 34.

Este principio ha recibido favorable acogida en la doctrina judicial argentina, en un fallo de la Cámara Federal de La Plata, Sala II, del 8 de julio 2003, **“Asociación Coordinadora de Usuarios, Consumidores y Contribuyentes c/ ENRE- EDESUR s/ Cese de obra de cableado y traslado de Subestación Transformadora”**²⁰⁵, proveniente del Juzgado Federal N° 2 de la localidad de La Plata, atento la duda científica para determinar si los campos electromagnéticos de frecuencia extremadamente baja, pero de exposición a largo plazo, constituyen la causa de afecciones cancerígenas, en relación a una planta transformadora de media tensión a baja tensión, denominada “Subestación SOBRAL”, ubicada en Ezpeleta, Partido de Quilmes, Provincia de Buenos Aires.

Este estado de incertidumbre técnica, queda demostrado, a juicio del Tribunal, por las recientes investigaciones llevadas a cabo por la Agencia Internacional para la Investigación del Cáncer, un agencia de la OMS; como asimismo de la IARC, el Consejo de Salud de los Países Bajos y por un experto Grupo de Consejeros del Consejo Nacional de Protección Radiológica del Reino Unido. Precisamente, este último organismo concluyó que “se mantiene la posibilidad de que las exposiciones intensas y prolongadas a los campos electromagnéticos puedan aumentar el riesgo de leucemia en niños”.

En otra causa, caratulada “CASTELLANI, Carlos E. Y otros s/ acción de amparo”²⁰⁶, el 11 de marzo de 2003, el Tribunal Superior de la Provincia de Córdoba, tuvo ocasión de pronunciarse sobre las siguientes cuestiones:

Nos preguntamos: ¿Constituyen las antenas de telefonía celular una amenaza para el medio ambiente?, ¿ponen en peligro o riesgo el ambiente, o la salud, o la seguridad?, ¿generan ciertamente perjuicio al medio ambiente?. También surgen otros interrogantes: La exposición a campos magnéticos, provenientes de dichas instalaciones, ¿producen lesión manifiesta a la salud, a la vida, al medio ambiente? La denominada corona electromagnética, ¿es potencialmente peligrosa o más aún, dañina para la salud o el medio ambiente?

La exposición a la radiación de radiofrecuencia, a través de antenas de telecomunicación, ¿produce contaminación visual, sonora y electromagnética?, ¿existen pruebas convincentes de los efectos nocivos de la radiación no ionizante?

Es cierto que la Organización Mundial de la Salud ha iniciado el Proyecto Internacional de Investigación de campos electromagnéticos, para dar respuesta adecuada a estos interrogantes de la ciencia. Los mosoportes de

²⁰⁵ Cámara Federal de La Plata, Sala II, autos: “Asociación Coordinadora de Usuarios, Consumidores y Contribuyentes c/ ENRE- EDESUR s/ cese de cableado y traslado de Subestación Transformadora”, fallo del 8 de julio 2003, Revista Jurídica El Derecho, Serie Especial Ambiental, 22.04.2004, bajo anotación de COSSARI, Nelson G.A.: “Electropulción y daño ambiental”, p. 15.

²⁰⁶ “CASTELLANI, Carlos y otros s/ amparo”, Superior Tribunal de Córdoba, 11.03.2003, bajo comentario de CAFFERATTA, Néstor A., “Principio precautorio en un fallo del Tribunal Superior de Córdoba”, La Ley Córdoba, año 20, número 10, noviembre de 2003, p. 1200.

antenas, las posibles contaminaciones que causan las estaciones de base del sistema de telecomunicaciones móviles, es la cuestión que debió abordar el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, en el fallo del 11 de marzo 2003, en el marco de un proceso de amparo, iniciado por mencionado Carlos Castellani y otros, contra la Municipalidad de la ciudad de Oncativo, donde se erigirían cuatro antenas de telefonía celular.

En una sentencia de enorme relevancia doctrinaria judicial, el tribunal por mayoría rechazó la demanda, por cuestiones formales (mayor debate y prueba); sin embargo, el voto de la minoría, en disidencia en cuanto a lo resuelto en el fondo de la controversia, dejó sentada la posición que ante la duda científica, recoge en su plenitud el principio precautorio.

8.15.- Jurisprudencia brasileña

Se cita la decisión del Tribunal Regional Federal de 1º Región, relativa al Proyecto Hidrovía Paraguay - Paraná, en virtud del principio precautorio se ordena la realización de un estudio de impacto ambiental en toda la extensión del río y no por partes, Agravo regimental nº 2001.01.00.001517-0/MT. Estado De Mato Grosso do Sul versus Ministerio Público Federal, relator Juez Tourinho Nerto, 29 de marzo 2001.

También la decisión adoptada por el Juez Federal titular de 6º Vara de Sección Judicial de Distrito Federal, Antonio Souza Prudente, en sede de acción cautelar judicial por el Instituto Brasileño de Defensa del Consumidor- IDEC contra la Unión Federal y las empresas Monsanto y Monsoy LTDA, visando impedir autorización para cualquier pedido de plantación de soja transgénica round up ready antes de que se proceda a regulación de la materia y un previo Estudio de Impacto Ambiental.

Merecen mención las decisiones proferidas por la Justicia de Derecho del Estado de San Pablo, en sede de acciones civiles públicas, movidas por el Ministerio Público, visando obtener de las empresas destilerías, el cumplimiento obligado de no hacer, consistente en abstenerse de utilizar fuego para la limpieza de suelo, preparando la plantación y colección de caña de azúcar, sobre el fundamento de que este procedimiento acarrea serios riesgo para la salud pública y el medio ambiente²⁰⁷.

También se puede citar en este sentido, la decisión del Juez de Derecho de Estado de San Pablo, que en acción civil pública promovida por el Ministerio Público, condenó a la empresa de telefonía celular al cumplimiento obligado de no hacer, consistente en abstenerse de practicar cualquier acto preparatorio de construcción de antena de teléfono celular no local²⁰⁸.

²⁰⁷ 2º Vara da Comarca de Sertãozinho, Acción civil pública, Quemada de caña de azúcar. Degradación del medio ambiente. Competencia. Proceso nº 406/93, juez de Derecho Álvaro L. V. Mirra, 17 de abril 1995, Revista de Derecho Ambiental, San Pablo, n. 1, p. 238, enero/ junio 1996.

²⁰⁸ Juez de Comarca de Udatuba / SP. Acción civil pública con pedido liminar. Abstención de construcción de antenas de telefonía celular. Paralización de actividades preparatorias para su implementación. Proceso nº. 1076/98 Jueza de Derecho Mónica de Cássia Thomas Perz Reis Lobo, 06. nov. 1998, Revista de Derecho ambiental, San Pablo, n. 13, p. 144, enero/ marzo 1999.

A propósito en otra demanda similar, en cuanto se cuestionaba la instalación de una antena de torre receptora de telefonía celular, el Tribunal de Justicia de Río Grande do Sul, entendió que no habiendo demostrado riesgo a la salud ni riesgo a la integridad de la comunidad circundante de la obra, no hay razón para mantener la veda concedida por la liminar agravada²⁰⁹.

8. 16. Aplicabilidad del principio precautorio

Hemos ensayado un breve estudio introductorio de la temática apasionante del principio precautorio²¹⁰. Hasta el día de hoy, la jurisprudencia dictada por las jurisdicciones comunitarias, a diferencia del Tribunal Internacional de Justicia y de los paneles de la OMC, permite afirmar con DE SADELEER²¹¹ que “el principio precautorio constituye una verdadera regla de Derecho de aplicación directa”²¹². Creemos más allá de las polémicas que suscite el concepto, que viene a cumplir un rol necesario en la defensa del medio ambiente, ensanchando, desde otro punto de vista, enormemente las fronteras de la responsabilidad civil.

También participa de esta postura Valentina DURÁN MEDINA – Cecilia URRINA BENAVIDES²¹³ para quienes el principio precautorio es un principio fundamental de la política y Derecho Internacional del Medio Ambiente que la comunidad internacional ha aprobado y aplicado como principio jurídico en innumerables acuerdos internacionales, que se está integrando progresivamente en las legislaciones nacionales y que ha sido aplicado por los tribunales nacionales en varios Estados.

En el derecho argentino, el principio precautorio es una categoría legal explícita, contenida en la ley 25.675 General del Ambiente, por lo que su campo de aplicación es claro, categórico, constituyendo un mandato de optimización. El riesgo potencial o hipotético, caracteriza el ámbito de actuación del principio precautorio. El riesgo real, efectivo, concreto, el ámbito propio de actuación del principio preventivo. Ambos se enlazan, y levantan barreras de evitación del daño ambiental, que para el primer supuesto es grave e irreversible.

²⁰⁹ Tribunal de Justicia de Río Grande do Sul. Agravo de instrumento n° 5985323674. Relator Des. Perciano de Castilhos Bertolucci, 11 de febrero 199, Tribunal de Justicia de Rio Grande do Sul.

²¹⁰ Para ampliar véase MIRRA, Álvaro L. Valery: “Acción civil pública y reparación del daño al medio ambiente”, p. 247 y ss, Editora Juárez de Oliveira, 2002. MILARÉ, Edis: Derecho de Ambiente, p. 101, Revista Dos Tribunais, 2000. ESTRADA OYUELA, Raúl- AGUILAR, soledad: “El Principio o enfoque precautorio en el derecho Internacional y en la Ley General del Ambiente”, La Ley – suplemento de Derecho Ambiental FARN, año X, N° 4, 22 de septiembre de 2003. ANDORNO, Roberto: “Pautas para una correcta aplicación del principio de precaución”, Jurisprudencia Argentina, 2003-III, fascículo n. 4, julio 23 de 2003.

²¹¹ DE SADELEER: “Reflexiones sobre el Estatuto Jurídico del principio de precaución”, en Revista de Derecho Ambiental, p. 26, N° 25, 2000.

²¹² SANZ LARRUGA, Francisco J., ob. cit. supra.

²¹³ DURAN MEDINA, Valentina – URBINA BENAVIDEZ, Cecilia: “Regulación de la contaminación electromagnética en Chile a la luz de los principios precautorio y de acceso a la información ambiental”, p. 273, en “Primeras Jornadas Nacionales de Derecho Ambiental”, 28 y 29 de noviembre 2001, citada.

Por último, referente al principio de precaución, estas reflexiones:

- 1) La relación es directamente transitiva. Frente al riesgo de daño superior, mayor protección. O dicho en otras palabras, cuando se registra una situación de riesgo que puede llevar a un daño de características relevantes irreparables, debe otorgarse más protección.
- 2) También debe precisarse que su ámbito de aplicación es impedir la consumación del daño grave e irreversible, a cuyo efecto atrapa el riesgo en grado de ausencia de información o incertidumbre científica.
- 3) Opera frente a la duda técnica del riesgo de daño calamitoso.
- 4) Se trata de evitar situaciones de riesgo que por entidad, significativa, relevante, serio, de peso, de mucha importancia, que entraña mega peligro, que puede causar un perjuicio del que no existe retorno, recomposición, restablecimiento factible, restitución o reposición, restauración in natura o que pasado a otro estado no puede volver al estado anterior.
- 5) Se instala en el punto del conocimiento del riesgo hipotético, potencial, aunque con un grado de conocimiento que lejos de la certeza, se ubica en un punto de probabilidad superior a la posibilidad, aunque no necesariamente coincide con la alta probabilidad.
- 6) Presupone la identificación de efectos potencialmente peligrosos, que se derivan de un fenómeno, de un producto o de un proceso, y una evaluación de riesgos que, debido a la insuficiencia de los datos, a su carácter no concluyente o a su imprecisión, no permite determinar con una certeza suficiente el riesgo en cuestión.
- 7) En el supuesto de que los responsables políticos lleguen a la conclusión que tras una evaluación científica “lo más objetiva y completa posible” – realizada por expertos -, existe un riesgo para el medio ambiente o para la salud y que la inacción puede traer graves consecuencias, habrán de adoptar las medidas adecuadas. Para ello se recomienda un procedimiento de toma de decisiones – y para el estudio de las diferentes opciones de gestión de riesgo que puedan preverse“, basado en los principios de transparencia y participación.
- 8) En tanto no requiere certeza, conlleva un cambio en la lógica jurídica.
- 9) Invierte el régimen de juridicidad, produciendo mudanzas en la carga de la prueba, y la licitud de la actividad.
- 10) Integra el núcleo del derecho ambiental.
- 11) Se levanta como un principio estructural, de base organizativa.

- 12) Se inscribe dentro de los modernos instrumentos anticipatorios, de evitación o manejo de riesgo, amenaza, o peligro de daño grave e irreversible, genéricamente inhibitorios.
- 13) Desde el punto de vista clásico, a la luz de las normas procesales, irradia su influencia sobre las cautelares, imponiéndole formas atípicas de adopción.
- 14) En lo sustancial, constituye un nuevo fundamento de la responsabilidad civil por daño, que ensancha las fronteras de la misma.
- 15) Incrementa el deber de diligencia, aumenta el control, cuidado, y vigilancia. Refuerza el principio de prevención.
- 16) Asimismo califica el deber de prudencia.
- 17) En su aplicación deberá observarse transparencia, la proporcionalidad, la no discriminación, el análisis de las ventajas y los inconvenientes que se derivan de la acción o falta de acción; y quedará sujeto a revisión a la luz de los nuevos datos científicos, lo cual implica que las medidas adoptadas deberán tener un carácter provisional.

Para ampliar véase “El principio de precaución”, GOLDENBERG, Isidoro H – CAFFERATTA, Néstor A., *Jurisprudencia Argentina*, 2002-IV, 1442. CAFFERATTA, Néstor A.: “Principio precautorio en un fallo del Tribunal Superior de Córdoba”, *La Ley Córdoba*, Año 20, N° 10, noviembre 2003, p. 1200. “El Principio Precautorio”, *RRCyS*, año V, N° 6, noviembre- diciembre de 2003. Ib. ídem., “Principio precautorio y Derecho Ambiental”, *Revista Jurídica Argentina La Ley*, 2004-A-1202. “Principio precautorio en el derecho argentino y brasileño”, *Revista de Derecho Ambiental LEXIS NEXIS*, Instituto El Derecho por un Planeta Verde Argentina RDAM N° 5, Enero/ Marzo 2006, p. 67. También puede consultarse el trabajo de BERGEL, Salvador D.: “La recepción del principio precautorio en la ley general del ambiente”, *Revista Jurídica El Derecho*, Serie Especial Ambiental, 22.04.2004, p. 1. Ídem, “Introducción del principio precautorio en la responsabilidad civil”, en obra colectiva “Derecho Privado”, Homenaje al Profesor Doctor Alberto J. BUERES, Editorial Hammurabí, 2001. ANDORNO, Roberto: “Pautas para una correcta aplicación del principio de precaución”, *Jurisprudencia Argentina*, 2003-II, fascículo n. 4, p. 29 y ss. Ídem. “El principio de precaución: un nuevo estándar jurídico para la Era Tecnológica”, *Revista Jurídica Argentina La Ley*, 18.07.2002. Y la bibliografía citada más arriba en este trabajo. RODRIGUEZ, Aldo: “Principio precautorio. Aplicación jurisprudencial”, *RDAM* 6, Abril/ Junio 2006, p. 229.

Una obra colectiva de imprescindible lectura: “Princípio da Precaução” con la coordinación de Marcelo DIAS VARELA / Ana Flávia BARROS PLATIAU, de la Colección de Derecho Ambiental en Debate N° 1, ESMPU / Del Rey, Belo Horizonte, 2004. Además, consultar la obra EL PRINCIPIO PRECAUTORIO de Aldo MILANO SÁNCHEZ, Editorial Jurídica Continental, 2005.

9. PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD

Tal como aparece enunciado en la Ley Ambiental Argentina N° 25.675, apunta a reforzar la idea de INTERNALIZAR los costos ambientales sobre todo en cabeza del generador degradante del ambiente. Conforme el **principio 16 en la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y Desarrollo, Conferencia Naciones Unidas de 1992: “Las autoridades nacionales deberían procurar fomentar la internalización de los costos ambientales y el uso de instrumentos económicos, teniendo en cuenta el criterio de que el que contamina debería, en principio, cargar los costos de la contaminación, teniendo debidamente en cuenta el interés público y sin distorsionar el comercio ni las inversiones internacionales”**.

Asimismo, sienta las bases para desarrollar un sistema de legislación nacional relativa a la responsabilidad y la indemnización respecto de las víctimas de la contaminación y otros daños ambientales. Vid. Principio 13 de la misma Declaración de Río: “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 indemnizaciones 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”.

En otras palabras, se trata de la mentada por la doctrina nacional de Brasil, responsabilidad integral del degradador, explicable “por este principio la persona responsable, directa o indirectamente, por degradación de la calidad ambiental (persona física o jurídica) está sujeta a sanciones civil, administrativa y penales, aplicables acumulativamente”²¹⁴.

Cabe señalar que en materia de responsabilidad internacional, ya el Principio 22 de la Declaración de la Conferencia de Estocolmo de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, inducía a los Estados a cooperar para establecer el derecho de la responsabilidad internacional en la materia.

En ese sentido, adquiere relevancia el principio “contaminador-pagador, adoptado ya por la Organización para la Cooperación Económica y el Desarrollo OECD, en 1972”²¹⁵. Esto es, hacer soportar a los

²¹⁴ PAZZAGLINI FILHO, Marino: “Principios constitucionales y faltas administrativas ambientales”, p. 117, Revista de Direito Ambiental, año 5, Janeiro, marzo 2000, Editora Revista Dos Tribunais.

²¹⁵ PEARSON, Charles S., “El nexo entre comercio internacional y medio ambiente ¿Qué hay de nuevo desde 1972?”, p. 47, en obra colectiva “Comercio Internacional y Medio Ambiente. Derecho, Economía y Política”, Espacio Editorial, 1995, sostiene que “El principio de quien contamina paga ha sido mal entendido. Como fue elaborado por la OECD, es un principio de ubicación de los costos”. Para ampliar sobre los “Principios Guía Concernientes a los Aspectos Económicos Internacionales de las Políticas Ambientales”, adoptados el 26 de mayo de 1972, véase STEVEN, Candice: “La organización para la cooperación y el desarrollo económico y el resurgimiento del debate sobre comercio internacional y medio ambiente”, p. 123 y ss., de ob. cit. supra. En la misma obra, p. 166, VON MOLTKE, Konrad: “Una

responsables de la contaminación o degradación, las erogaciones necesarias para prevenir o corregir el deterioro ambiental, tratándose de “costos sociales”, que antes no se incluían en los cálculos costos-beneficios. O sea, dicho de otra manera más adecuada a nuestras instituciones, quién crea el “riesgo” al ambiente es el que debe resarcir, sin perjuicio de que en forma concurrente y complementaria pueda aceptarse como otro factor de atribución objetivo la “solidaridad”²¹⁶.

10.- PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD COMÚN PERO DIFERENCIADA

En las sucesivas Conferencias de las Naciones Unidas, **se reconocen responsabilidades comunes pero diferenciadas**, consagradas en la “**Declaración de Río**”, Principio 7: “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 base en la búsqueda internacional del desarrollo sustentable, en vista de las presiones que sus sociedades ejercen en el medio natural y de las tecnologías y los recursos financieros de que disponen”.

Se agrega lo dispuesto en la “**Convención sobre el Cambio Climático**”, artículo 3, apartado 2: “**Deberían tomarse plenamente en cuenta las necesidades específicas y las circunstancias especiales de las Partes que son países en desarrollo, especialmente aquellas que son particularmente vulnerables a los efectos adversos del cambio climático, y las de aquellas Partes, especialmente las Partes que son países en desarrollo, que tendrían que soportar una carga anormal o desproporcionada en virtud de la convención**”.

“Este principio es característico de la era del desarrollo sustentable y refleja el compromiso de los países desarrollados de ayudar a los países en vías de desarrollo en la implementación de los acuerdos internacionales en sus sistemas nacionales. A juicio de algunos juristas internacionales, este principio

perspectiva europea sobre el comercio internacional y medio ambiente”, dice que El principio de que quien contamina paga, requiere que aquel que cause un daño al medio ambiente deberá pagar por su restauración como el medio más eficiente para internalizar los costos reales. MARTÍN MATEO, Ramón: “Valoración de los daños ambientales”, p. 57, en Revista de Derecho Ambiental, publicación del Centro de Derecho Ambiental Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2003, dice que “Se pretende pues, por vía de autoridad corregir el patente distanciamiento de los precios de mercado de los costes reales en términos ambientales, lo que a veces se consigue al incorporar por ejemplo, al precio del agua doméstica el coste de la depuración, pero en la mayoría de los casos no sucede así, caso de la no consideración de los daños ambientales causados por los vehículos, a la hora de fijar el precio del combustible, tal como propugna la dinámica de aplicación del principio que afirma “el que contamina paga” que equivale al más preciso apotegma que, incorporando el coste total de oportunidad en cuanto costos sociales, predica: “quien usa de los recursos paga”.

²¹⁶ TRIGO REPRESAS, Félix, “Responsabilidad civil por daño ambiental”, Jurisprudencia Argentina, 1999-IV, 1180, según la referencia del fallo de la Cámara Federal de La Plata, recaído en cautelar de los autos: “Asociación para la Protección del Medio Ambiente y Educación Ecológica 18 de octubre c/ Aguas Argentinas SA y otros s/ amparo”, del 8 de julio 2003, por el ascenso de las napas freáticas en la localidad de Quilmes, Provincia de Buenos Aires, Argentina.

es un reconocimiento de la responsabilidad de los países desarrollados en la degradación del medio ambiental que tuvo lugar en las décadas pasadas²¹⁷.

11. PRINCIPIO DE RECOMPOSICIÓN E INDEMNIZACIÓN

La responsabilidad por daño ambiental tiene doble faz: 1) ex ante, en su doble versión, precautoria y preventiva; 2) ex post, de reparación, in natura, o especie, de recomposición; de compensación por sucedáneo o equivalente; e indemnizatoria, o de resarcimiento económico pecuniario o monetario. Por lo expuesto, el régimen de responsabilidad por daño ambiental, tiene principios propios, singulares, o especiales. O al menos caracteres que lo diferencian del resto del sistema tradicional de sanción y reparación del daño civil.

Para mayor claridad, podemos ver respecto de esta institución cierto grado de uniformidad en las normativas jurídicas ambientales de América Latina y el Caribe.

Así por ejemplo, la Ley 25675 General del Ambiente de Argentina, establece que “El que cause daño ambiental será objetivamente responsable de su restablecimiento al estado anterior a su producción. En caso de que no sea técnicamente factible, la indemnización sustitutiva que determine la justicia ordinaria interviniente, deberá depositarse en el Fondo de Compensación ambiental que se crea por la presente, el cual será administrado por la Autoridad de Aplicación, sin perjuicios de otras acciones que pudiere corresponder”. Esta misma ley consagra en el Artículo 4º entre los denominados principios de política ambiental, los principios de prevención, precautorio, y de responsabilidad, entre otros.

También, la Ley General del Ambiente de Panamá, prevé que la acción civil ambiental tendrá por objeto restaurar el ambiente afectado o la indemnización por el daño causado. Además establece la obligación de reparar el daño causado, aplicar medidas de prevención y mitigación, y asumir los costos correspondientes. La Ley General del Ambiente de Honduras, dice que la reparación del daño consiste en el restablecimiento, reposición o restitución de la situación anterior al hecho, de las cosas y objetos afectados, a su ser y estado natural, en los casos en que se posible, en la compensación económica de daños y los perjuicios ocasionados al ambiente, la comunidad o a los particulares.

Además, la Ley del Medio Ambiente de El Salvador, de manera similar, dispone que el responsable del hecho estará obligado a restaurar el medio ambiente o ecosistema afectado. En caso de ser imposible la restauración, indemnizará al Estado y a los particulares por los daños y perjuicios causados. La Ley de Gestión Ambiental de Ecuador, regula una condena al responsable

²¹⁷ LOPEZ, Hernán: “La regulación del desarrollo sustentable en el Derecho Internacional y el derecho Comparado. El fin del Derecho Ambiental y el nacimiento del Derecho de la sustentabilidad”, capítulo 9, p. 452, en obra colectiva “Ambiente, Derecho y sustentabilidad”, La Ley, 200. Cfr. HUNTER, David, SOMMER, Julia y VAUGHAN, Scott: “Concepts and Principles of Intenational Environmental Law. An Introduction”, Environment and Trade Series, PNUMR, p. 11, 1994.

de los daños al pago de indemnizaciones a favor de la colectividad directamente afectada y a la reparación de los daños y perjuicios ocasionados. La Ley Orgánica del Ambiente de Costa Rica, dispone que la Administración Pública aplicará medidas protectoras y sanciones entre las que menciona: la imposición de obligaciones compensatorias o estabilizadoras del ambiente o la diversidad biológica.

Se concluye que la responsabilidad por daño ambiental reviste cuanto menos cinco dimensiones diferentes, que no se excluyen, y podrían acumularse según las circunstancias del caso en particular: 1) precautoria; 2) preventiva; 3) de recomposición o restauración en especie o in natura, 4) de compensación ambiental; 5) indemnizatoria. Que resumidamente, podemos dividir en dos etapas. Las dos primeras se instalan en la etapa anterior a la consumación del daño ambiental, en el ámbito del PRE DAÑO. Y las segundas, las tres últimas, posteriores a la producción del daño ambiental.

12. PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD

El Principio de solidaridad surge de los siguientes enunciados: **“Los Estados deberán cooperar con espíritu de solidaridad mundial para conservar, proteger y restablecer la salud y la integridad del ecosistema de la Tierra”** (Principio 7, Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo). **“Los Estados y los pueblos deben cooperar de buena fe y con espíritu solidario, en la aplicación de los Principios consagrados”** (Principio 27, Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo).

Está compuesto, al decir de buena parte de la doctrina, por los principios de información en sus tres variantes: de un Estado al otro, o de una Administración a otra o, información popular, vecindad o Países limítrofes, cooperación internacional, igualdad entre los Estados y principio de patrimonio universal, que considera el carácter internacional del ambiente²¹⁸.

Se ha dicho que el ambiente **“es patrimonio común de todos los habitantes de la Tierra, porque se deben respetar y obedecer las inmutables leyes naturales, para así aspirar a la íntegra dignidad humana”**²¹⁹. Cabe detenerse en este concepto, la noción de “patrimonio común” en cuanto vinculado a los bienes ambientales²²⁰.

13. PRINCIPIO DE COOPERACIÓN

²¹⁸ JAQUENOD de ZSOGON, Silvia: “El Derecho Ambiental y sus Principios Rectores”, p. 367, Dikynson, 1991, a quién sigue MOSSET ITURRASPE, Jorge, ob. cit, p. 20.

²¹⁹ JAQUENOD de ZSOGON, Silvia, ob. cit., p. 371.

²²⁰ A cuyo fin vamos a seguir la doctrina expuesta por PRIEUR, Michel: “La noción de patrimonio común”, Jurisprudencia Argentina, 1998-IV-1014. Además, véase ANDORNO, Luis O.: “Ambiente: res communis y propiedad en el ámbito de la U.E, el MERCOSUR y el ALCA” en Jurisprudencia Argentina, 2002- III.

Este principio²²¹, a nivel internacional, es imprescindible. No es otra cosa que una necesidad biológica y de subsistencia. **Los Estados deben cooperar entre sí para erradicar la pobreza, como requisito indispensable del desarrollo sostenible** (Principio 5, Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo), **para proteger la integridad del ecosistema de la Tierra** (Principio 7, Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo), **para reforzar la creación de capacidades endógenas para lograr el desarrollo sostenible** (Principio 9, Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo), **abordar los problemas de degradación ambiental** (Principio 12, Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo).

La defensa del ecosistema, en efecto, obliga hoy a la cooperación global pues, de lo contrario, cualquier esfuerzo en tal sentido sería en vano. Precisamente, es en este horizonte en el que debe explicarse la divulgación del concepto de “patrimonio común de la humanidad”, el cual, a juicio de A. CASSESE²²², señala en el ámbito del derecho internacional, el tránsito de la idea de soberanía a la de cooperación²²³.

14. PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD

La Ley 25675 General del Ambiente de la Argentina lo enuncia de la siguiente manera: Principio de subsidiariedad: El Estado Nacional, a través de las distintas instancia 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. Es decir que para la ley ambiental argentina, el Estado Nacional tiene la obligación de colaborar para la preservación y protección ambiental, conforme al principio de subsidiariedad y, en caso de ser necesario, participar en forma complementaria en el accionar de los particulares.

Desde el punto de vista de su funcionamiento, la subsidiariedad posee dos aspectos, uno positivo y otro negativo. El aspecto positivo, significa que el Estado Nacional tiene la obligación de colaborar, en tanto que la intervención de la autoridad nacional debe ejercerse sólo cuando sea necesario. El aspecto negativo, que la autoridad nacional debe abstenerse de asumir funciones que pueden ser cumplidas eficientemente por los particulares. Es decir, que el principio de subsidiariedad se aplica teniendo en cuenta dos criterios diferentes en la defensa ambiental: a la luz de la “complementariedad”, criterio de “colaboración” y criterio de “necesidad”. Es decir que la participación del Estado es concurrente, y residual.

²²¹ Para ampliar véase ESTRADA OYUELA, Raúl A. y ZEBALLOS DE SISTO, Maria C.: “Evolución reciente del Derecho Ambiental Internacional”, A- Z Editora, 1993. SERVI, Aldo: “Derecho ambiental: Responsabilidad ambiental internacional”, en especial principio básico de responsabilidad ambiental internacional”, en Jurisprudencia Argentina, 2001- II. DRNAS DE CLÉMENT, Zlata- Directora y coautora-; Ernesto J. REY CARO; Maria Alejandra STICCA: “Codificación y Comentario de normas internacionales ambientales. Vigentes en la República Argentina y en el MERCOSUR”, La Ley, 2001.

²²² CASSESE, A., “International law in a divided world”, Clarendon Law Series, p. 376 y ss, Oxford, 1986.

²²³ KISS, Alexander: “Los principios generales del medio ambiente”, Cuadernos de la Cátedra J.B. Scott, p. 91, Universidad de Valladolid, 1975.

Este principio se basa en la idea que un nivel superior no puede asumir actividades que un nivel inferior puede cumplir eficazmente. En ese sentido, el Estado nunca debe allanar, absorber ni asumir, las competencias propias que los particulares, individual o asociativamente, pueden ejercer con eficiencia²²⁴. Por último, en relación, nos viene a la memoria una frase de Germán J. BIDART CAMPOS, cuando decía que “El Estado no debe hacer lo que pueden hacer los particulares con eficacia, porque el Estado debe ayudarlos, pero no destruirlos o absorberlos”²²⁵.

Roberto DROMI, Miguel EKMEKDJIAN y Julio RIVERA²²⁶, desde el punto de vista de la normativa comunitaria, dicen que el principio de subsidiariedad entraña una división de competencias y una cooperación de las diversas esferas de acción nacional y comunitaria. El principio de subsidiariedad es definido en el art. 3-B del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea y tiene tres elementos: a) un límite preciso de la acción de la Comunidad, b) una norma que estipula que la Comunidad deberá actuar en los ámbitos de su competencia exclusiva; c) una norma aplicable en cuya virtud la acción comunitaria debe limitarse sólo lo estrictamente necesario para alcanzar los objetivos del Tratado. A su vez, informa que el principio de subsidiariedad encuentre fundamento filosófico en el principio enunciado por Pío XI en Cuadragésimo Anno, en el que subraya la suprema autoridad del Estado, que permite a las asociaciones intermedias resolver asuntos y cuidados públicos del quehacer social concreto.

15. PRINCIPIO DE PARTICIPACIÓN

MILARÉ²²⁷ enseña que el principio de participación comunitaria, expresa la idea de que para la resolución de los problemas del ambiente debe ser dado especial énfasis a la cooperación entre el Estado y la sociedad, a través de la participación de los diferentes grupos sociales en la formulación y en la ejecución de la política ambiental.

DE LOS RÍOS²²⁸ dice que el principio de participación ciudadana, como uno de los derechos humanos de la solidaridad, todavía esperando su consagración internacional, incluye derechos y deberes. Dentro de los primeros, el acceso a la información, la oportunidad de participar en la toma de decisiones relativas a su medio ambiente, el derecho a la educación ambiental y el derecho a ser indemnizado como víctima. Dentro de los segundos, el deber de colaborar en la protección del ambiente. Recuerda que los principios 23 y 24

²²⁴ HARO, Ricardo: “Principios rectores del orden económico constitucional”, p. 335, en “La Constitución Argentina de nuestro tiempo”, Ediciones Ciudad Argentina, 1996.

²²⁵ BIDART CAMPOS, Germán J. “Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino”, Tomo I-B, p. 200, Ediar, 2001.

DROMI- EKMEKDJIAN- RIVERA: “Derecho Comunitario – Régimen del MERCOSUR”, p. 165, Ciudad Argentina, 1995.

²²⁶

²²⁷ MILARÉ, EDIS: “Direito do Ambiente”, p. 99, Revista do Tribunais, 2000.

²²⁸ DE LOS RÍOS, Isabel, “Principios de derecho ambiental”, p. 36, Caracas.

de Estocolmo, en relación a la oportunidad de participar, tanto individual como colectivamente, en los procesos de preparación de las decisiones que conciernen directamente a su medio ambiente y, en caso de haber sido objeto de daño, de ejercer los recursos necesarios para obtener una indemnización; y el deber de toda persona de procurar que se alcancen y observen los objetivos y las disposiciones de la Carta.

En la Declaración de Río de Janeiro, de la CNUMAD, Conferencia de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente y el Desarrollo de 1992, es donde se encuentra más explícito. Así se incluyó en el Principio 10, que dice: 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 encierran 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 de la población poniendo la información a disposición de todos. Deberá proporcionarse acceso efectivo a los procedimientos judiciales y administrativos, entre éstos el resarcimiento de daños y los recursos pertinentes.

Los Principios 20 al 22 exigen ya la participación de categorías de personas expresamente; ellos tratan de la necesidad imperiosa de contar con la participación de la mujer, de los jóvenes y de las comunidades indígenas para lograr el desarrollo sustentable²²⁹.

Esta participación ciudadana²³⁰, reflejo de la Democracia participativa²³¹ debe observarse: A) en la formación de las decisiones administrativas²³²; B) en la disposición legal, y efectividad del procedimiento de recursos administrativos; C) en la implementación de procedimientos para las Audiencias públicas²³³, Plebiscitos²³⁴, o Consultas Populares, y constituyen la base del consenso, que da mayor legitimidad a la gestión pública ambiental. Esta misma participación comunitaria o de la colectividad en general, en un sentido amplio, comprende la participación en acciones judiciales²³⁵.

²²⁹ DE LOS RIOS, Isabel, “Principios de derecho ambiental”, p. 36, Caracas.

²³⁰ SABSAY, Daniel – DI PAOLA, Maria E.: “La participación pública y la Nueva Ley General del Ambiente”, ADLA, La Ley, Boletín Informativo N° 14, p. 29, 2003.

²³¹ GOMEZ CANOTHILHO, José J.: “Direito Constitucional e Teoria da Constituição”, 2º ed., Coimbra, Livraria Almedina, 1998. Ven una relación directa entre democracia e información, el filósofo alemán Jürgen HABERMAS: “Droit e Démocratie – Entre Faits et Normes”, p. 144, El economista hindú Amartya SEN, “Democracia, l’Occidente non ha il monopolio – Noi e il mondo arabo”, Corriere Della Sera, disponible en Internet. John RAWLS, “El Derecho de los Pueblos”, 2º edición, p. 63.

²³² LEME MACHADO, Paulo A.: “Direito Ambiental Brasileiro”, p. 93, 14º ed., Malheiros, 2006.

²³³ GORDILLO, Agustín, “Tratado de Derecho Administrativo” – Tomo 2, “Defensa del Usuario y del Consumidor”, 6º edición, Fundación de Derecho Administrativo, p. XI: “El procedimiento de Audiencia Pública”, Buenos Aires, 2003.

²³⁴ LEME MACHADO, Paulo A., “Direito Ambiental Brasileiro”, p. 93, 14º ed., Malheiros, 2006.

²³⁵ LEME MACHADO, Paulo A., op.cit.

Una población informada y políticamente madura será clave para la democracia participativa y efectiva²³⁶.

Los principios de participación comunitaria, acceso a la información pública ambiental y acceso a la justicia, constituyen en bloque, una unidad inseparable. Todo apunta a lograr la mayor base de sustentación social de las decisiones que se adopten con incidencia ambiental, la mayor transparencia de la gestión pública / privada ambiental. Y poner en marcha los mecanismos de control. Y fiscalización, con el objetivo final de conseguir la eficacia del derecho ambiental. RAMÓN MARTÍN MATEO²³⁷ afirma que la institucionalización del derecho de acceso a la información ambiental 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.

Una participación social activa o pública, necesita imperiosamente del derecho de acceso a la información pública ambiental, y de contar con mecanismos de acceso a la jurisdicción, cuando la administración falle, adopte decisiones que no son justas, para la defensa del medio ambiente, el Orden Público Ambiental y el ejercicio positivo de los derechos ambientales. ¿Cómo se puede ejercer los derechos ambientales si no se sabe o conoce lo que pasa, se está haciendo u omitiendo, promoviendo o prohibiendo? ¿Cómo se puede dejar toda la gestión pública ambiental al poder administrativo, sin que existe posibilidad alguna de revisar las decisiones que se tomen, en la función pública, cuando lo que está en juego es la suerte del ambiente que nos rodea, vivimos, o formamos parte del mismo?

Inicialmente, podemos decir con Daniel SABSAY - Pedro TARAK²³⁸, en un trabajo conjunto, que un régimen de libre acceso a la información pública contribuye a la desconcentración del poder, a la igualdad de oportunidades, a la reducción de la discrecionalidad administrativa y política, a un gobierno honesto y a una administración pública confiable. Marcela I. BASTERRA²³⁹ señala que el derecho de acceso a la información pública, al vincularse directamente con la publicidad de los actos de gobierno y el principio de transparencia de la administración debe ser entendido como instrumento indispensable para apuntalar el régimen republicano de gobierno.

A su vez, Daniel A. SABSAY puntualiza que la información ambiental es un medio o instrumento para que la población participe activamente en la toma de decisiones, gestión y control de las actividades que actual o potencialmente lo afecte²⁴⁰.

²³⁶ BASTERRA, Marcela: "El Derecho Fundamental de Acceso a la Información Pública Ambiental", p. 56, LEXIS NEXIS, 2006. SAHANIUK, Analia – WALSH, Juan R.: "El libre acceso a la información ambiental: una pieza clave en la reglamentación del artículo 41 CN", Revista Jurídica Argentina La Ley, 01/04/04, p. 2.

²³⁷ MARTÍN MATEO, Ramón: "El derecho a la información ambiental", Revista de Política y Derechos Ambientales en América Latina y el Caribe", FARN- PNUMA, vol. I, N° 1, p. 47 a 58, 1994.

²³⁸ SABSAY, Daniel – TARAK, Pedro: "El acceso a la información pública, el ambiente y el desarrollo sustentable", FARN, Manual N° 3, 1997.

²³⁹ BASTERRA, Marcela I.: "El derecho fundamental de acceso a la información pública", p. 24, LEXIS NEXIS, 2006.

Históricamente, los antecedentes del reconocimiento del derecho de libre acceso a la información ambiental los encontramos en la legislación sueca de 1766, reformada en 1949²⁴¹. En Estados Unidos de América este derecho está contemplado en la “Ley sobre Planificación para Emergencias y Derecho de la Comunidad de Saber”²⁴² y en la “Ley sobre Libertad de Acceso a la Información”²⁴³ adoptada en 1966²⁴⁴. Otro ejemplo es el Acta del Sol Brillante²⁴⁵, que ordena que las reuniones de los organismos públicos sean abiertas, a la observación del público, aunque con ciertas excepciones.

Países como Canadá (Ley de 28 de junio de 1982), Francia (ley 78/753 de 17 de julio), Italia (leyes de 8 de junio de 1990 y 7 de agosto de 1990), contienen normas que reglamentan este derecho. También ha sido recibido a nivel constitucional en Grecia (Constitución de 1975, artículo 10), en Portugal (Constitución de 1976, artículo 268), en España (Constitución de 1978, artículo 105), asimismo la Directiva 90/313/ CEE, se traspuso mediante la Ley 38/1995. Eslovaquia (Constitución 1992), Letonia (Constitución 1992), Polonia (Constitución 1997), Rusia (Constitución 1993), Ucrania (Constitución 1996), Brasil (Constitución 1988), Argentina (Reforma de la Constitución 1994), Francia (Carta Constitucional Ambiental de 2005).

En la República del Paraguay, el derecho de acceso a la información está consagrado en el Artículo 28 de la Constitución, que prescribe: “Se reconoce el derecho de las personas a recibir información veraz, responsable y ecuánime. Las fuentes públicas de información son libres para todos. La ley regulará las modalidades, plazos y sanciones correspondientes a las mismas, a fin de que este derecho sea efectivo”.

Además, la primera alusión que podría entenderse como una forma específica de reconocimiento de este derecho constitucional surgió con la Ley 294/93 de Evaluación de Impacto Ambiental, en cuyo Artículo 8, 1º parte, se lee: “La Autoridad Administrativa pondrá a disposición del público y de los organismos afectados en el ámbito nacional, departamental y municipal, la Evaluación de Impacto Ambiental por los medios y el término a establecerse en las reglamentaciones de esta ley”.

En América Latina y Caribe, la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente de México, fue reformada a fines de 1996 creando en su capítulo IV del Título V, el fundamento para el sistema nacional de información ambiental. En relación al concepto de información ambiental la LGEEPA establece que: “Para los efectos de lo dispuesto en el presente

²⁴⁰ SABSAY, Daniel, “Constitución y Ambiente en el marco del desarrollo sustentable”, en la obra colectiva “Ambiente, Derecho y Sustentabilidad”, p. 79, Editorial La Ley, 2000.

²⁴¹ FERNÁNDEZ, Luis: “Derecho a la información ambiental”, en *La Ley, Suplemento de Derecho Ambiental*, FARN, año VII, N° 3, 14.11.2000.

²⁴² Emergency Planning and Community Right to Know Act.

²⁴³ Freedom of Information Act.

²⁴⁴ LAVALLE COBO, Dolores: “El derecho de acceso a la información ambiental”, *La Ley, Suplemento de Derecho Ambiental*, FARN, año IV, N° 2, 26.08.1997.

²⁴⁵ MC. ALPINE, J. - LE DONNE, P.: “El gobierno de los Estados Unidos, la participación pública, el comercio internacional y el medio ambiente”, p. 259, en obra colectiva “Comercio Internacional y Medio Ambiente”, Espacio Editorial, 1995.

ordenamiento, se considera información ambiental, cualquier información escrita, visual o en forma de base de datos, de que dispongan las autoridades ambientales en materia de agua, aire, suelo, flora, fauna y recursos naturales en general, así como sobre las actividades o medidas que les afectan o puedan afectarlos".

Por lo que se incluye, "información relativa a los inventarios de recursos naturales existentes en el territorio nacional, a los mecanismos y resultados obtenidos del monitoreo de la calidad del aire, del agua y del suelo, al ordenamiento ecológico del territorio, así como la información señalada en el artículo 109 bis y la correspondiente a los registros, programas y acciones que se realicen para la preservación del equilibrio ecológico y la protección al ambiente".

Antes de proseguir con los antecedentes en el derecho comparado, cabe señalar, siguiendo las docentes enseñanzas del Jurista Paulo LEME MACHADO²⁴⁶, algunas características de la información ambiental: su tecnicismo, comprensibilidad o claridad y precisión, tempestividad o rapidez. Asimismo, se destaca el carácter de imprescindible de la misma, en situaciones de emergencia. Y que según enseña Marcela I. BASTERRA²⁴⁷, el derecho de información pública ambiental, tiene una función individual o se ejerce como derecho individual cuando una persona solicita información o datos acerca de sí misma, de una base de datos o registro de cualquier dependencia estatal. Pero al mismo tiempo cumple una relevante función colectiva, como derecho humano condicionante para el ejercicio de otros derechos humanos.

La Constitución Argentina de 1994, incorporó el llamado "Derecho a la Información en materia ambiental"²⁴⁸, en el artículo 41, en cuanto establece que "Las autoridades proveerán a la protección de ese 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".

Además dispone de la Ley de Presupuestos Mínimos 25831 de Acceso a la Información Pública Ambiental²⁴⁹. El Decreto omnibus 1172/03 del Poder Ejecutivo Nacional. Y disposiciones complementarias en las Provincias y Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Se ha dicho que "todo lo que tenga vinculación con el derecho a la información, tiene carácter operativo, siempre que no existan restricciones razonables establecidas por ley. Por tal motivo, brindar información ambiental

²⁴⁶ LEME MACHADO, Paulo A.: "Direito à informação e meio ambiente", p. 93, Malheiros, 2006.

²⁴⁷ BASTERRA, Marcela I.: "El derecho fundamental de acceso a la información pública", p. 25, LEXIS NEXIS, 2006.

²⁴⁸ BIDART CAMPOS, Germán: "Manual de la Constitución reformada", Tomo II, p. 88, Ediar, 1998.

²⁴⁹ CAFFERATTA, Néstor A.: "Ley 25.831 (Régimen de Libre Acceso a la Información Pública Ambiental)", comentada, anotada y concordada, Anales de Legislación Ambiental Argentina, Revista Jurídica La Ley, Boletín Informativo, año 2004, N° 1, p. 1, Tomo LXIV- A – 20 de enero 2004.- "La nueva ley 25831 de Información Ambiental", Jurisprudencia Argentina, 2004- I, fascículo N° 5, p. 55, Lexis-Nexis. "El libre acceso a la información pública ambiental. Ley 25831, comentada, anotada y concordada", en DJ, Año XX, N° 25, Buenos Aires, 23 de junio de 2004 - 2, p. 550.

es una obligación operativa, que alcanza no sólo al poder ejecutivo sino también al legislativo y al judicial tanto en el ámbito nacional como local”²⁵⁰. También que en virtud de la norma constitucional referida²⁵¹, “el Estado asume, en orden a la información, dos deberes: uno, recolectarla y procesarla debidamente; es decir, el Estado debe informarse él mismo, lo cual presupone -entre otras muchas cosas- una vigilancia y un control permanente para conocer las situaciones real o potencialmente riesgosas o dañinas; el otro deber consiste en suministrar y difundir la información acumulada y actualizada, todo ello de modo eficaz y constante”.

El derecho de información ambiental aparece previsto como uno de los instrumentos de la política y gestión ambiental de la Ley 25.675 General del Ambiente Argentina²⁵². Y establece en cabeza de las personas físicas y jurídicas, públicas o privadas, el deber de proporcionar la información que esté relacionada con la calidad ambiental y referida a las actividades que desarrollan. A su vez, prevé un límite, en cuanto declara que “todo habitante podrá obtener de las autoridades la información ambiental que administren y que no se encuentre contemplada legalmente como reservada”.

Este régimen contenido en los artículos 8, 16, 17 y 18 de la Ley 25.675, dispone que la Autoridad de Aplicación “deberá desarrollar un sistema nacional integrado de información”, que administre los datos significativos y relevantes del ambiente y evalúe la información ambiental disponible; asimismo deberá proyectar y mantener un sistema de toma de datos sobre los parámetros ambientales básicos, estableciendo los mecanismos necesarios para la instrumentación efectiva a través del COFEMA. Asimismo que “Las autoridades serán responsables de informar sobre el estado del ambiente y los posibles efectos que sobre el puedan provocar las actividades antrópicas actuales y proyectadas. El Poder Ejecutivo, a través de los organismos competentes, elaborará un informe anual sobre la situación ambiental del país que presentará al Congreso de la Nación”.

Cabe destacar que la Ley 25.612 de Gestión Integral de Residuos Industriales y de Actividades de Servicios²⁵³ argentina, estipula en su artículo 19 que “las Autoridades provinciales y las de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, llevarán y mantendrá actualizados los Registros que correspondan, en el que deberán inscribirse todas las personas físicas o jurídicas responsables de la generación, manejo, transporte, almacenamiento, tratamiento y disposición final de residuos industriales. La información obtenida por los mismos deberá

²⁵⁰ QUIROGA LAVIÉ, Humberto: “Constitución Argentina comentada”, p. 209, 1997, Zavallia, citado por PIGRETTI, Dolores; PEREDNIK, Alicia; LÓPEZ, Juan; FOTTI, Maricel y FERNÁNDEZ, Mónica: “Derecho de acceso a la información ambiental”, Número especial Derecho Ambiental, Jurisprudencia Argentina, 07.03.2001, p. 51, N° 6236.

²⁵¹ BIDART CAMPOS, Germán: “Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino”, T. I - B, p. 235, 2001, Ediar.

²⁵² CAFFERATTA, Néstor A.: “Ley 25.675 General del Ambiente. Comentada, interpretada y concordada” DJ, 2002- 3, p. 1133, boletín del 26 de diciembre 2002.

²⁵³ CAFFERATTA, Néstor A., “Ley de gestión integral de residuos industriales y de actividades de servicios. Ley 25.612. Comentada. Anotada”, en Revista “Antecedentes Parlamentarios”, p. 85, noviembre 2002 – N° 10, La Ley.

integrarse en un sistema de Información Integrado, que será administrado por la autoridad ambiental nacional y de libre acceso para la población, a excepción de la información que deba considerarse de acceso restringido, por afectar derechos adquiridos o a la seguridad nacional”.

En las jurisdicciones locales, la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, además de garantizar el acceso a la información (artículo 12, inciso 2), en su CAPÍTULO CUARTO, titulado AMBIENTE, artículo 26, establece que: “Toda persona tiene derecho, a su sólo pedido, a recibir libremente información sobre el impacto que causan o pueden causar sobre el ambiente actividades públicas o privadas”. La ley 303/99²⁵⁴, sancionada por la Legislatura de la Ciudad de Buenos Aires, establece en su artículo 1º, el derecho de toda persona a solicitar y recibir información sobre el Estado y la gestión del ambiente y de los recursos naturales, sin necesidad de invocar interés especial alguno que motive tal requerimiento.

Se pone de resalto que “la ley 303 de la Ciudad de Buenos Aires incluye como objeto del derecho a la información a toda investigación, dato o informe concerniente al estado del ambiente y de los recursos naturales, así como también, a las declaraciones de impacto ambiental de obras públicas o privadas proyectadas o en proceso de ejecución y a los planes y programas, públicos y privados, de gestión del ambiente y de los recursos naturales y las actuaciones o medidas de protección referidas al mismo”²⁵⁵ pero contiene un régimen de limitaciones.

Así exceptúa de la regla, a la información resguardada o protegida por leyes especiales, a aquella que pueda afectar la esfera de la privacidad de las personas o que se vincule a inspecciones y otros procedimientos a llevarse a cabo por el Gobierno de la Ciudad, antes de su realización. Además, la ley incluye como objeto de esta obligación, a toda aquella información que pueda encontrarse en poder de cualquier autoridad, organismo e institución pública, incluyendo a sus contratistas, concesionarias y empresas privadas que presten servicios públicos en el territorio de la Ciudad de Buenos Aires.

De prestar atención a la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, vemos que el artículo 28 (derecho ambiental) dispone que la Provincia en materia ecológica deberá “garantizar el derecho a solicitar y recibir la adecuada información y a participar en la defensa del ambiente, de los recursos naturales y culturales”. A su vez, el artículo 38 declara que los consumidores y usuarios tienen derecho, “a una información adecuada y veraz”.

Los artículos 26 a 28 ley 11.723 de Medio Ambiente de la Provincia de Buenos Aires, regulan el Sistema Provincial de Información Ambiental²⁵⁶, a

²⁵⁴ GARCÍA CONTO, Silvina- CAEIRO, Federico: “Ley de acceso a la información ambiental en la búsqueda de la transparencia y la eficiencia”, en La Ley, Suplemento de Derecho Ambiental, FARN, 20.06.2000.

²⁵⁵ DÍAZ ARAUJO, Mercedes: “Los derechos de acceso a la información ambiental y a la educación ambiental”, Número Especial Derecho ambiental, Jurisprudencia Argentina, 07.03.2001, p. 42.

²⁵⁶ LAGO, Daniel: “Derecho a la información y participación comunitaria en la ley ambiental de la Provincia de Buenos Aires”, en Número Especial Derecho Ambiental, Jurisprudencia Argentina, 1996-

tenor de las siguientes normas: “Las entidades oficiales tendrán la obligación de suministrar a las personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, que así lo soliciten, la información de que dispongan en materia de medio ambiente, recursos naturales y de las declaraciones de impacto ambiental conforme lo dispuesto en el artículo 20 segunda parte. Dicha información sólo podrá ser denegada cuando la entidad la confiera el carácter confidencial”.

“El Poder Ejecutivo provincial, a través de la Subsecretaría de Política Ambiental, instrumentará el sistema provincial de información ambiental, coordinando su implementación con los municipios. Dicho sistema deberá reunir toda la información existente en materia ambiental proveniente del sector público y privado, y constituirá una base de datos interdisciplinaria accesible a la consulta de todo aquel que así lo solicite. El sistema de información ambiental se organizará y mantendrá actualizado con datos físicos, económicos, sociales, legales y todos aquellos vinculados a los recursos naturales y al ambiente en general”.

Ya vimos que la Declaración de Río de 1992, recoge el derecho a la información ambiental, en el Principio 10 de la misma, cuando proclama que “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 encierran 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 de la población poniendo la información a disposición de todos”.

Además, en la Agenda 21, párrafo 23.2, se expresa que “uno de los requisitos fundamentales para alcanzar el desarrollo sostenible es la amplia participación de la opinión pública en la adopción de decisiones. Además, en el contexto más concreto del medio ambiente y el desarrollo se ha hecho evidente la necesidad de emplear nuevas formas de participación. Se trata de la necesidad de que las personas, los grupos y las organizaciones participen en los procedimientos de evaluación de impacto ambiental, conozcan el mecanismo de adopción de decisiones y participen en él, sobre todo cuando exista la posibilidad de que esas decisiones afecten a las comunidades donde viven y trabajan”.

“Toda persona, grupo u organización debería tener acceso a la información relativa al medio ambiente y el desarrollo con que contarán las autoridades nacionales, incluso a la información acerca de productos y actividades que tuvieran consecuencias importantes para el medio ambiente o hubiera probabilidades de que las tuvieran, así como a la información sobre las medidas de protección del medio ambiente”.

Por ejemplo, la Directiva sobre Acceso a la Información sobre medio ambiente, Unión Europea, 90/313/CEE²⁵⁷, modificada por la Directiva 2003/4, enumera en el artículo 3.2 disposiciones denegatorias de dicha información cuando ésta afecte a: 1) la confidencialidad de las deliberaciones de las autoridades públicas, de las relaciones internacionales y de la defensa nacional; 2) la seguridad pública; 3) los asuntos que sean objeto de pesquisas o investigación preliminar; 4) los secretos comerciales, incluida la propiedad intelectual; 5) la confidencialidad de los datos y/o expedientes personales; 6) datos proporcionados por un tercero sin que éste esté obligado a facilitarlos; 7) los datos cuya divulgación pudiera perjudicar al medio ambiente a que se refieren.

En doctrina²⁵⁸, con agudeza FALBO enfatiza que el referido sacrificio a la información ambiental lo será “sólo en la medida estrictamente necesaria que no comprometa los intereses tutelados al secreto”: es decir que debe quedar limitada a las informaciones que, indubitadamente, invadan de manera directa concreta, el secreto comercial, industrial o intelectual.

En el ámbito del Derecho Comunitario de Europa, es el “IV Programa Marco de Acción en materia de Medio Ambiente”, el que recoge la necesidad de contar con una norma regional que reconozca este derecho en todos los Estados Miembros. La iniciativa para la adopción de dicha norma la tuvo el Parlamento Europeo en 1985. Sin embargo, no es hasta 1990, con más exactitud, el 7 de junio de 1990, cuando se adopta la Directiva 90/313/CEE sobre libertad de acceso a la información en materia de medio ambiente. Por último, la Directiva 2003/4 del Parlamento Europeo y del Consejo de la CE relativa al acceso del público a informaciones sobre medio ambiente, fue promulgada el 28/01/2003. Revoca la Directiva 90/313/CEE del Consejo, que trataba también de acceso a la información ambiental²⁵⁹.

Por último, en nuestro bloque continental, deberá tenerse en cuenta que la estructura del Grupo Mercado Común del MERCOSUR incluye el Subgrupo 6 de Medio Ambiente. En este bloque regional, la Resolución 10/1994, “Directrices Básicas en Materia de Política Ambiental”, artículo 10 del anexo, propone promover el fortalecimiento de las instituciones para una gestión ambientalmente sustentable a través, entre otras cosas, del aumento de información sustantiva para la toma de decisiones. A su vez, la Resolución 53/1993, “Código de Conducta Regional para la Introducción y Liberación al Medio Ambiente de Agentes de control Biológico”, artículo 7, impone a los gobiernos de los países importadores determinadas obligaciones, entre las que se encuentran el deber de asegurar que la información de la importación, liberación e impacto de los agentes de control biológico en cada país esté registrada y disponible al público.

²⁵⁷ Téngase presente que la Directiva 2003/4, revocó la Directiva 90/313/CEE.

²⁵⁸ FALBO, Aníbal José: “La información ambiental como principio rector de la protección del ambiente”, *Jurisprudencia Argentina*, 2003- III, fascículo N° 12.

²⁵⁹ LEME MACHADO, Paulo A.: “Direito à informação e meio ambiente”, p. 75, Malheiros, 2006.

Asimismo, la Decisión N° 2/01, Anexo, Acuerdo Marco sobre el Medio Ambiente del MERCOSUR, reafirma el compromiso de los Estados Partes de instrumentar la aplicación de los principios de la Declaración de Río de Janeiro sobre Medio Ambiente y Desarrollo de 1992. Asimismo promover una efectiva participación de la sociedad civil en el tratamiento de las cuestiones ambientales; incrementar el intercambio de información sobre leyes, reglamentos, procedimientos, políticas y prácticas ambientales; y brindar información en forma oportuna, sobre desastres y emergencias ambientales que puedan afectar a los demás Estados Partes.

Por información ambiental entiende la Directiva 2003/4 de la Unión Europea, “cualquier información disponible en forma escrita, visual, sonora, electrónica o cualquier otra forma material, relativas: a) al estado de los elementos del ambiente, como aire o atmósfera, el agua, el suelo, la tierra, el paisaje y los áreas de interés natural, incluyendo las zonas húmedas, las zonas litorales y marinas, la diversidad biológica y sus componentes, incluyendo los organismos genéticamente modificados, y la interacción entre esos elementos; b) a factores como las sustancias, la energía, el ruido, las radiaciones o los residuos, incluyendo los residuos radiactivos, emisiones, descargas u otras liberaciones para el ambiente, que afecten o puedan afectar los elementos del ambiente referidos el punto “a”; c) las medidas (incluyendo las administrativas), como por ejemplo, las políticas, la legislación, los planes o programas, los acuerdos ambientales y las acciones que afecten o puedan afectar los elementos referidos en los puntos “a” y “b”, también medidas o acciones destinadas a proteger esos elementos; d) a informes sobre la implementación de la legislación ambiental; e) a análisis costos / beneficios u otros análisis, o estudios económicos utilizados en el ámbito de las medidas y actividades referidas en el punto “c”; y f) el estado de salud y de seguridad de las personas, incluyendo la contaminación de la cadena alimentaria cuando tal sea relevante, las condiciones de vida, o locales de interés cultural y construcciones, en la medida que sean o puedan ser afectados por el estado de los elementos del ambiente referidos al punto “a”, o a través de esos elementos, por cualquier de elementos referidos a los puntos “b” y “c”.

Se ha dicho con razón que la información ambiental tiene una dimensión particularmente interesante desde el punto de vista jurídico, en cuanto presupuesto para el disfrute, ejercicio y protección de determinados derechos como el de la salud o el de la preservación de un medio ambiente adecuado en nuestro caso²⁶⁰. “La participación pública y el acceso a la información resultan imprescindibles para avanzar en la senda del desarrollo sostenible, el medio ambiente es cuestión de todos”.

En ese orden de ideas, el acceso por parte de los ciudadanos a la información ambiental es un pilar esencial en el establecimiento de sistemas adecuados de participación pública y, por lo tanto, un instrumento básico en la consecución de una política ambiental efectiva²⁶¹. El derecho de Información Ambiental, aunque materialmente de carácter instrumental, formalmente

²⁶⁰ RAMÓN MARTÍN MATEO: “Tratado de Derecho Ambiental”, T. p. 122, TRIVIUM, 1992.

²⁶¹ SANCHIS MORENO, Fe: “El derecho de libre acceso a la información ambiental: buenas prácticas”, Valencia, 11/04/97, en página TERRA, vía Internet.

constituye un derecho sustantivo de titularidad colectiva, genéricamente atribuido a todas las personas que deseen ejercitarlo que no estén obligadas “a probar un interés determinado”²⁶².

La información ambiental exige como insustituibles requisitos, además de claridad, veracidad y accesibilidad, los siguientes: corrección, objetividad, organización de los datos, la independencia del organismo que la recolecta y brinda, la seguridad de la continuidad del flujo de datos, la completitud de los datos, la fácil comprensión, la fiabilidad y la tempestividad²⁶³. Es pertinente recordar, con relación al derecho de información que opera de “bisagra” para hacer verdaderos los restantes “cuadrantes en que vive y se desenvuelve la participación”²⁶⁴.

Acceso a la justicia, es otro de los pilares básicos de participación ciudadana. Y conforma la tríada de la que estamos exponiendo. Participación + Información + Acceso jurisdiccional. Es por ello que la Unión Europea exhibe como valioso instrumento de difusión de estos principios, “el Convenio sobre el Acceso a la Información, Participación del Público en la Toma de Decisiones y el Acceso a la Justicia en materia de medio ambiente, o más conocido por el nombre Convenio AARTHUS²⁶⁵, por haberse firmado en esa ciudad danesa, el 25/06/98, en virtud del cual se promueve una serie de mecanismos para garantizar la participación en los asuntos ambientales, exigiendo la remoción de los obstáculos que puedan dificultarla”²⁶⁶.

En el plano de la Justicia se predica la necesidad de flexibilizar las formas procesales. Tornar más permeable la legitimación de obrar, mediante una apertura prudente. Seguir métodos de interpretación que conduzcan a la producción de pruebas más livianas. Inversión de la carga de la prueba en casos complejos. Un cambio en el rol de la magistratura mediante el ejercicio pleno de los poderes deberes de dirección procesal, la adopción de la figura de un Juez activo, de compromiso social, o protección de hogaño. Y una justicia de acompañamiento. Anticipatorio. Temprana. Enérgica, efectiva, en la defensa del medio ambiente.

Se destaca la Declaración de Principios de Johannesburgo, adoptada por más de 160 jueces y magistrados, representantes de más de 62 países del mundo, reunidos en agosto de 2002, en el Simposio Mundial de Jueces para el Desarrollo Sostenible y la Función del Derecho, organizado por el Programa de

²⁶² MARTÍN MATEO, Ramón: “Nuevos instrumentos cooperativos para la tutela ambiental, p. 26, Editorial Idearium, Universidad de Mendoza, 1993. *El derecho a la información está estrechamente ligado a la participación como instrumento destinado a aumentar la eficacia de la política ambiental y es su corolario* / PRIEUR, Michel: “Droit de l’Environnement”, p. 91, Dalloz, 2° ed., 1991.

²⁶³ CECHETTI, Marcelo, “Principi costituzionali per la tutela dell’ambiente”, 2000, Giuffrè Editores, Milán, p. 235, citados por FALBO, Aníbal José: “La información ambiental como principio rector de la protección del ambiente”, en *Jurisprudencia Argentina*, 2003-III, fascículo n° 12.

²⁶⁴ MORELLO, Augusto M.: “El conocimiento de los derechos como presupuesto de la participación (El derecho a la información y a la realidad social)”, *Revista Jurídica El Derecho*, 124-949.

²⁶⁵ ANDORNO, Luis O.: “La materia ambiental en las normas del MERCOSUR y la Convención de Aarhus (Dinamarca 1998) sobre acceso a la información, a la justicia y a la participación pública”, *RDA* N° 1 p. 1, Enero/ Marzo 2005, Lexis Nexis.

²⁶⁶ DE LOS RIOS, Isabel, “Principios de derecho ambiental”, p. 37, Caracas.

las Naciones Unidas para el Medio Ambiente sus agencias e instituciones socias. También, el Simposio celebrado por el PNUMA / ORPALC, del 26 al 28 de enero de 2000 en México DF, sobre el Acceso a la Justicia Ambiental en América Latina. Y el Simposio de Jueces y Fiscales de América Latina sobre Aplicación y cumplimiento de la normativa ambiental, de Buenos Aires del 23 al 24 de septiembre de 2003²⁶⁷.

²⁶⁷ Vid. Material de trabajo y Declaración de Buenos Aires, del SIMPOSIO DE JUECES Y FISCALES DE AMÉRICA LATINA. APLICACIÓN Y CUMPLIMIENTO DE LA NOTMATIVA AMBIENTAL, 23 y 24 de septiembre de 2003, Buenos Aires, Argentina, FUNDACIÓN AMBIENTE Y RECURSOS NATURALES.