

# Derecho ambiental

Ricardo Luis Lorenzetti y Pablo Lorenzetti



COMISIÓN NACIONAL DE  
**GESTIÓN AMBIENTAL**  
DEL PODER JUDICIAL



PODER JUDICIAL DEL PERÚ  
FONDO EDITORIAL



## Colección Justicia Ambiental

### **AVISO**

Estimados lectores:

Les comunicamos que el PDF del libro *Derecho ambiental* no puede subirse completo a la página web debido a que está protegido por los derechos de los autores. Por ello, encontrarán aquí la presentación y el primer capítulo de esta obra.

Si desean consultar el libro completo, pueden hacerlo en la biblioteca Domingo García Rada, ubicada en el primer piso del Palacio de Justicia; o en la Biblioteca Nacional del Perú.

Lamentamos la incomodidad ocasionada y apelamos a su comprensión.

Gracias.

Fondo Editorial del Poder Judicial

# Derecho ambiental

Ricardo Luis Lorenzetti *y* Pablo Lorenzetti



COMISIÓN NACIONAL DE  
**GESTIÓN AMBIENTAL**  
DEL PODER JUDICIAL



PODER JUDICIAL DEL PERÚ  
FONDO EDITORIAL

Colección Justicia Ambiental

Ricardo Luis Lorenzetti y Pablo Lorenzetti

*Derecho ambiental*. 9.ª ed.

Lima: Comisión Nacional de Gestión Ambiental del Poder Judicial del Perú/  
Fondo Editorial del Poder Judicial del Perú, 2021, 456 pp., 17 x 24 cm



Este libro fue sometido a referato externo anónimo bajo el sistema doble ciego.

*Derecho ambiental*

© Ricardo Luis Lorenzetti y Pablo Lorenzetti

© PODER JUDICIAL DEL PERÚ

Comisión Nacional de Gestión Ambiental del Poder Judicial  
Palacio Nacional de Justicia, azotea, oficina s/n  
Av. Paseo de la República cuadra 2 s/n, Lima, Perú  
Teléfono: (511) 410-1010, anexos: 11473 y 11433  
Correo electrónico: [comisiondegestionambientalp@pj.gob.pe](mailto:comisiondegestionambientalp@pj.gob.pe)

Presidente: Francisco Távara Córdova

Integrantes: Elvia Barrios Alvarado, Iris Estela Pacheco Huancas,  
Gustavo Álvarez Trujillo, Maruja Otilia Hermoza Castro,  
Lucy Margot Chafloque Agapito, Javier Raúl Romero Valente  
Secretario técnico: José Ronald Vásquez Sánchez

© PODER JUDICIAL DEL PERÚ

Fondo Editorial del Poder Judicial del Perú  
Palacio Nacional de Justicia, 4.º piso, oficina 421  
Av. Paseo de la República cuadra 2 s/n, Lima, Perú  
Teléfono: (511) 410-1010, anexo: 11260  
Correo electrónico: [fondoeditorial@pj.gob.pe](mailto:fondoeditorial@pj.gob.pe)

Director: Francisco Távara Córdova

Coordinador: Helder Domínguez Haro

Editora responsable: Gladys Flores Heredia

Diseñador: Rodolfo Loyola Mejía

Diagramador: Miguel Condori Mamani

Correctoras de textos: Yuliana Padilla Elías y Francesca Ximena Gonzales Muñoz

Asistentes de edición: Jorge Chávez Descalzi y Silvia Ramos Romero

Este libro ha sido auspiciado por la organización Derecho, Ambiente y Recursos Naturales (DAR).

Primera edición: 2018

Novena edición: mayo de 2021

Tiraje: 1000 ejemplares

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú n.º 2021-04332

ISBN: 978-612-4484-16-2

Impreso en Perú/*Printed in Peru*

Prohibida la reproducción total o parcial de esta obra sin previa autorización escrita del editor.

Se terminó de imprimir en mayo de 2021  
en Tarea Asociación Gráfica Educativa  
Pasaje María Auxiliadora 156, Lima, Perú.

Presentación   Francisco Távora Córdova	17
<b>PRIMERA PARTE</b>	
<b>EL ESTADO DE DERECHO AMBIENTAL</b>	21
<b>CAPÍTULO I</b>	
<b>EL PARADIGMA AMBIENTAL</b>	21
1.1. Introducción: etapa utópica, analítica y paradigmática	21
<b>PRIMERA PARTE. LA NATURALEZA COMO RECURSO ESCASO</b>	23
1.2. La naturaleza como débil necesitado de protección	23
1.3. La naturaleza como recurso escaso	24
1.4. Los datos de la crisis ambiental	24
1.4.1. La homogeneidad avanza sobre la diversidad	24
1.4.2. La contaminación se propaga	27
1.4.3. El desequilibrio desplaza al equilibrio	30
1.4.4. La aceleración desplaza la previsión	31
<b>SEGUNDA PARTE. CONFLICTO Y FALSOS DILEMAS</b>	33
1.5. Consenso declarativo y disenso práctico	33
1.6. El conflicto intergeneracional	35
1.7. El conflicto intrageneracional	36
1.8. Igualdad vs. ambiente	38
1.9. Desarrollo vs. ambiente	39
1.10. Conflictos irresolubles y polarización	40
<b>TERCERA PARTE. EL PARADIGMA AMBIENTAL</b>	43
1.11. Necesidad de un paradigma ambiental	43
1.12. La noción de sistema	44

1.13. La noción de acción colectiva	46
1.14. El modelo antropocéntrico y geocéntrico	47
1.15. Comunicabilidad con los principios de la naturaleza	48
1.15.1. Resiliencia	48
1.15.2. Biofilia	49
1.15.3. Cooperación	50
1.16. La gobernabilidad: rigidez vs. flexibilidad	51
1.17. Conflictos en la esfera íntima, privada y social	53
1.18. La economía	54
1.18.1. Externalidades negativas: la relación de la empresa con la sociedad	54
1.18.2. Instituciones: la tragedia de los bienes comunes	56
1.18.3. Externalidades positivas. Nuevos campos económicos	58
1.19. La ética y los valores	59
1.19.1. Los valores: libertad, igualdad y fraternidad	59
1.19.2. Fraternidad vs. intereses individuales	60
1.20. Conclusión	62

## CAPÍTULO II

<b>EL ESTADO DE DERECHO AMBIENTAL</b>	65
2.1. Introducción: dos facetas	65
2.2. La paradoja del Estado de derecho	66
2.3. Derechos fundamentales ambientales	67
2.4. El acceso a justicia	68
2.5. El acceso a la información y la participación	69
2.5.1. Acceso a la información	72
2.5.2. Principio de participación	74
2.6. La progresividad de los derechos fundamentales y el retroceso del derecho ambiental	75
2.7. El principio protectorio	75
2.8. Conclusión	76

## SEGUNDA PARTE

<b>EL DERECHO AMBIENTAL</b>	77
-----------------------------	----

## CAPÍTULO III

<b>BIENES JURÍDICOS</b>	77
3.1. Introducción	77

PRIMERA PARTE. EL BIEN JURÍDICO AMBIENTAL	78
3.2. Bien colectivo situado en la esfera social	78
3.2.1. Indivisibilidad de los beneficios: el bien no es divisible entre quienes lo utilizan	78
3.2.2. Uso común sustentable: el bien puede ser usado por todos los ciudadanos	78
3.2.3. No exclusión de beneficiarios: todos los individuos tienen derecho al uso y por lo tanto no pueden ser excluidos	79
3.2.4. Estatus normativo: el bien colectivo tiene reconocimiento legal	79
3.2.5. Calificación objetiva: la calificación de un bien como colectivo surge de una designación normativa objetiva y no subjetiva	80
3.2.6. Legitimación para obrar difusa o colectiva: estos bienes son protegidos mediante una amplia legitimación para obrar	80
3.2.7. Precedencia de la tutela preventiva: para proteger estos bienes la prevención-precaución debe aplicarse de modo prioritario a la reparación	80
3.2.8. Resarcimiento a través de patrimonios de afectación: cuando hay resarcimiento, no hay una indemnización que se traslade al patrimonio de una persona, aunque ella sea titular de la legitimación procesal	81
3.2.9. Ubicación en la esfera social: estos bienes pertenecen a la esfera social de tutela	81
3.3. Deberes, límites y derechos fundamentales típicos	81
3.4. Noción de ambiente	83
SEGUNDA PARTE. EL AMBIENTE Y LAS ACCIONES	85
3.5. Las acciones según los conflictos	85
3.6. La tipicidad de los derechos	87
3.6.1. Esquema	87
3.6.2. Derechos sobre bienes jurídicos individuales	89
3.6.3. Derechos sobre bienes jurídicos colectivos	90
3.6.4. Derechos sobre intereses individuales homogéneos	91
3.7. El Código Civil y Comercial de la Nación Argentina	91
TERCERA PARTE. LA NATURALEZA COMO SUJETO	94

## CAPÍTULO IV

### PRINCIPIOS Y DIRECTRICES

	99
4.1. Introducción	99
4.2. Definición normativa de los principios y valores	100
4.2.1. Principios	100
4.2.2. Valores	101
4.3. Recepción en el derecho ambiental	102
4.3.1. Fuentes internacionales	102
4.3.2. La ley argentina	104
4.3.3. Efectos jurídicos	105
4.4. Descripción de los principios ambientales	106
4.4.1. Principio de congruencia	106
4.4.1.1. Enunciación y efectos	106
4.4.1.2. Congruencia en materia procesal	107
4.4.2. Principio de prevención	108
4.4.3. Principio de precaución	109
4.4.4. Principio de progresividad	110
4.4.5. Principio de responsabilidad	111
4.4.6. Principio de subsidiariedad	112
4.4.7. Principio de sustentabilidad	113
4.4.8. Principio de equidad intergeneracional	114
4.4.9. Principio de solidaridad	115
4.4.10. Principio de cooperación	115
4.4.11. <i>In dubio pro natura</i>	116
4.5. Principio de no regresión	116
4.5.1. El retroceso del derecho ambiental	116
4.5.2. Principales caracteres	117
4.5.3. Principio de progresividad	118
4.5.4. El desarrollo sustentable y perdurable	119
4.5.5. Efectos jurídicos	120
4.5.5.1. La ley injustificadamente regresiva	120
4.5.5.2. La interpretación más favorable	121
4.5.5.3. En relación con las políticas públicas	122

## CAPÍTULO V

### PRINCIPIOS DE PREVENCIÓN Y PRECAUCIÓN

	123
5.1. Introducción	123
5.2. Consenso emocional y disenso cognoscitivo	124
5.3. Intervencionistas, preventivos y precautorios	126
5.4. Antecedentes	126

5.5. Concepto	127
5.6. Interrogantes	129
<b>PRIMERA PARTE. CALIFICACIÓN JURÍDICA</b>	130
5.7. ¿Es una obligación o una opción voluntaria?	130
5.8. ¿Son sus destinatarios los funcionarios o alcanza también a los habitantes?	130
5.9. ¿Cuál es su efecto sobre las políticas públicas?	131
5.10. ¿Cuál es el contenido del principio?	132
5.10.1. Fundamento constitucional	132
5.10.2. Concepto jurídico indeterminado	132
5.10.3. Peso diferente según los bienes comprometidos	133
5.11. ¿Cuáles son los presupuestos de aplicación?	133
5.11.1. Amenaza de daño grave o irreversible	133
5.11.2. La incertidumbre científica	135
<b>SEGUNDA PARTE. APLICACIÓN DEL PRINCIPIO</b>	138
5.12. Es casuístico	138
5.13. Reducción de la incertidumbre	139
5.14. Traslado del riesgo de la duda	139
5.15. Traslado del riesgo del error científico. Falsos positivos y falsos negativos	140
5.16. Traslado del riesgo en la demora	140
5.17. Traslado del riesgo probatorio	141
5.18. Aplicación dinámica y adaptativa	141
5.19. Traslado del riesgo del desarrollo	141
5.20. Equidad y no discriminación	143
<b>TERCERA PARTE. EL BALANCE ENTRE RIESGOS Y BENEFICIOS</b>	144
5.21. Admisibilidad del balance riesgo-beneficio	144
5.22. El carácter de técnica procedimental no valorativa	144
5.23. El método analítico no emocional	144
5.24. El procedimiento	145
5.24.1. Identificar márgenes de probabilidades	146
5.24.2. Deben valorarse los beneficios relativos para las partes relevantes	146
5.24.3. Deben examinarse los costos comparativos de las diversas alternativas	146
5.24.4. Hay que valorar las experiencias anteriores para obrar de modo consistente	147

5.24.5. Experimentar paso a paso	147
5.24.6. Comparaciones intra e intergeneracionales	147
5.25. Control ciudadano	148
5.25.1. El proceso de deliberación moral	148
5.25.2. La crisis en los procesos de decisión	149
5.25.3. Democracia intensiva	149
5.26. Control y administración del riesgo	151

<b>CUARTA PARTE. CAMBIOS PARADIGMÁTICOS</b>	153
5.27. La seguridad jurídica	153
5.28. De la reparación a la anticipación	153
5.29. El paradigma del anclaje	154

## **CAPÍTULO VI**

<b>LA FUNCIÓN AMBIENTAL</b>	155
6.1. Introducción	155
6.2. Armonización entre derechos individuales y colectivos	157
6.2.1. Planteo del conflicto	157
6.2.2. Reglas de compatibilización en el Código Civil y Comercial argentino	159
6.3. La propiedad privada	161
6.3.1. Noción inicial	161
6.3.2. Algunas derivaciones	162
6.4. El contrato	164
6.4.1. Tutela de la autonomía de la voluntad y de las libertades individuales	164
6.4.2. Influencia del orden público y de la teoría de los derechos fundamentales en el derecho contractual	166
6.4.3. Función ambiental del contrato	167
6.5. El consumo sostenible	169
6.5.1. Planteo del conflicto	169
6.5.2. Algunas manifestaciones	172

## **CAPÍTULO VII**

<b>LA REGULACIÓN DEL AGUA Y DEL PAISAJE</b>	177
<b>PRIMERA PARTE. LA REGULACIÓN DEL AGUA</b>	177
7.1. Introducción	177
7.2. ¿Qué fue el agua para el derecho?	178
7.2.1. El modelo dominial y antropocéntrico	178
7.2.2. Cosa susceptible de apropiación: <i>res commercium</i>	179

7.2.3.	Límites a la apropiación	179
7.2.4.	Desacralización del agua	180
7.2.5.	El problema ambiental enfocado en la salud pública humana	180
7.2.6.	Esferas pública y privada independientes	181
7.2.7.	Bien jurídico protegido	181
7.2.8.	Tipo de normas: predominio del derecho subjetivo	182
7.2.9.	Fuentes jurídicas	182
7.3.	¿Qué es el agua para el derecho?	182
7.3.1.	La conciencia de que el agua es un bien escaso	182
7.3.2.	El interés se traslada al uso	183
7.3.3.	La imposición de límites al desarrollo industrial y el modelo dominial	184
7.3.4.	Fuentes normativas	185
	7.3.4.1. Constitución	185
	7.3.4.2. Legislación especial	185
7.3.5.	Tipo de normas	186
7.3.6.	Bien jurídico protegido	186
7.4.	¿Qué será?	186
7.4.1.	El agua como problema generador de modelos de adjudicación legal	186
7.4.2.	La adjudicación a través del mercado	188
	7.4.2.1. Analogía entre la tierra y el agua	189
	7.4.2.2. Crítica al socialismo sobre la tierra y sobre el agua	189
7.4.3.	El modelo de los derechos de propiedad sobre el agua	189
7.4.4.	Debe respetarse la libertad y la propiedad individual	190
7.4.5.	Críticas	190
7.4.6.	El agua como bien colectivo en la esfera social	191
7.4.7.	El agua como bien perteneciente a la esfera social o colectiva	191
7.4.8.	Sustitución del modelo antropocéntrico	192
7.4.9.	Precedencia lógica en la colisión de derechos	192
7.4.10.	Función ambiental de los derechos de propiedad	192
7.4.11.	Derecho fundamental de acceso al agua potable	193
7.4.12.	Bienes protegidos y tipo de normas	193
<b>SEGUNDA PARTE. EL CASO DEL RÍO ATUEL</b>		194
7.5.	El río Atuel: una introducción al caso	194
7.6.	La demanda iniciada por La Pampa en 2014 que origina esta resolución	197

7.7.	La competencia dirimente del tribunal	197
7.8.	El rechazo de la excepción de cosa juzgada	197
7.9.	El derecho humano de acceso al agua potable	198
7.10.	La lucha contra la desertificación en la región	199
7.11.	La visión integral de cuenca hídrica	199
7.12.	El CIAI	200
7.13.	Conclusión	200

**TERCERA PARTE. DECLARACIÓN DE BRASILIA DE JUECES SOBRE JUSTICIA DEL AGUA (DECLARACIÓN DE 10 PRINCIPIOS)** 202

**CUARTA PARTE. EL PAISAJE: UN DESAFÍO EN LA TEORÍA JURÍDICA DEL DERECHO AMBIENTAL** 207

7.14.	Razones de su relevancia jurídica. Vulnerabilidad del paisaje	207
7.15.	Los primeros enfoques regulatorios	208
	7.15.1. Relaciones vecinales	208
	7.15.2. Preservación del patrimonio urbanístico histórico-cultural	208
7.16.	Definiciones jurídicas del paisaje	209
	7.16.1. Aproximaciones generales	209
	7.16.2. Bien natural y cultural	210
	7.16.3. Es un subsistema ambiental de naturaleza relacional	210
	7.16.4. Paisaje, ambiente y biodiversidad	211
	7.16.5. Delimitación del paisaje: dificultades espacio-temporales	211
	7.16.6. Paisaje y patrimonio	211
	7.16.7. Dimensión subjetiva y objetiva: concepción social del paisaje	212
	7.16.8. Conclusiones	212
7.17.	Jurisprudencia	213
	7.17.1. Valores estéticos de un parque. Omisión de protección estatal	213
	7.17.2. Construcción de una cancha de pelota que afea el vecindario	215
	7.17.3. Construcción de una torre que afecta la imagen de un monumento histórico	215
	7.17.4. Obras que afectan la memoria histórico-cultural	216
	7.17.5. El muro que impide ver el mar	216
	7.17.6. Obra que disminuye el valor de la propiedad por afectar la vista al río	218
	7.17.7. Tendido de electricidad que afecta el paisaje de la montaña	218
	7.17.8. De la jurisprudencia de Oaxaca de Juárez, México. Denegación de un pedido de autorización para construir un restaurante de comidas rápidas en un centro histórico cultural	219

7.17.9. Demolición de una casa histórica del Barrio de Flores	225
7.17.10. Fallos de STJ provinciales	226

## TERCERA PARTE

### LA APLICACIÓN DEL DERECHO AMBIENTAL

229

#### CAPÍTULO VIII

##### LA APLICACIÓN VOLUNTARIA

229

8.1. Introducción	229
8.2. La teoría de la implementación	229
8.2.1. El cumplimiento voluntario ( <i>compliance</i> )	230
8.2.2. Cumplimiento forzado ( <i>enforcement</i> )	231
8.2.3. Disuasión ( <i>deterrence</i> )	231
8.3. El problema de la ineficacia	232
8.3.1. La legislación declarativa	232
8.3.2. Bienes colectivos	234
8.4. El cumplimiento voluntario	234
8.4.1. Contexto institucional: confianza y costos de transacción	234
8.4.2. Construcción de capital social	236
8.4.3. Principios de buen gobierno	237
8.4.4. Regulación del mercado	238
8.5. Programas de cumplimiento	238
8.5.1. Establecimiento de objetivos intermedios y finales a cumplir	239
8.5.2. Técnicas de «comando-control»	239
8.5.3. Incentivos culturales	240
8.5.4. Medición del éxito	240
8.5.5. Identificación de los sujetos obligados por la regulación	240
8.5.6. Identificación de roles complementarios	240
8.5.7. Control de cumplimiento a cargo de una autoridad claramente identificada	241
8.5.8. Definición precisa de las competencias para la aplicación de las sanciones	242
8.6. Conclusión	242

#### CAPÍTULO IX

##### EL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD CIVIL POR DAÑO AMBIENTAL

245

9.1. Introducción	245
9.2. Nuevas fronteras de la responsabilidad civil	245
9.3. Polifuncionalidad del sistema	247
9.4. Función preventiva	249

9.4.1.	Deber genérico de prevenir daños	249
9.4.2.	Acción preventiva	251
9.5.	Función resarcitoria	253
9.5.1.	Recomposición. Reparación de daños ambientales	253
9.5.2.	Cuantificación del daño ambiental colectivo	254
9.6.	Función punitiva o sanción pecuniaria disuasiva	257
9.6.1.	Finalidad y objetivos del instituto	257
9.6.2.	Presupuestos y requisitos de procedencia	259
9.7.	Función precautoria	262
9.7.1.	Fundamentos	262
9.7.2.	Efectos sobre el régimen general de responsabilidad civil	263

## CAPÍTULO X

<b>PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL</b>	265	
10.1	Introducción	265
10.2.	Daño	265
10.2.1.	Concepto y tipología	265
10.2.2.	Caracteres específicos del daño ambiental	268
10.3.	Antijuridicidad	270
10.3.1.	Ampliación de las fronteras de la antijuridicidad	270
10.3.2.	Interpretación restrictiva de las causas de justificación	273
10.4.	Relación de causalidad	276
10.4.1.	Noción y especificidades	276
10.4.2.	Prueba de la relación causal	279
10.5.	Factores de atribución	282
10.5.1.	Concepto y particularidades	282
10.5.2.	Interpretación restrictiva de las eximentes	283
10.5.3.	Supuestos de responsabilidad solidaria	285
10.6.	Responsabilidad civil del Estado por daño ambiental	287

## CAPÍTULO XI

<b>EL PROCESO COLECTIVO AMBIENTAL</b>	295	
11.1.	Conflicto y proceso	295
11.2.	Procesos policéntricos	296
11.3.	La legitimación	299
11.3.1.	La noción de «afectado»	299
11.3.2.	Legitimación pública: el defensor del pueblo y los fiscales	301
11.3.3.	La sociedad civil: asociaciones	301
11.3.4.	La noción de bien colectivo con relación a la legitimación y competencia	302

## CAPÍTULO XII

### LA SENTENCIA

PRIMERA PARTE. CARACTERÍSTICAS DE LA SENTENCIA COLECTIVA 307

12.1. La sentencia sobre intereses individuales homogéneos 308

12.1.1. Efectos expansivos de la sentencia 309

12.1.1.1. Sentencia favorable a la acción 309

12.1.1.2. Sentencia que rechaza la demanda 309

12.1.1.3. Sentencia que rechaza la demanda por falta de pruebas 309

12.1.1.4. Cosa juzgada en materia ambiental 309

12.1.2. Procesos múltiples y litispendencia 311

12.2. La sentencia sobre bienes colectivos 313

SEGUNDA PARTE. SENTENCIAS ATÍPICAS 314

12.3. Distinción entre sentencia declarativa y sentencia de ejecución 314

12.3.1. Sentencia declarativa 314

12.3.2. Sentencia de ejecución 315

12.4. Exhortaciones 316

12.5. Mandatos de innovar y de no innovar 317

12.6. Mandatos dirigidos a la administración 318

12.6.1. Orden orientada hacia un resultado sustantivo 318

12.6.2. Orden orientada al modo en que se ejecuta 319

12.7. Mandatos dirigidos al Congreso 319

12.8. Problemas de implementación de sentencias atípicas 320

12.8.1. El problema del tiempo en la ejecución 320

12.8.2. Garantías de implementación. Creación de una microinstitucionalidad 322

12.8.3. Órdenes de organización de la implementación 324

TERCERA PARTE. EL PROBLEMA CONSTITUCIONAL 325

### Anexo

Fallos relevantes en derecho comparado 327

### Referencias

419



# PRESENTACIÓN

El derecho ambiental es una de las ramas del ordenamiento jurídico más útiles para garantizar la supervivencia del ser humano y la mejora de su calidad de vida; sin embargo, al menos en nuestro país, es una de las especialidades menos atendidas por la doctrina jurídica, en particular en textos que aborden puramente la materia jurídica ambiental.

La necesidad de textos que —con seriedad y rigor— interpreten la normativa e instituciones ambientales no se limita a la mejora de la academia. Por el contrario, los operadores jurídicos (jueces, fiscales y abogados) necesitamos de textos profundos, cuyas interpretaciones de la normativa ambiental puedan servir de apoyo para ahondar en el análisis de los problemas jurídicos que la práctica impone. Por ejemplo, un juez a quien le sea planteada la suspensión de una probable actividad contaminante, en la cual el fundamento del demandante sea la utilización del principio precautorio, debe contar con un respaldo en la doctrina que aborde los fundamentos jurídicos de este principio y su relevancia en la praxis judicial. De igual manera, aquel juez que deba dirimir sobre la posibilidad de admitir a trámite una demanda colectiva en pro del ambiente, tendría un sólido apoyo para su fallo si contara con doctrina especializada que le alcanzara el estado actual de la discusión jurídica sobre la legitimidad para obrar en casos ambientales.

En mi experiencia como presidente de la Comisión Nacional de Gestión Ambiental del Poder Judicial, he tenido conocimiento de primera mano de las necesidades de los jueces ambientales de contar con textos serios, que puedan ayudarlos a realizar mejor su quehacer diario. Por ello puedo afirmar que esta falta de investigaciones profundas es especialmente sensible en los siguientes ámbitos: introducción al derecho ambiental, delitos ambientales (principalmente minería y tala ilegal), derecho constitucional ambiental, derecho procesal ambiental, entre otros puntos que serían sumamente útiles al sistema de justicia ambiental nacional.

Es en este contexto en el que me encuentro doble y gratamente sorprendido con este libro de coautoría del ministro argentino Ricardo Luis Lorenzetti y del abogado especialista en derecho ambiental, Pablo Lorenzetti, el cual tengo el honor de presentar. En primer lugar, el texto brinda un profundo y serio acercamiento a las principales instituciones del derecho ambiental. Así, quien desee encontrar una solución a los dos problemas enunciados anteriormente, lo haría perfectamente en este texto. Para ello basta analizar el capítulo V (Principios de prevención y precaución) y el capítulo XI (El proceso colectivo ambiental), que desarrollan el tema a profundidad y con solvencia.

En segundo lugar, especialmente para los operadores del sistema de justicia, el texto tiene un valor muy importante, no solo porque el autor se desempeña laboralmente como juez de la Corte Suprema de la hermana República de Argentina, sino también porque el texto ha sido escrito y pensado en la praxis judicial. Quien revise el capítulo XII, que se refiere a la sentencia judicial, podrá encontrar valiosas reflexiones sobre aspectos jurídicos vinculados a las sentencias con contenido jurídico-ambiental. A la par, son copiosas la jurisprudencia y las referencias a la práctica que acompañan los diversos capítulos de la obra prologada.

Pero quizá lo más importante en la obra presentada sea lo que los autores han dado en denominar «cambio de paradigma» en el estudio del derecho ambiental, a partir de la descripción del contexto cultural en el que se desarrolla, y que nos dice que no nos encontramos frente a una mera especialidad del derecho ni ante un solo problema de derechos individuales.

Vivimos hoy en un mundo que enfrenta, como refieren los autores, una extraña paradoja cultural donde el antes deseable desarrollo progresivo se ve confrontado por los límites que muestra la naturaleza, anteriormente insospechados; lo que obliga a pasar del cambio de retórica —ya logrado con el influjo de las doctrinas ambientalistas— al ingreso a una etapa de análisis de los problemas jurídicos relacionados con la calificación de nuevos supuestos de regulación, leyes estatales, constitucionales e instrumentos internacionales de amplio contenido ambiental, que se reflejan en concretas hipótesis de trabajo y en la constatación del cambio hacia un paradigma ambiental con nuevos enfoques que consideren la fragilidad y límites del medio ambiente (la naturaleza como recurso escaso), y la necesidad de protegerlo.

La construcción del concepto de «Estado de derecho ambiental», es decir, la vigencia de la ley dentro de un paradigma ambiental, es también un aspecto esencial que abordan los autores con acuciosidad en sus diferentes facetas, que involucran la necesidad de interpretar y aplicar el Estado de derecho de acuerdo con principios ambientales.

En suma, estoy seguro de que el presente texto contribuirá decisivamente a llenar el vacío de textos jurídicos especializados en materia ambiental, específicamente sobre los fundamentos del derecho ambiental y su relación con la práctica judicial. Por ello, agradezco el generoso aporte de los autores en aras de una nueva visión y cambio de paradigma en el sistema de justicia ambiental peruano, el cual se encuentra deseoso de contar con textos que aborden con rigor y profundidad las distintas aristas de la práctica jurídica ambiental (penal, administrativa, constitucional y civil). También quiero agradecer, de modo muy especial, a la organización Derecho, Ambiente y Recursos Naturales (DAR) por haber auspiciado la impresión de este libro.

Lima, 22 de enero de 2021

**FRANCISCO TÁVARA CÓRDOVA**

Presidente de la Comisión Nacional de Gestión Ambiental del Poder Judicial  
Juez supremo decano de la Corte Suprema de Justicia de la República



PRIMERA PARTE  
EL ESTADO DE DERECHO AMBIENTAL

CAPÍTULO I  
EL PARADIGMA AMBIENTAL

1.1. INTRODUCCIÓN: ETAPA UTÓPICA, ANALÍTICA Y PARADIGMÁTICA

El estudio del derecho ambiental requiere una descripción del contexto cultural en el que se desenvuelve. De esa manera se comprende que no es una mera especialidad ni un problema de derechos individuales, sino un cambio de paradigma. Es por esta razón que presentamos un esquema como guía de interpretación<sup>1</sup>.

No resulta arriesgado señalar que vivimos inmersos en una extraña paradoja cultural:

Hace muy poco tiempo confiábamos en los grandes relatos sobre el desarrollo progresivo<sup>2</sup>, que utilizaban palabras resonantes para describir una utopía de la que gozarían las generaciones futuras. Hoy, por el contrario, las prognosis sociales son bastante diferentes, no dicen nada bueno sobre lo que tenemos por delante y lo que le dejamos a las generaciones que nos sucederán se parece bastante al sentido etimológico de la utopía: un no lugar.

---

1 Una profundización en detalle de cada tema conspiraría contra la posibilidad de tener una visión general, de la misma manera que ocurriría con un mapa que fuera el fiel y extenso reflejo de la geografía, carecería de toda utilidad.

2 Dichas teorías, de base evolutiva, impregnaron todas las concepciones ideológicas. Tomás Moro anunció la utopía, el marxismo habló de la sociedad sin clases, y más recientemente, numerosos autores del siglo XX se expresaron con fervor sobre distintos aspectos del mundo por venir, caracterizándolo como posindustrial (Bell, 1973), tecnocrático (Brzezinski, 1979). En la producción teórica latinoamericana también se desarrollaron ideas de este tipo (Ribeiro, 1971).

Vivimos una era de verdades implacables<sup>3</sup>, en la que la naturaleza está mostrando sus límites, y en la que nos acercamos a las fronteras de los modelos que han sido la base de nuestro desarrollo.

En este campo es posible presentar un esquema explicativo sobre tres etapas.

La primera fue «retórica», puesto que, en los años setenta, el movimiento ambientalista sembró las primeras palabras nuevas, símbolos y utopías, poco conocidas hasta entonces. El impacto que el ambientalismo ha tenido en el campo del discurso retórico ha sido impresionante. Vocablos como «ecología», «desarrollo sustentable», «verde», y tantos otros que ahora forman parte del actual lenguaje común, eran casi desconocidos hace treinta años.

La segunda fue «analítica», en el sentido de que se identificaron problemas, se los estudió, y se fueron elaborando modelos para tratarlos. En el área jurídica se produjo un movimiento de calificación de nuevos supuestos de regulación, leyes de todo tipo en los Estados, Constituciones «verdes» y tratados internacionales de amplio contenido.

La tercera es, en nuestra opinión, «paradigmática», en cuanto a que lo que está cambiando es el modo de ver los problemas y las soluciones proporcionadas por nuestra cultura. No es solo una nueva disciplina, como se suponía con las etapas anteriores, puesto que estamos ante una cuestión que incide en el plano propositivo de las hipótesis, y es, fundamentalmente, una mudanza epistemológica.

Desde este punto de vista podemos decir que surge un problema descodificante porque impacta sobre el orden existente, planteando uno distinto, sujeto a sus propias necesidades y es, por ello, profundamente herético. Se trata de problemas que convocan a todas las ciencias a una nueva fiesta, exigiéndoles un vestido nuevo. En el caso del derecho, la invitación es amplia: abarca lo público y lo privado, lo penal y lo civil, lo administrativo y lo procesal, sin excluir a nadie, con la condición de que adopten nuevas características<sup>4</sup>.

Por ello nos parece de interés indicar la existencia de un paradigma ambiental, que actúa como un principio organizativo del pensamiento retórico, analítico y protectorio, que se vincula con la interacción sistémica y con los enfoques holísticos.

La primera cuestión es entonces analizar por qué está cambiando el paradigma.

---

3 Esto es evidente en los informes que brinda la comunidad científica sobre calentamiento global, desaparición de las especies, disminución de las áreas de bosques y muchos otros aspectos. Pero también el cine, la literatura y la propia experiencia del ciudadano común perciben cambios relevantes en su entorno natural y cultural.

4 Escribí esta metáfora de la fiesta hace más de dos décadas: *Las normas fundamentales de derecho privado* (R. L. Lorenzetti, 1995a). Me permito escribirla nuevamente en razón de su simplicidad para explicar un complejo problema de leyes homólogas.

---

### ***Primera parte. La naturaleza como recurso escaso***

El cambio de paradigma ocurre porque mudan dos presupuestos básicos sobre los cuales se ha construido gran parte de la cultura occidental:

1. La naturaleza ya no es «fuerte», sino «débil» frente al potencial humano.
  2. La naturaleza ya no es «ilimitada», sino «escasa».
- 

## **1.2. LA NATURALEZA COMO DÉBIL NECESITADO DE PROTECCIÓN**

En la historia de la humanidad hubo temor a la naturaleza, identificada con los dioses durante el animismo, y posteriormente con una fuerza incontrolable para las personas.

En el siglo XX hubo un cambio notable, ya que se tuvo conciencia de que puede ser dominada y dañada por el ser humano.

La naturaleza aparece como un sujeto vulnerable, necesitado de protección. En la comunidad científica se afirma que hemos llegado a las fronteras del desarrollo poniendo en riesgo el funcionamiento del ecosistema<sup>5</sup>. En el ámbito religioso, el papa Francisco (2015), por ejemplo, dice que hay que escuchar el «gemido de la hermana tierra que se une al gemido de los abandonados del mundo» (n.º 53)<sup>6</sup>.

Este hecho, que gradualmente va siendo admitido a nivel global, da lugar a un sistema jurídico basado en la tutela de la naturaleza, sea mediante normas constitucionales, legales, principios de interpretación o limitaciones en el ejercicio de los derechos de propiedad y del consumo.

---

5 Los numerosos informes sobre calentamiento global y cambio climático son una buena muestra de ello.

6 La Universidad del Salvador organizó las «Jornadas Humanismo y Medio Ambiente. Reflexiones desde la Encíclica *Laudato Si'* de S. S. Francisco», que tuvieron lugar en la ciudad de Buenos Aires, los días 8 y 9 de septiembre de 2015, bajo el rectorado del doctor Juan Alejandro Tobías, fruto de las cuales es una obra colectiva, publicada por Ediciones Universidad del Salvador, en octubre de 2015, que contiene las exposiciones realizadas en dicho encuentro. La carta encíclica *Laudato Si'* fue publicada, íntegramente, en la *Revista de Derecho Ambiental*, n.º 43.

### 1.3. LA NATURALEZA COMO RECURSO ESCASO

El segundo presupuesto que ha cambiado se refiere al carácter ilimitado de los recursos naturales.

En numerosas culturas antiguas hubo un respeto de la «madre tierra» y del entorno dentro del cual se desenvolvían las actividades humanas. Sin embargo, a partir de la Revolución Industrial la acción humana adquirió un potencial enorme, que nadie consideró prudente limitar porque se pensaba que el contexto lo soportaba.

En los tiempos actuales hay evidencias suficientes como para afirmar que los recursos son limitados y que no toleran cualquier tipo de acción. Examinando la evolución histórica, Harari (2017, p. 239) afirma que, para proporcionar a cada uno de los habitantes del planeta el mismo nivel de vida que actualmente tienen los norteamericanos prósperos, necesitaríamos unos cuantos planetas más.

Este hecho tiene implicancias culturales extraordinarias: la naturaleza, como un todo, es un recurso escaso.

Estamos acostumbrados a trabajar con la escasez de bienes tangibles, como la tierra o el agua, y otros intangibles, como la libertad. Frente a ello la economía desarrolló su teoría de la acción racional individual orientada hacia la maximización de beneficios, lo cual permite explicar las opciones que realiza un individuo cuando se ve forzado a hacerlo porque los bienes no alcanzan a satisfacer las necesidades de todos quienes lo desean.

Los conflictos entre personas que disputan bienes individuales son los que las leyes y los jueces resuelven habitualmente.

Lo novedoso es que la «naturaleza», como totalidad, y no solo sus partes, es lo que ahora aparece como recurso escaso, cuestión que nos presenta un escenario conflictual diferente a los que conocemos.

### 1.4. LOS DATOS DE LA CRISIS AMBIENTAL

Los dos presupuestos anteriores tienen su base en la «crisis ambiental» que describiremos omitiendo datos que son conocidos, con la finalidad de mantener la brevedad del texto.

#### 1.4.1. La homogeneidad avanza sobre la diversidad

La biodiversidad se está perdiendo a pasos agigantados. En todas las ramas de las ciencias se va consolidando este diagnóstico: se han perdido especies de animales, de plantas, de prácticas culturales, de idiomas.

En los últimos tiempos ha llamado la atención el análisis macrohistórico tomando en cuenta el rol del *Homo sapiens*, que fue creciendo de tal modo que ha sido el principal depredador. Dice Harari (2018) que

La extinción de la megafauna australiana fue probablemente la primera marca importante que *Homo sapiens* dejó en nuestro planeta. Fue seguida por un desastre ecológico todavía mayor, esta vez en América. *Homo sapiens* fue la primera y única especie humana en alcanzar la masa continental del hemisferio occidental, a la que llegó hace unos 16.000 años, es decir, alrededor de 14.000 a. C. Los primeros americanos llegaron a pie, gracias a que en aquella época el nivel del mar era lo bastante bajo para que un puente continental conectara el nordeste de Siberia con el noroeste de Alaska. No es que la travesía fuera fácil; el viaje era arduo, incluso más si cabe que la travesía era hasta Australia. Para emprenderlo, los *sapiens* tuvieron primero que aprender a soportar las extremas condiciones árticas del norte de Siberia, una región en la que el sol no luce nunca en invierno, y en la que la temperatura puede descender hasta -50 grados Celsius [...] Sin embargo, toda esa diversidad desapareció. Dos mil años después de la llegada de los *sapiens*, la mayoría de estas especies únicas se habían extinguido. Según estimaciones actuales, en este corto intervalo Norteamérica perdió 34 de sus 47 géneros de mamíferos grandes y Sudamérica perdió 50 de un total de 60. Los felinos de dientes de sable, después de haber prosperado a lo largo de más de 30 millones de años, desaparecieron, y la misma suerte corrieron los perezosos terrestres gigantes, los enormes leones, los caballos americanos nativos, los camellos americanos nativos, los roedores gigantes y los mamuts. Tras ellos, miles de especies de mamíferos, reptiles y aves de menor tamaño e incluso insectos y parásitos se extinguieron también (cuando los mamuts desaparecieron, todas las especies de garrapatas de mamuts cayeron en el olvido) (pp. 87-89).

El *Homo sapiens* fue un gran depredador y provocó un desastre ecológico en materia de biodiversidad, pero también se ha apoderado del planeta. Señala Harari (2018) que

los últimos 500 años han sido testigos de un crecimiento vertiginoso y sin precedentes del poder humano. En el año 1500, había unos 500 millones de *Homo sapiens* en todo el mundo. En la actualidad, hay 7.000 millones. Se estima que el valor total en bienes y servicios producidos por la humanidad en el año 1500 fue de 250.000 millones de dólares de hoy día. En la actualidad, el valor de un año de producción humana se acerca a los 60 billones de dólares. En 1500, la humanidad consumía unos 13 billones de calorías de energía al día. En la actualidad, consumimos 1.500 billones de calorías diarias (considere el lector de nuevo estas cifras: la población humana se ha multiplicado por 14, la producción por 240 y el consumo de energía por 115) [...] En el mundo hay unas 80.000 jirafas, frente a

los 1.500 millones de cabezas de ganado vacuno; solo 200.000 lobos, frente a los 400 millones de perros domésticos; solo 250.000 chimpancés, frente a los miles de millones de humanos. Realmente, la humanidad se ha apoderado del mundo (p. 275).

Todo ello hace prevalecer la homogeneidad sobre la diversidad. «En el Antropoceno, el planeta se convirtió por primera vez en una sola unidad ecológica. Australia, Europa y América continuaron teniendo climas y topografías diferentes, pero los humanos provocaron que organismos de todo el mundo se mezclaran de una manera regular, con independencia de la distancia y la geografía» (Harari, 2018, p. 90).

La pérdida de selvas y bosques implica al mismo tiempo la pérdida de especies que podrían significar en el futuro recursos sumamente importantes, no solo para la alimentación, sino también para la curación de enfermedades y para múltiples servicios. Las diversas especies contienen genes que pueden ser recursos claves para resolver en el futuro alguna necesidad humana o para regular algún problema ambiental (Papa Francisco, 2015, n.º 32).

También es importante considerar el aspecto económico. En algunos sectores se advierte la pérdida de diversidad productiva, como, por ejemplo, en el agro. La utilización de cereales transgénicos y las técnicas productivas en evolución aumentan los incentivos para los cultivos tradicionales como la soja o el trigo, desapareciendo la diversidad originaria. Algo similar ocurre con la minería, ya que

A medida que avanzan las tecnologías de extracción de petróleo, gas, minerales y otros recursos naturales no biológicos y de localización de los yacimientos de esos recursos, incluso en regiones apartadas del planeta, en todas partes del mundo aumenta el número de actividades de la industria extractiva y se espera que en el futuro siga aumentando (Naciones Unidas, 2016, n.º 41)<sup>7</sup>.

La diversidad cultural y lingüística están en el mismo proceso de homogeneidad, que diluye las particularidades locales. En ello está involucrada la identidad de los pueblos, y la de las personas, lo que se ha llamado «el sentimiento de estar en casa dentro de la ciudad que nos contiene y nos une» (Papa Francisco, 2015, n.º 151).

Las ciudades se vuelven similares debido a numerosos factores. El transporte en general y el uso del automóvil en particular, la difusión de marcas comerciales

---

7 Asamblea de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, segundo período de sesiones, Nairobi, 23 a 27-5-2016.

globales asimila a los centros comerciales, y la estandarización del consumo que acelera el mismo proceso.

El fenómeno también se extiende a aspectos más intangibles, como la pérdida del silencio. La contaminación acústica y visual son cada vez más relevantes para el oído y el ojo humano generando un aturdimiento generalizado.

La expansión del mundo digital y la telefonía inteligente orientan a las personas hacia una monotonía que deteriora el pensamiento complejo, abriendo un lugar donde todos se miran hasta agotarse de sí mismos en el diluvio de información (Byung-Chul, 2014). Es una máscara vacía como la descrita por Calvino (2012).

Existe un proceso muy potente encaminado hacia la homogeneidad, que se traslada incluso a las conductas más específicas. Es un buen ejemplo examinar cómo los niños de todo el mundo desean los mismos celulares y juegan los mismos juegos, o el caso de los adultos en el que hay una internacionalización de las pautas de consumo similares.

#### **1.4.2. La contaminación se propaga**

La contaminación se ha extendido a todos los niveles, y hay numerosas fuentes de información que corroboran este hecho.

El agua presenta niveles de contaminación preocupantes en todo el planeta. Las aguas submarinas, los mares, los lagos, los glaciares están sometidos a procesos que degradan su calidad y cantidad como recurso natural, a la vez que aumenta la demanda y disminuye la oferta.

Naciones Unidas (2016) lo ha expresado con toda claridad al enumerar sus esfuerzos:

En lo relativo a los recursos y ecosistemas de agua dulce, costeros y marinos, se han establecido varias alianzas internacionales y otros marcos internacionales de colaboración bajo los auspicios de los convenios y planes de acción sobre mares regionales vigentes, y programas de mares regionales conexos, el Programa de Acción Mundial para la Protección del Medio Marino frente a las Actividades Realizadas en Tierra y otras iniciativas internacionales. Se concentran en problemas que son motivo de preocupación internacional, como la basura y los desechos marinos y el vertimiento de contaminantes y nutrientes en el medio marino producto de actividades realizadas en tierra. Al mismo tiempo, no obstante, no existe un marco jurídico internacional general para hacer frente a esos nuevos problemas, a no ser los marcos muy generales de cooperación internacional para el control de la contaminación marina previstos en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (n.º 17).

Los océanos, los mares y las zonas costeras constituyen un componente integrado y esencial del ecosistema terrestre y son fundamentales para su sostenibilidad. Sin embargo, existe una creciente preocupación a escala internacional sobre cuestiones como la contaminación marina (incluidos los detritos marinos, y especialmente los plásticos), los contaminantes orgánicos persistentes, los metales pesados y los compuestos nitrogenados procedentes de diversas fuentes marinas y terrestres, entre ellas las actividades navieras y las escorrentías. Además, es necesario adoptar medidas colectivas para evitar la acidificación de los océanos y aumentar la resiliencia de los ecosistemas marinos (n.º 18).

Para hacer frente a los efectos del cambio climático y las demás presiones ambientales, se plantea la necesidad cada vez más apremiante de fortalecer los marcos jurídicos ambientales que sustentan la gobernanza, a fin de garantizar la salud de los ecosistemas, gestionar los usos conflictivos y brindar acceso adecuado y equitativo al agua potable y al suministro de agua (n.º 19).

En cuanto a la gestión ambientalmente racional de los recursos de agua dulce internacionales, se debería brindar más respaldo al Foro Internacional del Medio Ambiente para las Organizaciones de Cuencas, organizado por el PNUMA, la Red Internacional de Organizaciones de Cuencas y las organizaciones asociadas pertinentes, en particular con vistas a hallar solución a problemas comunes de las cuencas transfronterizas y los ecosistemas conexos. Asimismo, con posterioridad a la entrada en vigor en el año 2014 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación, deberían concertarse actividades para aplicar los principios y procedimientos establecidos en la Convención para aprovechar los vínculos y las sinergias con otros acuerdos multilaterales sobre el medio ambiente (n.º 20).

[...] los recursos biológicos acuáticos, en particular los recursos biológicos marinos, la pesca ilícita, no regulada y no declarada, la introducción de especies exóticas y la diversidad biológica en zonas situadas fuera de la jurisdicción nacional son algunas de las cuestiones clave que exigen proseguir la cooperación internacional que debe fomentarse bajo los auspicios de los acuerdos ambientales multilaterales pertinentes, así como de los tratados internacionales y otros instrumentos que rigen esos aspectos (n.º 21).

En lo que hace a la conservación, restauración y utilización sostenible de los suelos, gracias a la colaboración con la Secretaría de la Convención de las Naciones Unidas de Lucha contra la Desertificación en Cuestiones de Tierras Áridas, el PNUMA prestó apoyo a la aplicación de la Convención y el logro de sus objetivos. Dada la importancia de la gestión sostenible y ambientalmente racional de los suelos para la seguridad alimentaria y el mantenimiento de los medios de subsistencia, se deberían seguir realizando esfuerzos a nivel internacional para abordar esa cuestión.

En relación con los bosques, se han tomado medidas para alcanzar la sostenibilidad ambiental, en el contexto tanto de adaptación al cambio climático como de la conservación y la gestión sostenible de la diversidad biológica, incluso por medio de las asociaciones internacionales de colaboración como el Programa de Colaboración de las Naciones Unidas para Reducir las Emisiones debidas a la Deforestación y la Degradación Forestal en los Países en Desarrollo, conocido como el Programa ONU-REDD.

También cabe considerar «la contaminación atmosférica transfronteriza de carácter intercontinental, como la contaminación del ozono troposférico, que es un problema hemisférico y no puede resolverse en el nivel regional porque el ozono y sus precursores se trasladan entre continentes» (Naciones Unidas, 2016, n.º 34).

El impacto de la contaminación sobre la salud humana es cada vez más evidente, porque surgen nuevas enfermedades derivadas de nuestro modo de vida. Hay muchos investigadores (Devra, 2007)<sup>8</sup> que sugieren que los agrotóxicos y los contaminantes atmosféricos, así como los alimentos y el estilo de vida, crean un entorno propicio para que ello ocurra (Papa Francisco, 2015, n.º 20).

Junto con el patrimonio natural existe un patrimonio histórico, artístico y cultural, y bellezas escénicas igualmente amenazadas a las que se debe cuidar y proteger. Por eso, la ecología también supone el cuidado de las riquezas culturales de la humanidad en su sentido más amplio<sup>9</sup>.

El paisaje también está contaminado por la superposición de agregados de todo tipo que distorsionan una visión que permita una mínima identidad y goce. La actividad humana interfiere constantemente con el paisaje: la extensión incontrolada de la urbanización, la expansión de la publicidad en los ambientes urbanos y rurales, las infraestructuras de transporte (rutas, autopistas, puentes, etc.), la simplificación de los paisajes agrarios, la explotación salvaje del suelo, el abandono en las explotaciones minerales, el turismo y toda la infraestructura hotelera.

El paisaje es extremadamente vulnerable, ya que está en un delicado equilibrio ecológico. Su degradación se produce cuando aceleramos los flujos de los elementos minerales que lo atraviesan o cuando reducimos el número de especies de su biocenosis.

Cuando un bosque pierde el canto de los pájaros, parte del paisaje muere un poco. Cuando un arroyo pierde la calidad de sus aguas, el paisaje muere un poco. Cuando un valle es cruzado por una carretera, el paisaje muere un poco. Cuando una sierra es cruzada por un tendido eléctrico, el paisaje muere un poco.

---

8 Esta autora tiene varios textos sobre la cuestión ambiental y las enfermedades.

9 Preámbulo de la Declaración de Edimburgo, y preámbulo y artículo 3.º del Protocolo Antártico del Tratado Antártico sobre Protección del Medio Ambiente.

El impacto negativo de las obras de infraestructura edilicias puede concretarse en dos puntos: deterioro del paisaje y agresiones a la avifauna. En definitiva, la intrusión producida sobre el paisaje por el conjunto de líneas formadas por el volumen de los edificios torres y de obras de infraestructura comunitaria, que constituye la forma normal de desarrollo urbano de estos últimos tiempos, origina una rotura brusca del equilibrio natural y de su armonía estética.

El paisaje se transforma en agresivo e inarmónico, llevando al espíritu del espectador la inquietud de la violación consumada en la madre naturaleza.

En las ciudades hay un crecimiento acelerado y, por lo tanto, difícil de organizar, haciendo que el entorno ambiental y social sea contaminado. El ruido, las emisiones tóxicas, la proliferación de mensajes de todo tipo, la reducción de espacios verdes, son factores evidentes.

### **1.4.3. El desequilibrio desplaza al equilibrio**

Es perceptible que hay un desequilibrio en el orden natural que desplaza al equilibrio, entendido como lo que conocíamos; en realidad se está construyendo un nuevo equilibrio homeostático en el que se requieren nuevas adaptaciones.

La naturaleza ha perdido capacidad de resiliencia, es decir, de mantener su propia identidad, y el equilibrio del sistema se está quebrando. Por eso vemos tormentas y huracanes que sorprenden, inviernos helados, veranos agobiantes; todo va hacia los extremos. Hay sitios donde hay demasiada agua y se provocan inundaciones y hay otros en los que ya no alcanza para vivir. Por exceso o por defecto, vemos una alteración de la armonía natural.

Los bienes ambientales también están sometidos a tensiones que alteran su equilibrio. Un buen ejemplo es el agua potable: la demanda de agua aumenta porque la población mundial ha crecido exponencialmente y los usos industriales son cada vez más intensos y no es eficiente porque hay mucho desperdicio; por otro lado, la oferta disminuye, porque las áreas desérticas han aumentado por efecto de la deforestación, los ríos y las napas están contaminados, los glaciares retroceden, el cambio climático está calentando el planeta.

El papa Francisco (2015) ha señalado, con referencia al calentamiento global:

En las últimas décadas, este calentamiento ha estado acompañado del constante crecimiento del nivel del mar, y además es difícil no relacionarlo con el aumento de eventos meteorológicos extremos, más allá de que no pueda atribuirse una causa científicamente determinable a cada fenómeno particular (n.º 23).

#### 1.4.4. La aceleración desplaza la previsión

La aceleración del tiempo es innegable en todos los campos<sup>10</sup> y han cambiado los presupuestos sobre cuya base se hacían predicciones económicas, técnicas, jurídicas y políticas. Nadie sabe muy bien en qué dirección va el desarrollo ni cuáles serán sus consecuencias.

Para apreciar este fenómeno en la tecnología es interesante comparar la experiencia cotidiana.

Una persona que hoy tiene noventa años tuvo una infancia donde no existían las cocinas, heladeras, aire acondicionado, trasplantes de corazón, automóviles, teléfonos, aviones, viajes a la luna, televisión. El cambio ha sido impresionante y tuvo que adaptarse.

Una persona que hoy tiene treinta años asistió al nacimiento de los teléfonos inteligentes, internet, Google, YouTube, Amazon, Facebook, tecnologías médicas increíbles, automóviles no guiados, las series en Netflix, la moneda electrónica. La música, por ejemplo, pasó en pocos años desde el disco en vinilo, al casete y luego por el CD, hasta el *streaming* actual en el que los soportes materiales son irrelevantes. El surgimiento de las redes sociales alteró totalmente los vínculos interpersonales. La inteligencia artificial ha derrotado al cerebro humano en el ajedrez, el desplazamiento de trabajos tradicionales puede llegar a ser masivo.

Cuando todo este cambio se aprecia con cierta distancia, nos damos cuenta de que no se trata solo de un avance evolutivo de variables conocidas. Es una nueva plataforma tecnológica totalmente diferente que organiza la vida cotidiana, la sociedad, el mercado y la gobernabilidad política.

Las instituciones están mudando sustancialmente por efecto de la globalización y la tecnología, lo cual tiene impacto sobre las decisiones ambientales. Existe una transmisión muy rápida de los fenómenos de un lugar del mundo al otro generando cambios permanentes. Frente a esa velocidad, las decisiones institucionales son lentas, trabajosamente logradas. Por eso vemos Estados enteros que se vuelven inviables, crisis de gobiernos, un verdadero «desorden global». Este fenómeno explica en gran medida las decisiones que se adoptan para autopreservarse, con impactos muy negativos sobre el progreso en la tutela del ambiente. El cambio climático es también acelerado.

El «Holoceno» es un concepto utilizado para describir el período que se inicia después de la última glaciación, hace unos diez mil años y es un tiempo razonablemente cálido y estable. Sobre estas bases se ha construido lo que llamamos «civilización».

---

10 Hay numerosa literatura sobre este tema. Por todos ver Friedman (2017).

El «Antropoceno» es un término que llama la atención sobre el hecho de que, a partir de la Revolución Industrial, el impacto de la acción humana sobre la naturaleza ha sido significativo.

El paso del «Holoceno» al «Antropoceno» es extremadamente rápido y sus consecuencias son desconocidas.

Estamos viviendo las consecuencias ambientales de las primeras acciones humanas basadas en la primera etapa de la Revolución Industrial, pero no sabemos cuál va a ser el panorama dentro de cincuenta años, cuando se hagan concretos los efectos de lo que hacemos ahora.

Todo este proceso es preocupante, porque la mayor parte de las decisiones, por una multiplicidad de factores complejos, son adoptadas por gente joven que se desenvuelve, muchas veces, en ámbitos institucionales ajenos o extraños a sus intereses o formación.

Es la primera vez en la historia de la humanidad que una generación transmite el conocimiento a la anterior. Es lo que sucede con la tecnología, que evoluciona tan rápido que los niños les enseñan a sus padres cómo manejar el celular, la computadora o los juegos.

Esta afirmación se refiere a la técnica, pero no a la sabiduría, ya que los problemas de envidias, celos, disputas de poder, o la desorientación espiritual son similares, ya sea en la época de Sócrates, la de Shakespeare o en la actual.

La sabiduría no es acumulación de datos, porque más vacío está el corazón, más necesita objetos para comprar, poseer y consumir (Papa Francisco, 2015, n.ºs 47 y 204).

Por esta razón advertimos que se avanza en la tecnología y se retrocede en los valores. Este es uno de los grandes debates de nuestro tiempo, porque no se trata de una necesidad de adaptarse, sino de una gran dislocación, un movimiento tectónico que altera los presupuestos sobre los cuales se ha desarrollado la experiencia humana.

Existe una interacción entre la evolución tecnológica, económica y ambiental que tiene una escala cuantitativa y cualitativa que resulta inabarcable para la experiencia humana tradicional.

La perspectiva filosófica, ética, valorativa es cada vez más urgente para dar un sentido razonable a la evolución humana y natural.

---

### ***Segunda parte. Conflicto y falsos dilemas***

Debemos tener en cuenta que esta es la primera generación que tiene el conocimiento del riesgo de colapso ambiental y, muy probablemente, la última que puede hacer algo para evitarlo.

El panorama descrito brevemente debería ser lo suficientemente preocupante para que nos ocupemos seriamente de su estudio para elaborar una nueva herramienta teórica, al menos en el campo jurídico.

Lo que está ocurriendo es casi lo contrario: el replanteo de falsos dilemas que oscurecen la solución. Repasaremos algunos de estos aspectos.

---

## **1.5. CONSENSO DECLARATIVO Y DISENSO PRÁCTICO**

La cuestión ambiental presenta una paradoja: todos están en favor del ambiente, pero los datos muestran que el deterioro derivado de la acción humana es cada vez mayor. Existe un consenso declarativo y un disenso práctico.

Las declaraciones existentes en los convenios internacionales y en la denominada «corrección» política e institucional nos ofrecen una *communis opinio*: la naturaleza debe ser protegida.

Las acciones prácticas, en cambio, presentan un panorama completamente distinto. En muchos casos se presenta un objetivo de desarrollo que oculta los efectos ambientales. Por ejemplo: cuando se dice que hay una gran oportunidad de explorar el Ártico, viajar por el Polo Norte, vivir experiencias increíbles, pero en la realidad existe un peligro enorme derivado del deshielo de ambos polos, Ártico y Antártico.

En otros se siembra la duda científica, se afirma que no hay pruebas de que exista un riesgo ambiental, y que la técnica irá a solucionar todos los problemas; nada que temer.

Esta breve descripción es suficiente para señalar que un aspecto importante consiste en desmontar estas estrategias de ocultamiento y presentar las opciones de modo más transparente, para que se puedan adoptar decisiones basadas en un análisis claro de los riesgos y beneficios.

En el derecho se observa una dualidad similar. El campo declarativo es el de las emociones. Sentir que la Tierra está en peligro, plantear límites al desarrollo, identificar ideales y luchar por ellos es la tarea de la mayoría de quienes abordan este tema. Este enfoque se propone un objetivo de concientización,

para lo cual comienza señalando los riesgos que afronta el ambiente. Luego de ello se sigue con un señalamiento de los valores en juego: el desarrollo o la preservación de la naturaleza. Se trata de un diagnóstico y de una contraposición de valores.

Esta metodología ha tenido influencia en la legislación, en la que abundan frases de tipo retórico, adopción de valores y legislación por objetivos. Ha sido muy positivo a los efectos de identificar los problemas y crear conciencia.

Los críticos de este enfoque han señalado su ineffectividad. Se ha dicho que el derecho de los tratados ambientales es un «derecho blando», porque utiliza programas, objetivos, verbos potenciales, generalidades políticas (Estrada Oyuela, 1993, p. 6), y por ello los países los suscriben, pero no se sienten realmente obligados.

Se ha observado (Hahn, 1993, p. 1719) que este tipo de leyes fallan a la hora de lograr soluciones concretas. En algunos casos fallan por exceso, al establecer salvatajes ambientales que deterioran otros bienes a un alto costo; en otros, por defecto, al no atacar los verdaderos problemas, y en la mayoría, por improvisación, usando todo tipo de medidas para enfrentar el problema, esperando que suceda lo mejor, pero sin tener un análisis sistémico.

Muchas críticas son exageradas o bien inadecuadas en la medida en que el enfoque declarativo se aplica a un campo distinto del analítico, y si bien es útil para el tratamiento de materiales axiológicos, no lo es en el diseño de herramientas técnicas.

Asimismo, en el plano analítico tampoco hay demasiada claridad al respecto. Las nociones son rudimentarias para contemplar adecuadamente las constelaciones de problemas vinculados que se presentan y es por ello que muchas soluciones se hallan controvertidas.

Por ejemplo, se ha señalado que es urgente estabilizar la población, ya que en un futuro no muy lejano no habrá suficientes recursos y se llegará a un punto crítico (Gore, 1992, pp. 30-ss.). Como derivación de esa premisa se proponen medidas drásticas en materia de control de natalidad. La hipótesis de que la población tenga un impacto global tan decisivo en términos ambientales ha sido controvertida ampliamente en la conferencia sobre población que realizaron las Naciones Unidas en 1994 en la ciudad de El Cairo. Aun si se admitiera, también se controvierten los mecanismos de control, puesto que se puede regular la población directamente (control de nacimientos, subsidios e incentivos) o bien las externalidades asociadas a su crecimiento.

La idea de que el progreso trae deterioro ambiental y que en consecuencia hay que volver a la infancia de la humanidad ha sido ampliamente cuestionada. Se afirma, por ejemplo, que las sociedades más desarrolladas han disminuido su crecimiento poblacional y mejorado el ambiente; consecuentemente, hay

que introducir instituciones económicas que favorezcan el funcionamiento del mercado y que produzcan riqueza (Hahn, 1993, p. 1728). También se ha señalado que no hay una relación directa entre el progreso técnico y el deterioro ambiental, puesto que los países subdesarrollados deterioran el medio ambiente más que los que están desarrollados (Lovelock, 1986).

Otras soluciones presentan problemas técnicos para ser implementadas. Por ejemplo, se propone imputar la externalidad negativa a la empresa o al país que deteriora el ambiente; sin embargo, es difícil la medición de la degradación ambiental, del daño o del costo. Es complejo establecer cuál es el índice de consumo de recursos naturales de una nación (Hahn, 1993).

La solución a estos debates pasa por lograr una protección eficaz y eficiente. Señala Benjamin (1993, p. 49) que la cuestión ambiental tiene innumerables facetas, entre las cuales identifica el trabajo «analítico», que sirve para estudiar el medio ambiente y su deterioro, y el «protectorio», que busca mecanismos eficientes para evitar la degradación y mejorar la calidad del medio ambiente. Seguidamente manifiesta que lo que interesa en esencia al derecho es la protección ambiental.

Por nuestra parte, hemos distinguido entre el enfoque «retórico» y «analítico», entre el debate «axiológico» y el «técnico-instrumental». Ambos pueden estar encaminados a la protección y sin duda es así. Pero es necesario coordinar la protección con la eficiencia y la eficacia. Por ello Benjamin habla bien de «protección eficiente». Es decir que lo que se debe hacer es identificar el bien jurídico protegido y luego fijar los instrumentos para que ese objetivo sea cumplido con eficacia.

## 1.6. EL CONFLICTO INTERGENERACIONAL

El conflicto entre generaciones es cada vez más evidente. Las personas que son adultas en la primera mitad del siglo XXI están adoptando decisiones que impactarán seriamente en el modo de vida de quienes vivan en la segunda mitad del siglo o en el siguiente. Es altamente probable que no puedan disfrutar de numerosos recursos que se agotarán, o no podrán ver paisajes de los que hoy disfrutamos.

Este problema ya se ha dado con anterioridad en numerosas áreas del planeta. Cuando los españoles llegaron a Perú y Bolivia en el siglo XVI, buscaban oro y plata que encontraron en abundancia y ello provocó un período de riqueza considerable para esa generación, aunque fue desigualmente repartida. Pero lo agotaron y la generación siguiente ya no pudo disfrutar de ese recurso y generó la pobreza extrema en la región que quedó devastada.

Cuando muchos países europeos llegaron en los siglos XVIII y XIX a distintas regiones de África, encontraron riquezas que explotaron y agotaron. El continente africano se empobreció para la generación que vivió en el siglo XX y hoy vemos cómo esas personas van emigrando hacia Europa en una ola indetenible. En definitiva, están cobrando la deuda de la generación anterior, ya que no tienen ningún futuro posible en sus tierras empobrecidas.

Estos ejemplos abundan en todo el planeta. El problema central es que las políticas públicas no tienen en cuenta una perspectiva de mediano y largo plazo y no están las próximas generaciones para defenderse de las conductas actuales que los van a perjudicar en el futuro.

Por ello es tan importante dar una legitimación a las generaciones futuras en los procesos judiciales e incorporar la visión de largo plazo en las decisiones.

En este sentido, dice el papa Francisco (2015):

La noción de bien común incorpora también a las generaciones futuras. Las crisis económicas internacionales han mostrado con crudeza los efectos dañinos que trae aparejado el desconocimiento de un destino común, del cual no pueden ser excluidos quienes vienen detrás de nosotros. Ya no puede hablarse de desarrollo sostenible sin una solidaridad intergeneracional (n.º 159).

Este problema es de muy difícil solución, porque las generaciones venideras no están presentes y porque no sabemos cuál va a ser el impacto de lo que estamos haciendo ahora. Las mejores estrategias actuales se enfocan en hacer visible el conflicto.

En el aspecto institucional es posible crear la figura del representante de las generaciones futuras, o dar legitimación a organizaciones no gubernamentales, es decir, «voces del futuro».

En el campo científico es importante la perspectiva temporal, es decir, cuáles serán los efectos de una medida en diferentes escenarios futuros.

## 1.7. EL CONFLICTO INTRAGENERACIONAL

El conflicto global intrageneracional hace referencia al problema de las relaciones «norte/sur». Expresado de modo ciertamente simplista, el razonamiento es el siguiente:

1. El hemisferio norte se ha desarrollado y enriquecido en virtud de haber explotado los recursos naturales del hemisferio sur.
2. El hemisferio sur necesita desarrollarse y no puede hacerlo en base a los recursos naturales agotados o bien hay exigencias de cumplimiento de normas ambientales que exige el norte y que el sur no puede cumplir.

3. Existe una deuda ambiental de gran volumen económico a cargo del norte cuyo acreedor es el sur.

En este sentido, la encíclica *Laudato Si'* afirma:

La inequidad no afecta solo a individuos, sino a países enteros, y obliga a pensar en una ética de las relaciones internacionales. Porque hay una verdadera «deuda ecológica», particularmente entre el Norte y el Sur, relacionada con desequilibrios comerciales con consecuencias en el ámbito ecológico, así como con el uso desproporcionado de los recursos naturales llevado a cabo históricamente por algunos países (Papa Francisco, 2015, n.º 51).

Por esta razón se ha elaborado un principio de responsabilidades comunes de todos los países en el cuidado del ambiente, pero diferenciadas en cuanto a su aporte:

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 atención a las presiones que sus sociedades ejercen en el medio ambiente mundial y de las tecnologías y los recursos financieros de que disponen<sup>11</sup>.

La idea de una «deuda ecológica» no es pacífica; por el contrario, es rechazada ampliamente por numerosos sectores, sobre todo por quienes resultarían deudores.

La tendencia en las relaciones económicas internacionales incorpora exigencias de cumplimiento de estándares ambientales en productos y servicios, lo cual es costoso para los países que tienen que desarrollarse. Es decir, si bien son medidas saludables, actúan como una barrera «paraarancelaria» y son rechazadas por muchos países y empresas.

El problema exige repensar el desarrollo económico y replantear la idea de una «economía verde», que no se trata de la misma economía con más exigencias, sino de una nueva economía.

---

11 *Principios Jurídicos Medioambientales para un Desarrollo Ecológicamente Sostenible*. Aprobados por la Asamblea Plenaria en la XIX versión de la Cumbre celebrada en Quito, Ecuador los días 18, 19 y 20 de abril de 2018. Principio 7 de la Declaración de Río; Convención sobre Cambio Climático y su Protocolo; Convenio para la Protección de la Capa de Ozono, y Puntos 15 y 199 de la Declaración de Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible, Río + 20.

## 1.8. IGUALDAD VS. AMBIENTE

Es frecuente escuchar que primero hay que lograr la igualdad y por eso hay que dejar el cuidado del ambiente para más adelante, lo cual no tiene un fundamento serio.

En todos los documentos elaborados durante los últimos años se afirma que la defensa del ambiente está conectada con la de la igualdad. Es preciso tener en claro que la degradación del ambiente genera una nueva clase de pobreza, sea por el agotamiento de los recursos o por las catástrofes ambientales.

Muchos pobres viven en lugares particularmente afectados por fenómenos relacionados con el calentamiento, y sus medios de subsistencia dependen fuertemente de las reservas naturales y de los servicios ecosistémicos, como la agricultura, la pesca y los recursos forestales. No tienen otras actividades financieras y otros recursos que les permitan adaptarse a los impactos climáticos o hacer frente a situaciones catastróficas, y poseen poco acceso a servicios sociales y a protección. Por ejemplo, los cambios del clima originan migraciones de animales y vegetales que no siempre pueden adaptarse, y esto a su vez afecta los recursos productivos de los más pobres, quienes también se ven obligados a migrar con gran incertidumbre por el futuro de sus vidas y de sus hijos. Es trágico el aumento de los migrantes huyendo de la miseria empeorada por la degradación ambiental, que no son reconocidos como refugiados en las convenciones internacionales y llevan el peso de sus vidas abandonadas sin protección normativa alguna (Papa Francisco, 2015, n.º 25).

Esta cuestión ha sido gradualmente incorporada en numerosas declaraciones<sup>12</sup>. Se considera en condición de vulnerabilidad a aquellas personas, grupos y comunidades con capacidad disminuida de resiliencia a los efectos ambientales o de eventos extremos ya sea por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, ambientales, económicas, étnicas y/o culturales, que a la vez contribuyen a especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico. El juez debe tener en cuenta que las normas reglamentarias expedidas por el Estado no siempre logran la salvaguarda de los grupos vulnerables<sup>13</sup>.

---

12 Declaración de Río; Principio 15 de la Declaración de Estocolmo; arts. 7.º, n.º 2 y n.º 4 y 32.º de la Comisión de Expertos, Observación general sobre el Convenio n.º 169; Principio 12 de la Convención sobre Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestre; Sección III, art. 26 de la Agenda 21 Naciones Unidas, y Punto 58, letra k) y 268 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible, Río + 20.

13 TSJ de Brasil, Caso «Acumuladores Ajax», contaminación por plomo, Recurso Especial, n.º 1.310.471 - SP (2011/0293295-2).

En el marco de la Organización de los Estados Americanos (OEA), los Estados miembros han asumido el compromiso de promover la igualdad de oportunidades para todos los grupos vulnerables<sup>14</sup>. Entre estos grupos se podrían incluir las poblaciones indígenas, los jóvenes, las minorías en desventaja racial o étnica (incluyendo las poblaciones en desventaja de ascendencia africana) y otros grupos tradicionalmente marginados<sup>15</sup>.

En definitiva, «todo planteo ecológico debe incorporar una perspectiva social que tenga en cuenta los derechos fundamentales de los más postergados» (Papa Francisco, 2015, n.º 93).

## 1.9. DESARROLLO VS. AMBIENTE

La contraposición entre el desarrollo y la protección ambiental genera un debate polarizado y fuerte. Por un lado, se dice que el desarrollo es necesario y no puede ser detenido por la protección ambiental; por el otro, se afirma que el ambiente tiene prioridad y habría que volver a una suerte de sociedad «natural».

Estas premisas son falsas. El desarrollo no puede ser ilimitado, ya que es necesario tener una guía acerca de los bienes en juego y los valores comprometidos. Lo que se ha ido perdiendo en los últimos años es justamente esa orientación, ya que la aceleración de múltiples factores impide tener una predicción fundada. Por ejemplo, dice Harari (2014):

nadie sabe dónde está el freno. Aunque algunos expertos están familiarizados con los avances en un ámbito determinado, sea este la inteligencia artificial, la nanotecnología, los datos masivos (*big data*) o la genética, nadie es un experto en todos ellos. Por lo tanto, nadie es realmente capaz de conectar todos los puntos y ver la imagen entera (p. 64).

Por otra parte, el desarrollo suele ser pensado en función de una variable, pero sin pensar en el sistema. Por ejemplo, se desarrolla la soja y para eso se hacen monocultivos, se suprimen los bosques, se trabaja intensivamente la tierra, pero el efecto colateral y sistémico se hace presente en pocos años, mediante la desertificación o bien su opuesto, las inundaciones. La naturaleza es un sistema:

---

14 AG/RES. 2312 (XXXVII-O/07), Declaración de Santa Cruz +10 (Primera Reunión Interamericana de Ministros y Altas Autoridades de Desarrollo Sostenible).

15 Estrategia interamericana para la promoción de la participación pública en las decisiones sobre desarrollo sostenible CIDI/RES. 98 (V-O/00).

Por ejemplo, todos los años crece aproximadamente la misma cantidad de hierba en un valle determinado. La hierba sustenta a una población de unos 10.000 conejos en la que hay suficientes conejos lentos, tontos o infortunados para proporcionar presas a un centenar de zorros. Si un zorro es muy diligente y captura más conejos de lo habitual, probablemente otro zorro se morirá de hambre. Si todos los zorros consiguen capturar más conejos simultáneamente, la población conejil se derrumbará, y al año siguiente muchos zorros morirán de hambre. Aunque existen fluctuaciones ocasionales en el mercado de conejos, a la larga los zorros no pueden confiar en cazar, pongamos por caso, un 3 por ciento más de conejos por año que el año anterior (Harari, 2014, p. 230).

La idea de «desarrollo sustentable» y de «consumo sustentable» está basada justamente en la necesaria ponderación entre la necesidad de riqueza y los límites que deben respetarse.

El ambientalismo extremo, que propone volver a una sociedad que solo viva de lo que produce la naturaleza, sin alternación humana, no puede dar una solución a la pobreza ni a las demandas de miles de personas que, en todo el planeta, reclaman por mejores productos y servicios. Nuevamente, no hay solución mediante la polarización.

## 1.10. CONFLICTOS IRRESOLUBLES Y POLARIZACIÓN

El repaso de los debates nos permite apreciar un problema más profundo, que es el de la polarización entre posiciones diferentes.

El análisis de este aspecto puede concentrarse en lo que cada sector dice, o bien en adoptar una de las dos o tres posiciones, o bien en el procedimiento para que esa distancia se reduzca. Este último aspecto es el que nos interesa, porque se trata de un diseño institucional que favorezca el entrecruzamiento de posiciones.

La falta de interacción entre opiniones contrapuestas nos ubica ante el riesgo de caer en los extremos, de ser militantes de verdades parciales, de perder la visión de conjunto<sup>16</sup>. En las sociedades actuales se favorece el aislamiento que conduce a posiciones extremas porque solo escuchamos aquello que reproduce las ideas que ya tenemos (Sunstein, 2009a)<sup>17</sup>.

El consenso no significa que todos, inicialmente, pensemos igual, sino que es el resultado final del encuentro de opiniones divergentes que interactúan:

---

16 Esta es una de mis preocupaciones más afianzadas, que he mantenido en la Corte y en numerosos discursos.

17 Del mismo autor, *Republic.com* (2001).

«consenso entrecruzado» (Rawls, 2001). Para que ello sea posible es necesario un espacio imaginario donde cada uno expone los conflictos y todos aprendemos a escuchar al otro.

También es preciso un cuerpo de criterios de procedimientos básicos que cumplan la función de un lenguaje común. Un buen ejemplo es si uno se imagina que los animales de la selva tuvieran que elegir a la reina de la belleza: el león diría que debería elegirse a la que tuviera mayor melena y mejor rugido; la jirafa a la que tuviera el cuello más alto; la cebrá a la que tuviera más rayas; el pájaro a la que supiera volar más alto. Si no se puede acordar un criterio único, no hay concurso.

Esta práctica genera el roce entre visiones diferentes, un aumento de la flexibilidad de las partes y un incremento de las opciones de solución. Para que ello sea posible es necesario entender la importancia que tiene el debate en una sociedad y admitir ciertos mecanismos que permitan la ponderación, es decir, saber que muy posiblemente nadie tenga toda la razón absoluta y haya que buscar un punto de equilibrio.

Es suficiente con dirigir nuestra mirada hacia cualquier discusión para detectar cuáles son los problemas.

El primero es que tratamos de evitar que el otro opine, y por eso es importante garantizar la libertad de expresión, como derecho de todo ciudadano, cualquiera sea su condición, como veremos más adelante.

El segundo es que presentamos los argumentos de modo unilateral, lo que implica ignorar la idea de un contraargumento. Si no existe una contraposición, cualquiera puede argumentar de cualquier manera, cualquier cosa tiene relaciones de analogía, continuidad y semejanza con cualquier otra<sup>18</sup>. Esta navegación sin rutas produce una saturación en la cual todo se anula; toda afirmación es posible, todo es discutible; se argumenta sin llegar a una verdad o sin convencer. La argumentación es siempre un juego reglado en el que los tópicos o lugares comunes representan un papel similar al de los axiomas dentro del sistema formal (Perelman, 1988, p. 10). Esta descripción, que parece muy teórica, es muy común y puede verse en cualquier debate, sobre todo en televisión, donde parece que todos tienen razón, según el canal que se mire, y no hay un modo de saber cuál es la verdad. Este modo de ver todo según la mirada propia lleva a que quienes tienen funciones relevantes declinen su responsabilidad de regular la sociedad, ubicándose dentro de un paradigma que les dé una coherencia tranquilizadora, y lucha contra otras concepciones para tratar de desplazarlas.

---

18 Por ejemplo: si las palabras «mientras» y «cocodrilo» aparecen en la misma frase, una interpretación correcta sería señalar que la relación es mínima; una interpretación paranoica sería señalar que debe haber alguna razón por la cual ambas están juntas (Eco, 1992). En los debates puede verse esto con mucha frecuencia.

El tercero es que afirmamos una posición sin pensar en cómo se va a aplicar en un mundo de recursos escasos y con ciudadanos que piensan distinto, como si ello fuera un problema que debe resolver otra persona. Se dice algo de modo definitivo, como un paquete cerrado que no se abre. Esas opiniones no surgen del conflicto, sino antes, es decir, que hay una formación previa y se opina de modo similar en todos los temas. Luego de escuchar los debates uno aprende a preguntar primero quién es el que opina, y luego sabe qué va a responder frente a diferentes casos, cualquiera sea su característica. La existencia de esta «ideología» previa no es necesariamente mala, ya que todos la tenemos, pero el problema es su ocultamiento y la falta de debate sobre ella.

Es necesario que hagamos esfuerzos para sentar las bases de una práctica democrática en este campo. Hay que mirar los problemas considerando los diferentes puntos de vista, hacerse cargo de la complejidad que ello representa, fomentar el diálogo basado en la búsqueda de consensos y respetar el derecho que tienen los ciudadanos a que las decisiones tengan un fundamento razonable.

### 1.11. NECESIDAD DE UN PARADIGMA AMBIENTAL

En las cuestiones ambientales es frecuente utilizar instrumentos nuevos en un contexto antiguo. Por ejemplo, se desarrolla un derecho subjetivo al ambiente o a la vida, o una apropiación de los recursos naturales, o una nueva especialidad, pero lo que en realidad debemos cambiar es el modo de pensar estos conflictos porque es un escenario distinto. Por eso es necesario examinar el paradigma ambiental.

Denominamos paradigmas a los modelos decisorios que tienen un estatus anterior a la regla y condicionan las decisiones. El vocablo ha sido ampliamente utilizado en numerosos campos filosóficos y científicos con acepciones diferentes, pero en nuestro caso se refiere únicamente al modelo de precomprensión que guía las acciones humanas en un determinado tiempo y lugar.

Los mismos textos van cambiando de sentido a lo largo de la historia conforme a diferentes concepciones que son predominantes en los intérpretes, como bien lo puso de manifiesto la hermenéutica (Gadamer, 1998). También la pintura impresionista ha revelado cómo la misma catedral puede ser vista de distintos modos según influya la luz del día sobre el espectador<sup>19</sup>. En definitiva, se trata de un argumento común, que puede permitir múltiples desarrollos, pero siempre limitados por ese programa básico<sup>20</sup>.

En el derecho el tema tiene una gran importancia<sup>21</sup>. Quien se basa en paradigmas da preeminencia al contexto por sobre la norma. El procedimiento

---

19 Las pinturas de Monet sobre la catedral de Rouan son ejemplares en ese sentido. Ver el ejemplo utilizado en el derecho por Calabresi y Melamed (1972, pp. 1080-ss.).

20 Para mayor claridad podría utilizarse el más difundido ejemplo de los programas de computación: permiten hacer muchas cosas, pero siempre dentro de las limitaciones propias de su diseño; no hay desarrollos creativos que puedan salir lateralmente fuera del programa.

21 Ampliamos en Lorenzetti (2005), Rodotà (1967, p. 86) y Iudica y Zatti (1993).

habitual es subsumir un término legal en un contexto que le da sentido, y que no es el ordenamiento, sino el modelo de decisión adoptado por el intérprete de antemano.

En el caso del paradigma ambiental el pensamiento se basa en: una concepción sistémica; búsqueda de una coordinación en el funcionamiento entre los sistemas económico, social y natural; comunicabilidad de los principios entre el derecho público y el privado; existencia de bienes colectivos.

En el mismo sentido se expresa la encíclica *Laudato Si'*:

la cultura ecológica no se puede reducir a una serie de respuestas urgentes y parciales a los problemas que van apareciendo en torno a la degradación del ambiente, al agotamiento de las reservas naturales y a la contaminación. Debería ser una mirada distinta, un pensamiento, una política, un programa educativo, un estilo de vida y una espiritualidad que conformen una resistencia ante el avance del paradigma tecnocrático (Papa Francisco, 2015, n.º 111).

## 1.12. LA NOCIÓN DE SISTEMA

Estamos acostumbrados a pensar que nuestros actos tienen efectos unilaterales en el tiempo y en el espacio. Esta idea basada en una limitada capacidad de observación prescinde de las consecuencias mediatas que operan en el mediano y largo plazo, así como de las que se producen por interacción con otras conductas y con factores naturales. Esta concepción afecta el cálculo de las acciones humanas, tanto en el campo económico como en el jurídico.

La acción presente no considera los efectos futuros, como ocurre cuando agotamos un recurso sin tener en cuenta las posibles necesidades futuras. Por su parte, el acto individual no toma conciencia de los efectos de la acción colectiva; por ejemplo, arrojamos a un río un líquido contaminante porque es una pequeña cantidad, pero no tomamos en cuenta la multiplicidad de sujetos que hacen lo mismo.

El paradigma ambiental se basa en una idea de interacción compleja que toma en cuenta los efectos individuales y colectivos, presentes y futuros de la acción humana. Es una concepción sistémica de la causalidad que se ha ido desarrollando en múltiples campos.

En la literatura, lo ha señalado Borges<sup>22</sup> al contar que

---

22 En «El atroz redentor Lazarus Morell», publicado dentro del libro *Historia universal de la infamia. Obras completas* (1954).

en 1517 el P. Bartolomé de las Casas tuvo mucha lástima de los indios que se extenuaban en los laboriosos infiernos de las minas de oro antillanas, y propuso al emperador Carlos V la importación de negros, que se extenuaran en los laboriosos infiernos de las minas de oro antillanas. A esa curiosa variación de un filántropo debemos infinitos hechos: los blues de Handy, el éxito logrado en París por el pintor doctor oriental Pedro Figari, la buena prosa cimarrona del también oriental D. Vicente Rossi, el tamaño mitológico de Abraham Lincoln, los quinientos mil muertos de la Guerra de Secesión, los tres mil trescientos millones gastados en pensiones militares, la estatua del imaginario Falucho, la admisión del verbo linchar.

La ciencia ha evolucionado en esta materia a medida que ha podido superar las limitaciones subjetivas en el campo de la observación, por disponer de mejores y más sofisticados instrumentos. Pero también la evolución tiene relación con los diversos estadios evolutivos en el pensamiento, sobre todo en la psicogénesis (Piaget y García, 1984; Piaget, 1981). Un panorama actual puede permitirnos afirmar que la concepción en esta materia es más sistémica, holística, geocéntrica, que la que existía pocos años atrás.

En la física ha sido un buen aporte la noción de sistema (Bertalanffy, 1976, p. 82). Por su parte, la teoría del caos señala que todo está interconectado y los vínculos de causa a efecto se establecen en múltiples niveles difíciles de discernir, de manera que una perturbación, muy débil al principio, es suficiente para imponer progresivamente un nuevo ritmo macroscópico (Balandier, 1993, p. 210)<sup>23</sup>.

En el campo de la biología, al incorporar la noción de sistemas autopiéticos (Maturana y Varela) se introduce la idea de autorregulación, que permite describir el comportamiento de los organismos que siempre buscan su punto de equilibrio mediante intercambios con el ambiente.

En la antropología (Lévi-Strauss, 1977), la apertura que significó el estructuralismo llevó a describir los comportamientos en función de modelos de interacción. Es interesante el concepto de «ecología de la mente» (Bateson, 1993) que lleva a buscar cierta unidad en la naturaleza del orden y la organización de los sistemas vivientes, un cuerpo unificado de teoría tan global que arroja luz sobre todas las esferas particulares de la biología y el estudio de la conducta. Ese modo es interdisciplinario, no en el sentido habitual y simple de intercambiar información entre diversas disciplinas, sino en el sentido de descubrir pautas comunes a muchas disciplinas.

También en el derecho se ha tratado de utilizar la noción de sistema autorregulado (Teubner, 1989; Canaris, 1996).

---

23 En el campo de la probabilidad y el caos: Thom (1968).

Lo que define a un sistema es una organización autorreferente de elementos interrelacionados de un modo autónomo; la autorreferencia, la autoorganización y la homeostasis son características del sistema, en el sentido de que su orden interno es generado a partir de la interacción de sus propios elementos que se reproducen a sí mismos, son funcionalmente diferenciados y buscan una estabilidad dinámica.

Un concepto que tiene cierta proximidad, pero que ha sido desarrollado en un sector de la filosofía, es la concepción «holística». Con ello se quiere decir que todo tiene una interrelación que debe ser respetada, tanto en la naturaleza, como en el derecho mismo. Ello es diferente de la unilateralidad que ha caracterizado al pensamiento occidental que se enfoca habitualmente en el análisis de una cuestión, prescindiendo del contexto.

### 1.13. LA NOCIÓN DE ACCIÓN COLECTIVA

El paradigma ambiental confiere preeminencia a la acción colectiva, porque, al contrario de lo que ocurre con la economía clásica, lo que interesa es el efecto acumulativo de las acciones individuales, las cuales son absolutamente diferentes.

Es bien conocida en derecho la noción de causalidad, uno de cuyos supuestos se refiere al caso en que varios individuos realizan acciones que, aisladamente, son inocuas, pero sumadas, producen un resultado dañoso<sup>24</sup>.

Otro ejemplo es la noción de «contrafinalidad», que puede ser concebida como las consecuencias no intencionadas que surgen cuando cada individuo en un grupo actúa sobre una presunción acerca de las relaciones con otros que, cuando se generaliza, produce la contradicción (Elster, 1994, p. 144).

Se trata de efectos no esperados de una acción colectiva: si en una sala de conferencias uno se pone de pie para ver mejor, logrará un buen resultado, pero si todos se ponen de pie, nadie logra ver mejor al orador; cuando un individuo tiene temor y retira su dinero del banco, obtiene un resultado eficiente para él; pero si todos tienen el mismo sentimiento y obran de igual modo, se producirá una «corrida» y nadie podrá retirar su dinero porque probablemente pongan a la entidad bancaria en problemas; si un campesino aumenta su riqueza talando árboles para obtener más tierra para sembrar, y todos hacen lo mismo, se producirá una deforestación que hará que el campesino tenga, finalmente, menos tierra.

---

<sup>24</sup> Arrojar un poco de líquido contaminante a un río es inocuo, pero cuando muchas personas hacen lo mismo, lo contaminan.

Estos aspectos tienen una gran importancia cuando se analizan las consecuencias públicas de las acciones privadas y cuando se trata de problemas vinculados a acciones grupales y colectivas.

#### 1.14. EL MODELO ANTROPOCÉNTRICO Y GEOCÉNTRICO

Todo el edificio teórico de la cultura occidental ha sido construido sobre la base del individuo, utilizando los paradigmas de la libertad y de la igualdad, como hemos señalado. El cambio actual está caracterizado por una concepción menos antropocéntrica y más geocéntrica, es decir, la aparición de la naturaleza como sujeto.

Para el antropocentrismo el centro del interés es el individuo. Por esta razón, todas las cosas, los bienes e incluso la naturaleza son apreciados como valiosos solo en tanto produzcan una utilidad para los humanos. Esta idea lleva a definiciones bien precisas en muchos campos.

En el derecho de propiedad podemos hablar de un «paradigma dominial», que se extiende desde el derecho romano hasta mediados del siglo XX, y en el que es evidente que los objetos naturales como la tierra o el agua cumplen una función absolutamente pasiva. Es decir, no generan regulaciones y solo son un supuesto de hecho de la norma.

La escasez de la naturaleza y de sus recursos los ha vuelto intrínsecamente valiosos, no ya solamente por su utilidad para los servicios humanos, sino en cuanto a su funcionamiento como sistema de vida, lo cual constituye una inversión copernicana en la comprensión de los bienes jurídicos.

Los bienes ambientales ya no son un mero supuesto de hecho pasivo de la norma, sino un sistema que motiva sus propias regulaciones y órdenes clasificatorios. Es suficiente con observar los tratados internacionales y leyes nacionales existentes en el mundo sobre los suelos, los mares, el agua potable, los glaciares, la floresta, el aire puro, el calentamiento global, la fauna, las especies en extinción, para apreciar cómo generan regulaciones por sí mismos.

La conclusión es que el modelo dominial ha llevado a los bienes ambientales a un punto de tensión extrema: aumenta la demanda sobre los bienes ambientales y disminuyen los servicios que esos bienes pueden ofrecer. Por esta razón ya no es posible admitir que existe un derecho para todos de usar los bienes en cualquier cantidad y para cualquier propósito. En la modernidad hubo una gran desmesura antropocéntrica (Papa Francisco, 2015, n.º 116).

## 1.15. COMUNICABILIDAD CON LOS PRINCIPIOS DE LA NATURALEZA

En los estudios académicos y en la decisión de casos judiciales donde está involucrado el ambiente se suele decir que es muy importante el aporte científico. Con ello se hace referencia a la necesidad de informes de las ciencias que se ocupan específicamente del funcionamiento de la naturaleza, como, por ejemplo, la biología o la meteorología.

Es importante distinguir entre el mero aporte de datos y la adopción de principios. Hemos señalado que la sociedad, la economía y el ambiente van por caminos distintos, y que ello es la base fundamental de la crisis que se avecina. De poco sirve tener un dato si no se lo inserta en un sistema orientado hacia la búsqueda de armonía sistémica.

El paradigma ambiental se caracteriza porque busca acercar el funcionamiento de los sistemas social, económico y ambiental. Por esta razón interesan los datos insertos dentro de los principios de funcionamiento de la naturaleza. Se trata de adoptar principios que promuevan la protección ambiental, ya que la amenaza de un colapso puede hacer prevalecer los instintos ecológicos por sobre los económicos<sup>25</sup>. Es un enorme espacio que se abre para el estudio cooperativo e integrado de diferentes dominios de la ciencia (Wilson, 1975; Clark, 1981). Estamos frente a un amplísimo panorama de creatividad (Kotze, 2012; Burns y Bollier, 2013), del cual haremos una brevísima descripción.

### 1.15.1. Resiliencia

Una persona puede ser muy afectada psicológicamente si tiene una pérdida de un familiar muy cercano; puede deprimirse definitivamente o recuperarse. Esta capacidad de «rebote» es la resiliencia.

Los sistemas naturales también están sometidos a disturbios constantes (Lovelock, 2006; Lynas, 2007), cada vez más agudos y la capacidad de recuperarse es la resiliencia. En algunos casos se pierde, como ocurre cuando los inviernos dejan de ser tan fríos por la agresión permanente.

Tanto las personas como los sistemas son resilientes si pueden soportar y rebotar frente a una agresión; no son resilientes si son afectados y se deprimen o cambian su identidad.

Por ello, puede ser definida como la capacidad de absorber perturbaciones, sin alterar significativamente sus características de estructura y funcionalidad; pudiendo regresar a su estado original una vez que la perturbación ha terminado.

---

25 Ver Robinson (2013).

La frecuencia e intensidad de las agresiones está creciendo y por ello se plantea una cuestión: ¿cómo se hace para incrementar la capacidad de resiliencia? La respuesta es siguiendo los principios de la naturaleza.

El ambiente es más resiliente cuanto más diversidad, autorregulación e interacción entre sus partes posee. Por esta razón, una pérdida de biodiversidad lo afecta, porque los organismos no pueden interactuar entre sí.

Este principio se aplica en numerosos campos. Las ciudades y los países son más resilientes si son diversos, si hay unidades autónomas que se autorregulan<sup>26</sup>. La economía es más resiliente si hay múltiples unidades, de manera que, si una sufre un ataque, la otra puede resistir, aprender y superar el evento adaptándose.

Las estructuras rígidas, por ejemplo, en la gobernabilidad, son poco resistentes a los cambios abruptos y no resisten. La descentralización en múltiples unidades decisorias, por el contrario, promueve la resiliencia.

La sobreprotección no es buena, ya que es necesario que existan pequeños sobresaltos controlables que sirven para identificar los defectos y promover la adaptación. Se trata de fuentes de aleatoriedad distribuidas que van detectando y absorbiendo los eventos críticos antes de que sean sistémicos.

La flexibilidad y la innovación constante permiten una mayor capacidad de supervivencia frente a eventos catastróficos.

La naturaleza presenta un balance de plantas, animales, microorganismos que se alimentan y neutralizan entre sí. Hay que entender que lo que se preserva es la unidad mayor, aun sacrificando alguna de sus partes, lo cual es necesario que suceda para moderar el estrés, aprender y superarlo. Una crisis económica puede afectar un sector de la economía, pero si hay diversidad, se pierden algunas unidades y las otras se adaptan y la superan.

Los principios son diversidad vs. homogeneidad; flexibilidad vs. rigidez; diversificación vs. concentración; crisis controladas en un sector antes que se produzcan crisis masivas sistémicas; homeostasis y búsqueda de nuevos equilibrios.

### **1.15.2. Biofilia**

Biofilia significa amor a la vida y fue acuñada por el biólogo Edward Wilson (1984); el contacto con la naturaleza es esencial para el desarrollo psicológico humano. Es el sentido de conexión con la naturaleza. Es un principio que ha sido utilizado para fundar el derecho al ambiente (Robinson, 2013; Lysar, 2010).

---

<sup>26</sup> La capacidad de resiliencia de las sociedades es un tema ampliamente tratado en la actualidad (Taleb, 2013).

En el plano de las emociones, es mejor desarrollar el amor a la naturaleza que su desprecio, porque se crea un contexto favorable a la tutela. Este aspecto es relevante en el plano de las políticas públicas que pueden comunicar, educar, difundir valores favorables al ambiente y desarrollar prácticas de contacto natural.

### 1.15.3. Cooperación

La cooperación es fundamental en el funcionamiento de la naturaleza y de todos los sistemas. Ello es reconocido por todas las ciencias, principalmente en la economía, en la conducta humana (Coen, 2012). Numerosas comunidades presentan diferentes grados de cooperación que asombran a los humanos, por ejemplo, lo que ocurre con las hormigas, las abejas, las aves migratorias o los cardúmenes.

En las comunidades humanas ha existido cooperación en pequeña y gran escala durante toda la historia del *Homo sapiens* y ha sido una de las razones que se invocan para explicar la supremacía que ha ejercido sobre las demás especies (Harari, 2014, pp. 151-152).

Este fenómeno es sencillo entre grupos de cierta homogeneidad, pero cuando falla este presupuesto, es mucho más difícil. En el siglo XXI la globalización pone en contacto culturas muy diferentes y se ha generado un cierto temor ante lo desconocido que provoca el regreso a la identidad local. Por otra parte, el desarrollo tecnológico, al mismo tiempo que facilita la comunicación, lleva al aislamiento individual.

Por ello se habla de «cooperación compleja», es decir, estudiar los mecanismos que permitan volver a incentivar conductas cooperativas.

La cooperación es necesaria para lograr aquello que no podemos hacer solos, de manera autónoma. Es sencillo lograr que nos ayuden las personas que coinciden con lo que pensamos o queremos hacer. En cambio, es compleja cuando el otro es absolutamente diferente y no comparte el lenguaje, o las costumbres, o las creencias, es necesario construir un sistema más neutro para acercarlo.

La necesidad de cooperar con personas diferentes es el contexto más habitual en la etapa de la globalización. Por eso se piensa en evitar la oposición dialéctica y sustituirla por la dialógica, es decir, menos afirmaciones excluyentes, más interacción y prolongada en el tiempo (Sennet, 2013). Estos principios tienen relación con la gobernabilidad, que veremos en el punto siguiente.

## 1.16. LA GOBERNABILIDAD: RIGIDEZ VS. FLEXIBILIDAD

Los principios mencionados se aplican a la gobernabilidad. Es frecuente que se hable de la «nueva política» haciendo referencia al uso de las nuevas tecnologías, redes sociales, pero en realidad se trata de nuevas técnicas.

Una nueva concepción política, en el sentido de «gobierno de la polis», está surgiendo, y podemos distinguir lo siguiente:

El modelo *rígido-concentrado-descendente* parte del hecho de que las decisiones fundamentales deben ser adoptadas por una autoridad y de ella deben descender hacia los súbditos.

Es rígido y, en gran medida, alejado de los principios que hemos descripto y por eso enfrenta crisis sistémicas; suele durar diez, quince o cincuenta años, pero irremediablemente explota porque las tensiones se van acumulando de modo subyacente.

Considera que el mundo está poblado por sectores que luchan de modo irreductible, y que las únicas opciones son dominar o ser dominados. Por lo tanto, el acuerdo es entendido como una traición a las banderas que guían la batalla. El perpetuo antagonismo produce una sociedad de opositores.

En este modelo, la solución surge solo cuando una de las posiciones se impone por sobre la otra. De allí que el interés general no brota de un acuerdo consensual, sino de su asimilación a razones de Estado, las que a su vez son definidas por grupos sectoriales, que van cambiando sucesivamente en el control de las decisiones.

La oposición no es simultánea, sino sucesiva, con lo cual se generan ciclos de cambios que hacen girar pendularmente las decisiones, obstaculizando de ese modo las políticas de Estado. El grupo que llega se legitima tomando distancia del que lo precedió y anunciando un nuevo período fundacional de la república. La refundación constante forja un esquema de conducta procíclico, que lleva a la reiteración de la crisis en tanto aquello que se hace de una manera es destruido para volver a comenzar.

Esta posición evoca el mito de Sísifo, según el cual el rey de Corinto fue condenado a empujar una piedra cuesta arriba a lo más alto de la montaña y cuando lograba llegar a la cima la piedra rodaba hacia abajo y todo recomenzaba. En la versión de Albert Camus (1953), este mito era metáfora del trabajo inútil, el esfuerzo sin sentido.

Es evidente que la inestabilidad de las instituciones derivada de la falta de acuerdos básicos es uno de los aspectos que deben encontrar una adecuada resolución.

El modelo *flexible-descentralizado-ascendente* parte del supuesto contrario. Las decisiones surgen de un acuerdo básico entre los ciudadanos que resuelven vivir en sociedad y asciende hacia los órganos que ejercen la autoridad y son sus delegados. Las diferencias entre ambos modelos son nítidas: en el primero, las nociones básicas de la sociedad emanan de la decisión de una autoridad central que domina e impone sus ideas, mientras que en el segundo brotan del acuerdo entre los ciudadanos; en el primero hay concentración, mientras que en el segundo hay descentralización; en el primero hay homogeneidad y en el segundo, diversidad; en el primero hay exclusión de grupos, mientras que el segundo busca la integración; en el primero hay resultados pacificadores en el plazo inmediato y tensiones en el largo plazo; en el segundo, por el contrario, hay dificultades iniciales en el consenso, pero una vez que este se logra es más duradero.

Los datos históricos son conocidos, pero nos interesa ahora su potencial regulativo de soluciones para la democracia y la justicia concreta.

El modelo ascendente permite examinar las decisiones conforme a un estándar de razonabilidad, ya que imagina una situación ideal de diálogo de naturaleza contrafáctica, es decir, que sirve para comparar y contrastar el modelo con los hechos. Ello presupone una concepción dialoguista y consensual del funcionamiento democrático, en el que las leyes no surgen de una autoridad central, sino justamente de la descentralización decisional.

Sobre la base de este modelo se puede pensar que toda decisión acerca de los fundamentos de la democracia, aun de la justicia concreta, puede ser analizada conforme a si sería o no aceptada por los ciudadanos. Se recurre a un acuerdo hipotético que toma en cuenta el grado de maduración de la sociedad sobre la concepción de la justicia (entendida como el conjunto de principios morales consentidos por personas libres, iguales, racionales y razonables, que permitan una convivencia basada en la cooperación).

La razonabilidad como criterio de corrección de la justicia política para sociedades multiculturales implica que el objetivo es la paz social y no la imposición de un determinado criterio sobre la vida. En cambio, en la medida en que se busque la homogeneidad por sobre la diversidad, habrá más tensiones, algo que sin duda se opone a la finalidad de la pacificación social.

La guía es identificar los consensos básicos de la sociedad y el diseño de un sistema de decisiones descentralizado.

## 1.17. CONFLICTOS EN LA ESFERA ÍNTIMA, PRIVADA Y SOCIAL

Siguiendo con el ejemplo desarrollado en el punto anterior, la conflictividad aparece en un nuevo escenario. La teoría de las esferas íntima, privada y social del sujeto permite establecer supuestos de delimitación de conflictos y reglas de solución de los mismos.

Bajo el paradigma de la libertad surgió la «esfera íntima», que es el ámbito absolutamente intangible de protección de la vida privada<sup>27</sup>. El individuo no influye con su comportamiento sobre los demás, no afecta la esfera de intereses de sus pares o de la comunidad, y por lo tanto debe ser protegido. La disponibilidad que se le reconoce sobre estos bienes ha sido cada vez mayor, basándose en el «principio de la autodeterminación».

Con el paradigma de la igualdad, se trabaja en conflictos intersubjetivos en el campo de la «esfera privada». Ella está integrada por aquel ámbito que, siendo individual, repercute sobre los demás y por ello surge la necesidad de establecer un límite con las otras esferas individuales y lo público. La regla de solución se basa en el respeto recíproco: los derechos deben ejercerse de modo tal que no causen a los demás lo que uno no quiere que le causen (Hamburger, 1993, p. 923).

Desde el paradigma ambiental, los conflictos surgen en la esfera social, que contempla los bienes públicos y aquellos actos que realiza el individuo situado en la acción colectiva. En este escenario lo individual no tiene primacía y no rige la reciprocidad, ya que es un conflicto donde se afecta a un bien común. En estos casos los derechos subjetivos deben ser interpretados de modo tal que no conspiren contra la integridad de tales bienes. De ahí que, en la relación entre derecho de propiedad y medio ambiente, deba reconocerse una «función ambiental de la propiedad» en virtud de que la multiplicidad de derechos individuales de los propietarios debe coordinarse orientándose en la preservación del bien colectivo.

Los conflictos ambientales pueden plantearse en la esfera privada, lo que sucede en los supuestos de disputas entre vecinos, los daños sufridos por los individuos como consecuencia de la lesión al ambiente, las afectaciones del derecho de propiedad derivada de legislaciones ambientalistas. Sin embargo, el campo típico de los conflictos ambientales se desenvuelve en la esfera social.

---

27 Quizás la mejor versión de ese principio de derecho inglés se encuentra en las palabras de William Pitt que, en 1763 y en un discurso en el Parlamento, proclamara que «el hombre más pobre puede, en su casa, enfrentar a todas las fuerzas del Rey. Su casa puede ser frágil; su piso puede temblar; el viento puede soplar a su través; la tormenta puede entrar; la lluvia puede entrar, pero el Rey de Inglaterra no puede entrar y todas sus fuerzas no pueden cruzar el umbral de esa casa en ruinas» (Lasson, 1937, pp. 49-50). El autor aclara que existen numerosas versiones de la expresión y que su fecha no es segura.

El paradigma ambiental reconoce a la naturaleza como un bien colectivo, lo define como escaso o en situación de peligro y está dispuesto a limitar los derechos individuales. En su método, transita un camino inverso a los anteriores, ya que parte de lo colectivo para llegar a lo individual. Por ello el paradigma ambiental también opera como un metavalor, en el sentido de que, al igual que la libertad, es un principio organizativo de todos los demás.

## 1.18. LA ECONOMÍA

En este aspecto el paradigma ambiental introduce un cambio importantísimo. El análisis de la acción racional individual ha sido el eje del pensamiento económico durante varios siglos. La regla fundamental es que el sujeto racionalmente orientado maximiza sus beneficios, y sobre la base de ello se puede hacer una prognosis acerca de cuáles serán sus preferencias (Fischer, Dornsbuch y Schmalensee, 1990, p. 17; Arrow, 1974). Naturalmente, la elaboración de modelos sobre esta base es compleja, porque hay que contemplar los problemas de falta de información, situaciones en las que existen óptimos múltiples, todo lo cual ha motivado críticas fundadas (Elster, 1989). También es necesario considerar las situaciones en que la acción se repite en el tiempo interactuando con otros sujetos, porque se aprende y se modifican las estrategias (Axelrod, 1984)<sup>28</sup>.

Estas reglas han sido coherentes con las que el derecho ha diseñado para la propiedad, los contratos y la responsabilidad, y son las usualmente aplicables en el contexto de un mundo caracterizado por la escasez y conductas orientadas hacia el máximo beneficio individual (Epstein, 1995).

Esta brevísima presentación de la teoría clásica sirve para identificar otros campos de indagación que están conectados con el ambientalismo.

### 1.18.1. Externalidades negativas: la relación de la empresa con la sociedad

La noción de externalidad negativa o costo social de la conducta individual ha sido un aporte fundamental para el ambientalismo (Schäfer y Ott, 1991; Demsetz, 1967; Coase, 1974)<sup>29</sup>.

Este aspecto, habitualmente ignorado, fue incorporado en los análisis económicos y en el derecho, y sirvió para señalar muchas situaciones en que hay unas consecuencias del obrar individual que otros soportan. Históricamente, el

---

28 Por ejemplo, cuando el «dilema del prisionero» (que es un «clásico de la teoría de los juegos, muy utilizado en los contratos») se juega en forma repetida, los jugadores cambian su estrategia con resultados cooperativos, para el autor.

29 En el tema específico ver: Acciarri y Castellano (1996); Coase (1994).

derecho se basó en el presupuesto de la neutralidad respecto de este tipo de asignaciones, como un modo de subsidiar a los individuos y a las empresas que actúan en el mercado<sup>30</sup>. En los orígenes del capitalismo, la empresa estaba naciendo y merecía un subsidio para fortalecer su crecimiento<sup>31</sup>, por lo que la regulación se concentró solo en los problemas individuales o internos<sup>32</sup>.

Como consecuencia de este principio, las empresas cuyas actividades contaminan no toman en cuenta estos costos, pues son transferidos a otras personas o a la comunidad en su conjunto, recibiendo solo el beneficio por su actividad. Al externalizar estos costos, no tienen incentivos en reducir el nivel de polución que causan con la producción de bienes y servicios rentables. Desde el punto de vista estrictamente económico, la externalidad lleva a una sobreproducción que excede lo que se haría realmente si se tomaran en cuenta los costos reales. La clave para alcanzar un nivel óptimo consiste en inducir a los maximizadores del beneficio privado a restringir su producción al nivel que sea inmejorable desde el punto de vista social, no solo desde el punto de vista privado. Esto se logra mediante políticas públicas que obliguen a la empresa a operar a lo largo de la curva de costo marginal social y no a lo largo de la curva de costo marginal privado, lo cual implica que la «externalidad» sea «interiorizada».

El gran cambio se produce cuando se «internalizan» esos costos porque la sociedad ya no quiere soportarlos. Ello se ve claramente en las indemnizaciones por daños ambientales que deben pagar las empresas, pero también en las exigencias de transformación de los mecanismos de producción de bienes, obligándolas a incorporar nuevas tecnologías «limpias» cuyo costo deben soportar.

Existen propuestas basadas en las reglas de mercado, buscando instrumentos para que, en cada externalidad que presente una fisonomía propia, se desarrollen incentivos para internalizarla, a través de impuestos, subsidios, permisos de contaminación, etcétera.

En materia de impuestos se sostiene que hay una asignación ineficiente, porque los precios que paga la empresa no representan adecuadamente los costos y en consecuencia se puede gravar las unidades para lograr un equilibrio. Siempre existen problemas de sobrecarga impositiva y de una clara determinación del costo adicional que se quiere internalizar.

---

30 Ampliamos en Lorenzetti (1994).

31 Por ejemplo, la personalidad jurídica y la responsabilidad limitada son modos de acotar el riesgo empresario; se le permite arriesgar, cargándosele solo algunos de los daños que causa; los demás, aunque existan, son soportados por otros sectores.

32 En este contexto de subsidio generalizado, los problemas principales eran los intraempresarios. El derecho prestó atención a las relaciones entre el empresario y la comunidad empresarial: sus dueños, sus obreros, proveedores, intermediarios. La tipología societaria, el derecho laboral, la falencia, el crédito, son sus institutos característicos.

El subsidio intenta pagar al que contamina para que deje de hacerlo, y también presenta dificultades a la hora de determinarlos, los costos de aplicarlos y los comportamientos distorsivos que puede generar.

Los permisos son instrumentos financieros que se venden en un mercado competitivo, existiendo muchísimos diseños y experiencias en funcionamiento.

La otra alternativa consiste en una intervención mediante reglamentaciones, lo cual implica una solución más intervencionista y menos librada a la voluntad de las partes, aunque también genera incentivos para el comportamiento. Una reglamentación puede fijar límites de producción, de contaminación, etcétera, pero para ello necesita un nivel de información adecuado, que, habitualmente, presenta complejidades difíciles de superar.

Estos temas están muy estudiados y desarrollados en diversos enfoques basados en la teoría del comportamiento y en el análisis económico del derecho.

Se construye así un nuevo modelo de relación entre la empresa y la sociedad respecto a las externalidades, altamente complejo y conflictivo.

### **1.18.2. Instituciones: la tragedia de los bienes comunes**

Las instituciones tienen una gran importancia para el desempeño económico (North, 1990) y un alto impacto sobre el tipo de acciones que se adoptan en una comunidad.

La ausencia de estímulos individuales para la tutela de los bienes colectivos genera lo que se denomina «la tragedia de los bienes comunes», porque hay una sobreutilización derivada de la falta de incentivos para cuidarlos; si nadie es propietario, no hay quien se preocupe por cuidar al bien. El acceso ilimitado a estos bienes provoca grandes daños: la cantidad y diversidad de especies marinas está disminuyendo drásticamente, los cursos de agua se contaminan, la biodiversidad disminuye por la acción humana. No hay mecanismos de mercado para adjudicar los recursos entre intereses competitivos, y nadie tiene interés en la protección.

Ha llegado el tiempo en que debemos pensar el problema del agua en términos de escasez y de intereses competitivos que deben ser justamente reconciliados (Gould, 2002; Morriss, Yandle y Anderson, 2002; McGee y Block, 1994; Whitehead y Block, 2002; Thompson, 1995). De ello deriva el diseño de instituciones que tratan a los bienes comunes sobre la base de incentivos privados y, por ejemplo, se podría otorgar concesión de derechos de propiedad sobre un río para ofrecer un incentivo para controlarlo, evitar las inundaciones y las crecidas repentinas.

El argumento central es la distribución de los costos. Ninguna persona razonable desea la extinción de peces y animales, pero cuando decidimos protegerlos,

también debemos definir quién debe soportar la carga. Si consideramos que es de interés público tomar derechos privados para proteger especies en extinción, deberíamos hacernos cargo de los costos.

Las principales críticas a esta posición se basan en la dificultad de aplicar derechos de propiedad y en los efectos adversos que ello puede tener (Barron, Buchanan, Hase, Mainzer, McNeill Ransom y Sarisky, 2002).

En cuanto a los efectos adversos, es evidente que se puede provocar una exclusión social muy fuerte respecto del acceso a diferentes usos del bien, lo cual crearía un problema muy grave en toda la población planetaria.

El otro enfoque considera que el ambiente es un bien colectivo y que, como lo dijimos anteriormente, no es posible adjudicar derechos de propiedad sobre el mismo. No se impide en cambio la concesión de derechos de uso y de gestión, como ocurre con los servicios de suministro de agua potable. En estos supuestos es legítimo cobrar un precio que se fije conforme a criterios prefijados en el acto de concesión. Sin embargo, en estas hipótesis, hay un límite que impide la exclusión de personas con derechos de acceso a bienes primarios, y por ello se habla de un derecho fundamental al agua potable.

La discusión sobre este punto debe tener en cuenta el distingo<sup>33</sup> entre:

1. *Una regla de propiedad*, que impide a un tercero apropiarse de un bien sin el consentimiento del dueño. Una persona puede ofrecer al dueño de una propiedad el pago del precio de mercado, más las indemnizaciones que desee, y aun depositar ese dinero para poder entrar en el lugar deseado, pero no puede hacerlo si el dueño no quiere. Este último dispone siempre de una tutela inhibitoria que le permite detener cualquier intromisión.
2. *Una de responsabilidad*, que tolera la invasión contra el pago de una indemnización. En este supuesto, una persona puede pagar una indemnización, aun contra la voluntad del dueño. Por ejemplo, se puede lesionar el honor de una persona pagando una indemnización. Es una protección más débil que la anterior.
3. *Una de inalienabilidad*. En este último caso, el derecho es declarado intransmisible tanto mediante una transacción voluntaria (regla de propiedad) como mediante una transacción forzosa (regla de responsabilidad), lo cual puede ser una respuesta jurídica eficiente en los casos de externalidades que afectan a un número indefinido de individuos y que involucran altos costos de transacción.

Este último modelo es el que resulta más apropiado para una gran cantidad de bienes ambientales.

---

33 Sobre este tema ver Calabressi y Melamed (1972, pp. 1080-ss.).

### 1.18.3. Externalidades positivas. Nuevos campos económicos

El desarrollo de nuevos instrumentos y áreas económicas vinculados al ambientalismo es cada vez más importante, como lo veremos al estudiar el cumplimiento voluntario.

En el campo comercial, puede mencionarse la «etiqueta verde» que promueve el diseño, la producción, la comercialización y la utilización de productos que tengan repercusiones reducidas en el medio ambiente durante todo su ciclo de vida y proporcionar a los consumidores mejor información sobre las repercusiones ecológicas de los productos. Ello provoca como incentivo que los productores compitan entre sí para que el producto sea más valorado. También las auditorías ambientales permiten dar credibilidad a una empresa sobre el cumplimiento de normas de calidad ambiental y dar certidumbre respecto de los pasivos contingentes que existan en este ámbito<sup>34</sup>.

En el aspecto financiero hay un desarrollo muy importante y sofisticado sobre bonos vinculados a la contaminación y los mercados que se pueden crear con ellos.

La economía ha evolucionado desde la producción al consumo y ahora al postconsumo, ámbito en el cual hay una enorme cantidad de proyectos. El procesamiento de la basura en las ciudades, la reutilización de envases y la recuperación del agua consumida son muestras de la amplitud del tema.

El turismo sustentable también es un campo en pleno desarrollo, no solo porque hay muchos sitios turísticos saturados, sino porque hay nuevas oportunidades en sectores que hasta ahora no habían sido explorados con una visión enfocada en su capacidad de recepción turística o en su atractivo natural.

Los alimentos van evolucionando rápidamente incorporando la idea de «vida sana», «natural». Ello implica que el vendedor ya no solo ofrece un producto, sino que explica su composición: qué cantidad de grasas tiene, si sube o baja el colesterol, si su elaboración ha sido con procesos naturales o ha incorporado productos químicos. La frontera entre alimento y fármaco se vuelve elusiva en muchos casos.

La arquitectura está siendo completamente redimensionada en base a parámetros ambientales, y se construyen edificios sustentables que muestran un uso eficiente del agua, de la luz, un ahorro de energía.

---

34 Quien presta dinero a una empresa o pretende comprarla necesita saber cuál es su pasivo, y la posibilidad de demandas por daños al ambiente puede generar un altísimo riesgo (Ledgerwodd, Street y Therivel, 1992; Harrison, 1988; Sales, 2001).

El campo de la energía muestra un cambio extraordinario y muy conocido, pasando hacia energías renovables en las industrias y en el uso doméstico.

Las soluciones económicas no solo deben enfocarse en la oferta de bienes y servicios, sino también en la demanda. Ello implica modificar las pautas de consumo para hacerlas más compatibles con el funcionamiento del sistema natural.

Hay instrumentos tributarios para encarecer productos cuya elaboración o consumo son contaminantes o nocivos, de modo que, gradualmente, se van desplazando del mercado. Lo que ha ocurrido con el consumo de cigarrillos es una buena muestra sobre la efectividad de un diseño de este tipo, que puede ser aplicado en numerosos supuestos.

La educación es un componente fundamental para el consumo sustentable, no solo para enseñar sobre los efectos de determinados productos, sino para consumir menos.

Es importante incorporar una vieja enseñanza, presente en diversas tradiciones religiosas, y también en la Biblia. Se trata de la convicción de que «menos es más». La constante acumulación de posibilidades para consumir distrae el corazón e impide valorar cada cosa y cada momento. En cambio, el hacerse presente serenamente ante cada realidad, por pequeña que sea, nos abre muchas más posibilidades de comprensión y de realización personal (Papa Francisco, 2015, n.º 222).

## 1.19. LA ÉTICA Y LOS VALORES

### 1.19.1. Los valores: libertad, igualdad y fraternidad

En la historia del derecho encontramos muchos casos en los que, existiendo un recurso escaso, se han producido conflictos entre individuos, entre naciones, y el surgimiento de un pensamiento creativo que dio lugar a nuevas categorías analíticas.

Una manera didáctica de explicar el proceso es relacionarlo con los valores surgidos de la Revolución francesa, ampliamente conocidos: libertad, igualdad y fraternidad.

Cuando en el mundo faltó la libertad, comenzaron a plantearse problemas relativos a la protección del individuo frente a los reyes, al Estado, y otros poderes más intangibles como los económicos y los medios de comunicación. Es el siglo XIX el período en el que se desarrollaron los argumentos fundamentales que dieron lugar al «Estatuto de la libertad»: las declaraciones de

derechos humanos que se adoptaron en las constituciones, la construcción de una esfera de tutela de la individualidad personal, los remedios basados en la prevención inhibitoria. Los titulares de estos derechos son individuos, los bienes protegidos también poseen ese carácter y tanto las normas como los remedios consisten, principalmente, en prohibiciones, configuradas como obligaciones de no hacer.

En el siglo XX se expandieron las luchas por la igualdad, expresadas por los movimientos obreros, ampliadas a varios sectores sociales, las doctrinas filosóficas y políticas basadas en transformaciones que conducirían a un mundo más igualitario. Para nuestros propósitos interesa resaltar la aparición de los derechos humanos de contenido positivo, cuyos legitimados activos son individuos, el bien protegido es una relación de igualdad con otras personas, y la lógica normativa es caracterizada por mandatos que se traducen en obligaciones de hacer. Las dificultades teóricas que implican estos remedios todavía subsisten, pero las bases fueron conformadas en el período referido.

En nuestro siglo, aparece como apremiante retomar el valor que la Revolución francesa llamó «fraternidad», y que ahora ha sido reemplazado por la «solidaridad»<sup>35</sup>. La diferencia sustancial reside en el cambio de escenario, puesto que no se habla solamente de conflictos interindividuales, sino entre individuos y lo colectivo; ya no hay solamente derechos, sino también deberes.

### 1.19.2. Fraternidad vs. intereses individuales

Ibsen<sup>36</sup>, dramaturgo noruego, escribió en 1882 la obra *Un enemigo del pueblo*, que plantea el problema de modo contundente: un médico de un balneario comprueba que las aguas están contaminadas por la derivación de líquidos cloacales; en el primer acto se le rinden honores por el aporte realizado a la comunidad; posteriormente, al saber que había que cerrar el balneario, única fuente de ingresos del pueblo, reaccionan los propietarios, los trabajadores, la prensa, el intendente, y todo concluye en el último acto con una asamblea en la que lo declaran «enemigo del pueblo». El doctor Stockmann hace dos

---

35 La solidaridad ha adquirido incluso valor normativo, como sucede con la Ley General del Ambiente, 25.675, que introduce dos principios de este carácter (art. 4.º): *Principio de solidaridad*: la Nación y los Estados Provinciales serán responsables de la prevención y mitigación de los efectos ambientales transfronterizos adversos de su propio accionar, así como de la minimización de los riesgos ambientales sobre los sistemas ecológicos compartidos. *Principio de cooperación*: los recursos naturales y los sistemas ecológicos compartidos serán utilizados en forma equitativa y racional. El tratamiento y mitigación de las emergencias ambientales de efectos transfronterizos serán desarrollados en forma conjunta.

36 Ver Lorenzetti (2005, p. 428).

descubrimientos: el primero es que el balneario estaba fundado sobre bases pestilentes y enfermizas; el segundo es que la sociedad estaba fundada sobre bases pestilentes y enfermizas.

Estos fundamentos de la sociedad occidental se relacionan con la idea fáustica de Goethe, quien presenta a Fausto enviando a Mefistófeles a matar a una vieja y amada pareja que vive en una pequeña cabaña a la orilla del mar por el simple hecho de que no encajan en el plan maestro (Berman, 1989). Destruir para crear, renovación perpetua, dialéctica entre el pasado y lo moderno, son los símbolos del progreso. Lo que ocurre ahora es que se ha descubierto un límite tanto en la destrucción como en la creación.

La tutela del ambiente requiere decisiones complejas en el plano de los valores, y asistimos a un formidable debate mundial sobre conflictos entre desarrollo y ambiente.

El paradigma ambiental influye en este campo mediante el señalamiento de directivas éticas y morales. El paradigma ambiental importa una definición valorativa cada vez más potente. Dicho paradigma es «valorista», es decir, establece una orientación a la razón técnica. Este es un antiguo debate que comenzó con gran fuerza cuando el surgimiento de la Revolución Industrial afirmó el presupuesto de la neutralidad axiológica de la «ciencia», y por sobre todo, de su dominio «técnico»<sup>37</sup>. Bajo este enfoque, el avance científico debe ser independiente de todo control ético, lo cual ha tenido razones fundadas durante mucho tiempo. Sin embargo, en la actualidad pueden observarse fronteras en campos como la genética, la energía nuclear y el ambiente, en los que se diseñan fuertes límites basados en valores.

La existencia de un valor permite señalar una finalidad a la acción desorientada y puede suministrar un instrumento para apreciar el contenido apropiado o desacertado de las acciones. Por ejemplo, tanto el desarrollo como el consumo son acciones que tradicionalmente no tenían direcciones admisibles, pero con el ambientalismo se le adiciona una característica que le da una orientación: ambos deben ser sustentables.

El ambientalismo vino a darle un nuevo sentido a los valores existentes, como ocurre por ejemplo con el «bienestar general» que admite el preámbulo de la Constitución argentina. Seguramente la intención de los fundadores de la patria se relacionaba con el desarrollo económico, pero hoy en día el bienestar no puede ser concebido sin un ambiente sano.

El ambientalismo trajo nuevos valores que han ingresado en los textos constitucionales y supranacionales, y que cumplen la función de límite material para la legislación.

---

37 Ampliamos en R. L. Lorenzetti (1995a). Ver también Finnis (1984, p. 113).

En otros casos el valor expresa un juicio comparativo (compara un valor con otro), y en ello se diferencia del principio (mandato de optimización, manda hacer algo en la mayor medida posible). Esta valoración comparativa surge cuando de dos objetos se dice que uno tiene mayor valor que otro, expresándose juicios de preferencia o equivalencia. Es en este aspecto que los «valores ambientales» comienzan a ejercer una función, porque pretenden ser comparados con otros valores y tener prioridad.

Existen algunos ejemplos en los cuales los valores ambientales están incorporados en el sistema legal (Cafferatta, 2012b; Escobar Triana, 2006). La Constitución Política de Ecuador en su preámbulo manifiesta la decisión de construir «una nueva forma de convivencia ciudadana, en diversidad y armonía con la naturaleza, para alcanzar el buen vivir, el *Sumak Kawsay*» (Asamblea Nacional Constituyente de Ecuador, 2008, p. 21). Además, dedica en extenso el capítulo segundo de su texto a los llamados «derechos del buen vivir» (arts. 12 a 34), dentro de los cuales regula, en una sección primera: *Agua y alimentación*, sección segunda: *Ambiente sano*, sección tercera: *Comunicación e información*, sección cuarta: *Cultura y ciencia*, sección quinta: *Educación*, sección sexta: *Hábitat y vivienda*, sección séptima: *Salud*, sección octava: *Trabajo y seguridad social*. Así, por ejemplo, en el artículo 14 «se reconoce el derecho de la población a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, que garantice la sostenibilidad y el buen vivir, *Sumak Kawsay*» (Asamblea Nacional Constituyente de Ecuador, 2008, p. 29).

Estos temas son desarrollados más adelante.

## 1.20. CONCLUSIÓN

El análisis del contexto cultural dentro del cual se desenvuelve la cuestión ambiental nos permite afirmar algunas premisas, sobre las cuales desarrollaremos esta teoría jurídica del ambiente.

El ambiente es un bien colectivo, indivisible. Si bien hay muchas decisiones importantes en la defensa del derecho a la vida y a un ambiente sano, es preciso diferenciar el aspecto individual del colectivo.

Es preciso establecer un esquema de articulación entre los derechos individuales en relación con los derechos colectivos, de manera que sean sustentables.

La evolución de la humanidad necesita poner en una dirección similar el desarrollo del sistema social, el económico y el ambiental. Hoy se ve claramente que los incentivos de la conducta social y económica van en contraposición al funcionamiento de la naturaleza.

El derecho ambiental debe ser estudiado dentro de un cambio de paradigma y no como una especialidad más de un derecho que se basa en otros presupuestos. Todas las ramas del derecho deben adoptar una visión sistémica, acorde con las ciencias. Es el concepto de «ecología integral». Por ello las soluciones deben ser sistémicas y no parciales<sup>38</sup>.

---

38 Principios 1, 5, 9, 10, 11, 12 y 13 de la Declaración de Río, y preámbulo y artículos 4.º y 7.º de la Comisión de Expertos, Observación general sobre el Convenio n.º 169. Es fundamental buscar soluciones integrales que consideren las interacciones de los sistemas naturales entre sí y con los sistemas sociales. Las líneas para la solución de la compleja crisis ambiental requieren una aproximación integral para combatir la pobreza, para devolver la dignidad a los excluidos y, simultáneamente, para cuidar la naturaleza.







El derecho ambiental es una de las ramas del ordenamiento jurídico más útiles para garantizar la supervivencia del ser humano y la mejora de su calidad de vida; sin embargo, al menos en nuestro país, es una de las especialidades menos atendidas por la doctrina jurídica, en particular en textos que aborden puramente la materia jurídica ambiental.

Por ello, el presente libro es un generoso aporte de los autores en aras de una nueva visión y cambio de paradigma en el sistema de justicia ambiental peruano, el cual se encuentra deseoso de contar con textos que aborden con rigor y profundidad las distintas aristas de la práctica jurídica ambiental (penal, administrativa, constitucional y civil).

FRANCISCO TÁVARA CÓRDOVA

Presidente de la Comisión Nacional de Gestión Ambiental del Poder Judicial  
Juez titular decano de la Corte Suprema de Justicia de la República

Auspiciado por



D E R E C H O  
A M B I E N T E Y  
R E C U R S O S  
N A T U R A L E S

ISBN: 978-612-4484-16-2

