

LA POTESTAD DE LOS JUECES EN LAS CUESTIONES AMBIENTALES

*Comunicación del Dr. Martín Rodríguez Brizuela,
al incorporarse al Instituto de Política Ambiental,
en la sesión privada de la Academia Nacional de Ciencias
Morales y Políticas, el 14 de setiembre de 1994*

LA POTESTAD DE LOS JUECES EN LAS CUESTIONES AMBIENTALES

Por el Dr. MARTÍN RODRÍGUEZ BRIZUELA

El honor que la generosidad de nobles maestros me ha conferido, al estimar mis escasos méritos suficientes para incorporarme al Instituto de Política Ambiental de esta Academia, imponen mi agradecimiento a ellos y a los señores académicos que así lo aceptaron.

Intentando responder a este honor, me propongo abordar una cuestión que estimo demasiado postergada, quizás por otras urgencias, pero que desde este ámbito estimo cabe - es mi opinión - analizar e impulsar. La potestad de los jueces exige explorar una cuestión previa, cual es la del carácter que asume en las sociedades libres el legislador, la ley escrita -como intento de regular conductas- y la función judicial en el humano afán civilizado de dirimir conflictos "dando a cada uno lo suyo".

La juventud del tema ambiental, como preocupación sistemática a escala planetaria, se me presenta como el mejor terreno en el que estas cuestiones puedan abordarse y en las que las conclusiones aparecen con perfiles más nítidos y proyecciones futuras.

POTESTAD DE LOS JUECES Y MEDIO AMBIENTE

I. *Hombre, naturaleza y derecho:*

El orden clásico:

1. La relación del hombre y la naturaleza está ligada a la existencia humana misma. Resulta de interés explorar, aunque más no sea ligeramente, la diversa óptica con que esta relación ha sido observada a través del tiempo y las distintas consecuencias que se han derivado de ello;

2. La antigüedad clásica percibió el mundo natural como un reino de fuerzas incontrolables y cuyas leyes escapaban por completo a la voluntad y deseos humanos. De allí el pensamiento grecorromano ligó el mundo natural a seres que actuaban conforme a una voluntad por completo ajena a los hombres. La relación Hombre-Naturaleza se construyó conforme a las fuerzas suprahumanas a que ésta estaba sujeta. Sin embargo existía la idea de una superior armonía, de un orden universal que superaba el caos;

3. La idea medioeval de dominio humano sobre la naturaleza mantuvo en parte esta visión. El mandato bíblico de dominar la naturaleza encuentra límite en el orden creado y el respeto por la voluntad Divina manifestada en los Libros Sagrados y sólo admitía el análisis que se deriva de ellos;

4. El cambio sustancial se operó en el Renacimiento al tomar a la naturaleza y sus fenómenos como realidades objetivas susceptibles de conocimiento racional. Esta concepción - que tantos logros, y dificultades, dieron a Kepler y Galileo - tuvo por efecto la total reversión del sistema clásico. A partir de allí se desarrolló paulatinamente la "concepción naturalista";

5. Bodino fue el primero en introducir de una manera ingenua, curiosa e imperfecta, la noción de clima en la Ciencia Política.

Pretendía llegar de ese modo al conocimiento del hombre según el clima al que los pueblos estaban sujetos. El Norte (o Septentrión) correspondía a un hombre fuerte, brutal e impetuoso (los grandes ejércitos viene del Norte, decía Bodino); al Mediodía correspondía un hombre lúbrico, vengativo, astuto y contemplativo; el de clima templado es razonable, tolera bien la monogamia, es afecto a la jurisprudencia y las Ciencias Políticas, tiene gracia en el decir y discurrir¹;

6. La pregunta final de Bodino revela su sentido del alcance de la relación hombre-naturaleza: "La educación puede cambiar al hombre; pero ¿hasta qué punto la educación, las leyes y las costumbres tienen poder para cambiar la naturaleza?";²

7. Fue Montesquieu el que dedicó mayor espacio a la influencia del clima y medio físico en la conducta humana. Bajo la influencia de Arbuthnot³, es el primero en darnos una explicación de la conducta política a partir de la influencia del clima sobre el espíritu⁴;

8. Al suponer el genio francés que las llanuras asiáticas hacen a sus hombres proclives al despotismo mientras que en Europa la división natural del terreno forma estados pequeños, de hombres moderados y de fácil mantenimiento, revela una idea de estabilidad del medio físico con una influencia casi nula del ser humano sobre la naturaleza. No se advierte en Montesquieu una concepción que abarque la influencia del hombre sobre el medio y sus consecuencias, pero resulta clara la noción de influencia del medio en la conducta;

9. El progreso de las ciencias naturales, avanzado el s. XVIII, no sólo inició un proceso de notable progreso material. Creó la fascinación que el conocimiento racional de lo mensurable permitía

¹ J. Bodin, *Seis Libros de la República*, Libro V, Cap. I

² J. Bodin, Op. et loc. cit.

³ J. Arbuthnot, *Efectos del aire sobre el cuerpo humano*, Ed. Francesa, París, 1742.

⁴ Montesquieu, *El espíritu de las leyes*, Libro XIV: De la leyes en su relación con la naturaleza del clima.

frente al conocimiento probabilístico de la observación de la conducta humana;

10. En su formulación extrema esta concepción se propuso conocer el mundo natural y el humano apelando al mismo método. Su pretensión de explicar la naturaleza humana y sus productos de orden cultural, como parte del mundo natural, gestaron la concepción "naturalista o materialista";

11. Así la distinción entre ciencia de la naturaleza y de la cultura o del espíritu se fue imponiendo, pero sin pretender resolver la relación entre naturaleza y sociedad, hombre y medio físico. En este sentido la naturaleza se presenta siempre como el dato físico en el que la vida se desenvuelve;

Kant y neokantianos:

12. No es difícil admitir que el moderno hilo conductor de la relación entre hombre, naturaleza y derecho, debemos buscarlo en Immanuel Kant. No más lejos que en la propia introducción a su *Crítica a la Razón Pura* sostiene que "si bien es cierto que todos nuestros conocimientos comienzan con la experiencia, sin embargo no todos se originan en ella"⁵;

13. Con este discurso nace lo que conocemos como apriorismo. El formalismo en las ciencias sociales, secuencia y producto del apriorismo kantiano, va a estructurar nuestra ciencia del Derecho y del Estado. No podrá conocerse uno sin conocer el otro. Epistemológicamente forman un solo objeto de conocimiento; así la Ciencia del Estado va a ser la Ciencia del Estado de Derecho. El ente Estado es ente Jurídico. El Estado igual al Derecho y de allí todo Estado será de Derecho;

14. El Estado queda desvinculado de toda materia, alejado por completo de la experiencia, con nulos contenidos éticos o políti-

⁵ I. Kant, *Kritik der reinen Vernunft*, Suhrkamp, Frankfurt, 1977, p. 45.

cos. Lo único que interesa examinar es la vertiente de la Juridicidad. El "factum", como hilo conductor de las investigaciones kantianas es el derecho estatutario⁶ o sea el Derecho establecido por el Estado;

15. No podemos eludir ya la pregunta: ¿qué ha ocurrido aquí con la realidad del hombre?, ¿qué con la realidad de la comunidad y del Estado formados también por hombres?. Si se trata de los hombres como seres humanos de carne y hueso, según la plástica expresión de Unamuno, no nos referimos al inconcebible hombre aislado de los demás y de su medio físico, sino de la vida con otros y compartiendo el medio en que ésta se desenvuelve;

16. Esta vida, la única que podría tener sentido en este mundo, Kant la diluye en un exclusivo punto lógico. Con esto abre un abismo entre naturaleza y mundo inteligible, entre el ser y deber ser, a partir de la dialéctica trascendental. Esta gravísima escisión va a tener una carga significativa, con hondas repercusiones en la teoría del Derecho cuanto del Estado y con consecuencias en nuestra materia ambiental, como veremos;

17. Al pretender resolver la posibilidad de hablar sobre los conceptos de Derecho y Estado en su sentido universal y apodíctico, sostiene que la única manera de aprenderlos no es la descender a buscarlos en la historia de las relaciones humanas mismas, sino precisamente todo lo contrario, es decir, en el mundo ideal. El marco conceptual kantiano es así estrictamente lógico. Al decir de Villey "no es sino un conjunto de formas, de conceptos y definiciones"⁷;

Kelsen o la apoteosis positivista:

18. En la teoría del Estado, el dualismo kantiano fue consagrado por Jelinek que elaboró su Teoría General como Teoría Social

⁶ I. Kant, *Die Metaphysik der Sitten*, Suhrkamp, Frankfurt, 1977, p. 344.

⁷ M. Villey, Prefacio a *Metaphysique des moeurs*, 1^o part., *Doctrine du Droit*, Librairie Philosophique J. Vrin, París 1971, p. 18.

y Teoría Jurídica, sin conexión posible entre ambas. De allí a la afirmación de que Estado y Derecho son una sola y misma cosa (Kelsen), o que la Política - como suprema realidad de la vida social - es la que genera el Estado sin sujeción a norma alguna (Schmidtt), sólo se requería un paso;

19. Los filósofos de Marburgo conservaron intactas las premisas del kantismo pero elevándolas hasta la reducción de todo lo real y existente a lo "lógico". Afirma Natorp "...que partir de las intuiciones del mundo sensible no implica aceptar algo dado o extraño al pensamiento, sino que esto dado es exigido por el pensar y lo exigido por el pensar no puede ser sino algo determinado por él mismo"⁸;

20. Distinguiendo y separando el "ser" del "deber ser", la objetividad científica del derecho no depende de su contenido, sino de su forma lógica, necesaria e inmutable. Lo que convierte a un suceso en acto jurídico, no es su acontecer, no es su ser natural sino el sentido objetivo a que está ligado este acto. Recibe el sentido específicamente jurídico mediante una norma que se refiere a él desde su contenido confiriéndole, así, significación jurídica; de modo tal que el acto puede ser interpretado con esta norma⁹;

21. De allí que si todo contenido, suceso o relación social son pensados jurídicamente en cuanto están referidos a una norma, si de otro modo no es posible la significación jurídica de la conducta, se sigue que el entendimiento -que es el que juzga sobre el Derecho- sólo puede hacerlo por la categoría de la norma, es decir del *deber ser*. Es así que al derecho existente nos lo podemos representar por normas de diversa jerarquía, desde la Constitución hasta el reglamento; pero si hacemos abstracción de todos estos contenidos quedará como común denominador la norma en sí. Esta, en sí misma, no tiene existencia, es pura esencia lógica. Como una figura geométrica, se muestra como pura forma del pensar;

⁸ Natorp, P., *Kant, I. y la Escuela Filosófica de Marburgo*, Ed. Francisco Beltrán, Madrid, p. 31.

⁹ Kelsen, H., *Teoría Pura del Derecho*, Ed. Losada, 1941, p. 30.

22. La más funesta conclusión de Kelsen es que todo Estado es Estado de Derecho. Todo dualismo y antítesis se disuelven, para él, pensando que el Estado es esencialmente orden jurídico y que la teoría pura del derecho es la misma teoría del Estado. "Todo acto del Estado no puede aparecer sino como acto jurídico, como acto de ejecución de normas jurídicas. *Una acción humana es acto del Estado solo porque es calificada como tal por una norma jurídica.*"¹⁰

23. Kelsen, siguiendo a Gerber y Laband, con esta conceptualización del Estado, al convertirlo en un orden normativo ideal, según los postulados de la ciencia de sentido, y al absolutizar, estimándolas como trascendentes de la historia, a las formas jurídicas privadas de contenido, vino a conducir -de modo paradójico- a una Teoría del Estado sin Estado, pero no totalmente emancipada de lo político;

24. Ahora la naturaleza, el soporte físico de la vida humana, ha pasado a ser un dato extraño al hombre, en cuanto relación concreta. Se trata de un dato respecto del cual la conducta humana puede ser normada, al igual que cualquier otra relación, según la voluntad del legislador. Las leyes de la naturaleza, en cuanto formas precisas de evolución y conservación del medio, entran en el círculo de respeto en tanto el legislador proceda a someter la conducta humana a una orden de hacer o abstenerse. Sólo así la naturaleza se incorpora al Derecho;

25. La afirmación final con la que Kelsen cierra el ciclo de su elaboración, no puede sino estremecer "... desde el punto de vista de la ciencia, la ley del gobierno nazi era ley. .."¹¹. No puede dejar de reconocerse la fría coherencia con que, todavía en 1963, defendía sus tesis;

26. Consecuente con los postulados del pensamiento positivista, Harold Laski sostenía en 1934 que: ".. El Estado hitleriano, al

¹⁰ Kelsen, H., Op.Cit., p. 160.

¹¹ Kelsen, H., *Das Naturrecht in der Politischen Theorie*, Salzburg, 1963, p.148.

igual que el británico o el francés, es un Estado de Derecho (Rechtsstaat) en el sentido de que el poder dictatorial ha sido transferido al Führer conforme al orden legal"¹².

27. Ahora ya no estamos frente a la idea russoniana del legislador universal, sino a la máxima hobbesiana "non veritas sed auctoritas facit legem" y a su definición de ley como "la orden de quién tiene el poder de legislar"¹³. Ahora sí, la sombra de la "voluntad general" cobra forma en el poder del legislador. Legalidad y legitimidad son una y misma cosa; la ley injusta sólo expresa una contradicción en los términos, puesto que si hay ley dictada por el legislador no podemos efectuar tal consideración.

II. Miseria teórica y supervivencia cultural del positivismo

1. La segunda postguerra de este siglo provocó profundas reacciones con respecto a los postulados teóricos del neopositivismo y, en particular, respecto del normativismo. Una ciencia que no trata de explicar la función del Estado, o qué es éste en su realidad social, vinculado a los problemas complejos de una comunidad concreta, pretende alcanzar un concepto de ciencia cuya validez no esté sujeta al mundo contingente;

2. La relación naturaleza-hombre-derecho comienza a retomar su dimensión desde las ciencias físico-matemáticas. El principio de incertidumbre o de indeterminación de la naturaleza de Heisenberg significa el más duro golpe a la contraposición kelseniana -básica para su tesis- entre ser físico (causal) y deber ser jurídico. Desde la teoría cuántica, el físico alemán estableció que "... la imagen misma de la naturaleza no es separable de su interacción con el hombre que, en su relación con ésta, ha llegado a alterar hasta sus propias leyes, lo que a su vez conduce a alteraciones culturales de gran influencia en la conducta humana";

¹² H. Laski, *The State in Theory and Practice*, Londres 1934, p. 177.

¹³ T. Hobbes, *Leviatán*, Cap. 26, p. 143; *Dialogue of the Common Laws* (1681) en *Obras Completas*, Vol. VI, p. 26.

3. Desde la Teoría del Estado Hermann Heller¹⁴ distinguió entre la naturaleza primaria o absoluta, sobre la que el hombre no ha tenido aún contacto alguno, y la secundaria o relativa "... entiendo por tal aquel material físico que presentan el hombre y su tierra en una determinada etapa cultural. Este material físico, en relación con la cultura actual -cuyo impulso y formación se transmite por la educación- ...es naturaleza pero en relación con la naturaleza primaria es ya producto cultural"; y en una afirmación más radical aún sostiene Heller "... aunque analicemos separadamente las condiciones naturales y culturales de la realidad social, no se debe nunca olvidar, *por ser cosa fundamental*, que se trata de dos momentos de una unidad dialéctica que sólo nuestro pensar discursivo separa y nuestra representación distingue"¹⁵;

4. No podemos dejar de señalar que las "aberraciones del normativismo", como las calificara Alfredo Fraguero en trabajo publicado en 1943, han calado muy hondo en la cultura media. Esto se refleja no sólo en la formación de abogados sino en el casuismo y desborde legislativo que observamos en todos los terrenos de la actividad humana. Entre nosotros tengo la impresión de que a la pérdida de prestigio de esta teoría no se ha seguido un consecuente replanteo del rol de la legislación, del alcance y los límites de su contenido y, particularmente, el rol eminente del Juez en una sociedad libre;

III. Medio ambiente y legislación

1. La aparición de la "cuestión ambiental", de manera sistemática y a escala global, es reciente. Producto de esfuerzos importantes durante varias décadas (algunos países adoptaron leyes ambientales ya en la década del 60). Al impulso de esforzados pioneros, de distintos lugares del mundo, alcanzó dimensión universal a partir de la Conferencia sobre Medio Ambiente Humano convocada por las N.U. el año 1972, en Estocolmo;

¹⁴ H. Heller, Op. cit., México FCE, p. 1947.

¹⁵ H. Heller, Op. cit., p. 92.

2. Definidos los distintos elementos que integran el medio ambiente y la interdependencia de todas las áreas geográficas del planeta por el Informe Final de la Conferencia, las acciones se han sucedido a escala global sin solución de continuidad;

3. La Comisión Mundial sobre Medio Ambiente y Desarrollo, creada por la Asamblea General de las N.U., conocida por el apellido de su presidenta como Comisión Brundtland, produjo un informe bajo el título de "Nuestro Futuro Común". Este informe introdujo la noción de "desarrollo sustentable", y afirmó que el esfuerzo por lograrlo no sólo corresponde a los gobiernos sino a la sociedad toda;

4. Como sabemos otro hito notorio lo constituyó la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Ambiente y Desarrollo o ECO '92. Así como las iniciativas han impulsado la celebración de muy importantes Acuerdos Internacionales, también han impulsado el estudio de cuestiones ambientales en sus más diversos aspectos. En el campo de la legislación, el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente ha llevado a cabo una labor importante en orden al dictado de leyes ambientales e implementación de los Tratados Internacionales;

5. Por otra parte las Instituciones Internacionales de Crédito han incorporado exigencias ambientales para el financiamiento de ciertos Proyectos, lo que ha impulsado a su vez el dictado de leyes ambientales. La actividad de Organizaciones e Instituciones no Gubernamentales ha contribuido de modo significativo al desarrollo de la legislación y, en especial, a la demanda de mayores regulaciones en distintas áreas de actividad;

6. El fenómeno ha adquirido verdadera escala planetaria y, más allá del efectivo grado de cumplimiento de las leyes, podría decirse que los países disputan por tener el más actual cuerpo de normas reguladoras. La compulsión legislativo-ambiental puede observarse con sólo repasar las iniciativas que existen en el Congreso Nacional, Legislaturas Provinciales y Consejos Deliberantes, a

lo que debe sumarse la demanda constante de Organizaciones diversas;

7. Un capítulo aparte consiste en analizar esta legislación, no en su letra y contenido, sino en el grado de cumplimiento. En este punto quiero volver sobre la influencia cultural del positivismo. Sabemos que la legislación positiva -dotada de coacción por el poder soberano del Estado- opera como normalizadora de conductas; pero esta cualidad de la ley es sólo observable, en sociedades libres, cuando su contenido responde a lo que Heller llama "fuerza normalizadora de lo fáctico" o sea al grado con que los individuos y grupos han internalizado expectativas y concepciones del mundo y de la vida, luego traducidas en conductas efectivas.

IV. Creación espontánea o legislativa del derecho

1. Como venimos de señalar, la cuestión se presenta como riesgo -observable ya - en distintos países del mundo y en el nuestro. La asimetría entre el contenido de la legislación ambiental y el efectivo grado de cumplimiento es de una marcada evidencia. En este campo de análisis no debe valorarse la capacidad de los órganos del Estado para producir la legislación, controlar su cumplimiento y aplicar las sanciones que las normativas prevén, sino los motivos profundos en que las asimetrías se originan;

2. Las reuniones preparatorias de Estocolmo pusieron en evidencia que las coincidencias de fondo sobre la necesidad de cuidado del ambiente a escala global, no estaban exentas de serias dificultades al trasladarlas al plano concreto de su puesta en práctica. Así, el cuidado del ambiente podía dar lugar a una nueva forma de proteccionismo comercial: el "dumping ecológico"; la imposición de técnicas de reciclaje incidiría fuertemente en el comercio de materias primas provenientes de países en desarrollo o subdesarrollados; la seguridad ambiental y otras medidas de conservación suman costos no compensables, en el corto plazo, con fuerte influencia en los precios finales de productos y servicios;

3. A medida que descendemos del nivel global de las cuestiones ambientales al nivel de cada Estado, y de allí a las realidades concretas de los individuos y grupos que los habitan, estas cuestiones comienzan a adquirir un alcance y significación particular y distinta. En el nivel de la preocupación mundial, más allá de discusiones, disensos y reservas, los acuerdos han sido logrados con significativa rapidez. A su tiempo los Estados, sean o no suscriptores de ciertos Tratados, han dictado cantidades importantes de leyes, reglamentos y órdenes diversas, sin que el panorama ambiental deje aún de ser deficiente;

4. Las tensiones entre demandas ambientales y necesidades de producción y crecimiento económico, parecen crear un área de dificultades y requerimientos contradictorios¹⁶. Las primeras se presentan como reclamos de inmediata regulación de conductas, las segundas exigen libertad para crear, invertir y reducir costos conforme las leyes del mercado;

5. Derechos individuales, tan indisolublemente ligados al crecimiento de la producción, el intercambio de bienes y servicios y el bienestar vs. derechos al "ambiente sano, equilibrado y apto para el desarrollo", conforme lo ha incorporado como "derecho nuevo" el art. 41 de la Constitución Nacional. Sin embargo todos ellos son derechos de tal estirpe que las leyes pueden sólo reglamentar su ejercicio, pero nunca el derecho mismo;

6. De allí que, si a esta tensión la pensáramos en términos de ecuación la cuestión resultaría de como desenvolver uno de sus términos sin dejar al otro fuera de consideración. Un país ecológicamente equilibrado no puede lograrse a costa de la libertad de iniciativa, el progreso y bienestar de sus habitantes quienes, en su deslizamiento cultural, perderían - seguramente - también su conciencia ambiental. La inversa resulta asimismo inadecuada ya que, crecer a costa de depredar el medio natural, consu-

¹⁶ No pueden escapar a esta enumeración los hábitos de algunos pueblos que, ya sea por su miserable condición o sus luchas intestinas, carecen de toda conciencia posible respecto de esta cuestión.

mir de manera irracional los recursos naturales e impedir la adecuada renovación de otros, compromete el presente cuanto a las generaciones futuras;

7. Trasladas estas tensiones a nuestro tema se presentan como una elección entre objetivos ambientales expresados en la ley positiva, por voluntad del legislador, frente a necesidades, aspiraciones y objetivos diversos (entre los cuales los ambientales) que la cultura media de los ciudadanos va forjando en su diario afán de progreso y vida cotidiana. ¿Puede el legislador, ley positiva mediante, salvar los términos de la ecuación?, ¿puede armonizar tales tensiones?. Aún sabiendo que sus decisiones son, por lo general, fruto del acuerdo entre fuerzas políticas de diverso signo y propuestas, del contacto con expertos y ciudadanos interesados, sus productos son imperfectos y merecedores - habitualmente - de serios reproches;

8. El más frecuente, es que se trata de leyes que emiten órdenes y limitaciones cuya efectividad depende en alto grado de la capacidad de control y aplicación compulsiva del Gobierno del Estado, más que resultado de una normalidad de conductas que el legislador eleva a una categoría escrita por estar internalizadas en la sociedad y corroboradas por la decisión de los jueces ante conflictos concretos. Si revisamos la legislación ambiental positiva de muchos países, supondríamos que la situación ambiental debiera calificarse de muy buena a óptima. A todos nos consta que la realidad es bien diferente;

9. La primera observación, aunque no la única, que podemos hacer al Derecho Estatutario concebido como voluntad del legislador, es que sus órdenes requieren de otras nuevas para lograr el cumplimiento de las primeras. Mayor rigor en la aplicación, agravamiento de sanciones, inhabilitaciones para el transgresor, suele ser la escalada legislativa. El objetivo perseguido en el origen, resulta así cada vez más distante y las libertades y derechos deben descubrirse en los resquicios de las normas;

10. Pero admitamos que la cultura normativista provoca que los funcionarios, los ciudadanos y hasta los propios jueces exijan más leyes, disposiciones y reglamentos que puedan comprender en ellos todas las conductas posibles. Al respecto apunta Giovanni Sartori que "...la producción masiva de leyes acaba por comprometer el otro requisito fundamental del derecho: la certidumbre"¹⁷. El mismo autor citando a Bruno Leoni recuerda lo ocurrido en Atenas, donde "...las leyes eran ciertas (redactadas con precisión) pero nadie tenía la certeza de que cualquier ley, válida hoy, pudiera durar hasta mañana"¹⁸;

V. *Los contenidos de la ley ambiental*

11. Recurriendo a una clasificación general de las normas, podemos distinguir dos tipos básicos: las que tienen por objeto imponer la realización de conductas determinadas, que llamaremos *positivas*, y aquellas otras, siguiendo a Hayek, "...que más que prescribir prohíben determinados actos para proteger un marco específico, dentro del cual el individuo seguirá siendo libre de actuar como mejor le parezca..."¹⁹;

12. Por razones de necesidad propia, alguna legislación ambiental participa de ambos aspectos. El manejo de residuos peligrosos requiere prohibiciones, cuanto prescripciones dirigidas a la conducta que deben observar quienes los transportan o reciclan. Para actividades de alto riesgo, residuos patógenos o radioactivos, no parece existir otro remedio que establecer reglas positivas y negativas que no por sencillas y desburocratizadas, deban ser menos rigurosas;

13. Pero ni aún las prohibiciones y prescripciones más absolutas pueden comprender en ellas la infinita variedad de la conducta, el ingenio para encontrar soluciones nuevas y más efecti-

¹⁷ Sartori, G., *La Libertad y la Ley*, Rev. Libertas, Ed. ESEADE, V.5, p. 46.

¹⁸ Leoni, B., *Freedom and the Law*, p. 79.

¹⁹ F. V. Hayek, *Law, Legislation and Liberty*, V.II, Chicago Press, p. 43.

vas que las previstas. Los propios desechos, calificados como peligrosos, pueden ser reciclados para obtener materia prima más barata y evitar consumir ciertos recursos naturales escasos;

14. Pero todas las cuestiones ambientales ofrecen un amplio campo en el que la evaluación de impacto ambiental, las emisiones a la atmósfera de gases y otros productos, el manejo de suelos, bosques y recursos renovables en que las acciones espontáneas deben encontrar cause amplio para la mejor gestión ambiental;

VI. *Creación espontánea del derecho*

15. Si hemos podido afirmar que la conciencia media de los habitantes, en países como el nuestro, ha incorporado la preocupación por el ambiente en que desarrolla su vida, la distinción que se impone efectuar es entre el grado de internalización y las conductas ambientalmente aptas que se puede verificar. He allí el problema de fondo;

16. La construcción del orden espontáneo liga ambas instancias de un modo más profundo y perdurable que el esfuerzo del legislador por imponerse a las conductas mediante órdenes contenidas en las normas positivas. En las sociedades libres los hombres poseen un catálogo muy breve - pero sólido - que les indica cómo comportarse. El primer principio es "no dañar a otro" y consecuente con éste el de "no engañar a otro o mantenerlo en el engaño";

17. De allí se sigue la necesidad de libertad para tomar decisiones y aprovechar el producto de las que resulten correctas. El medio natural de "cooperación social territorial", como le llama Heller, resulta de los acuerdos que los individuos y los grupos sean capaces de alcanzar. De tal manera, toda actividad de un Gobierno legítimo del Estado consiste en dar marco seguro a la libre celebración de estos acuerdos y a los derechos que de ellos emergen;

18. Si la función de Gobierno es proteger derechos, sólo cabe que intervenga para resolver conflictos evitando, con la mayor convicción, imponer conductas participando "a priori" en la toma de decisiones de individuos y grupos. Desde el punto de vista de Ayn Rand, la naturaleza humana rechaza las leyes de contenido positivo no así - en el sentido aristotélico - las que derivan de esa misma naturaleza libre²⁰. La capacidad de valorar es siempre individual y resulta imposible sustituir el criterio y decisión del individuo por un criterio supuestamente colectivo;

19. Estimo que existen ya incorporados, a nuestra propia cultura media, principios ambientales que se sustentan en la propia naturaleza humana y con ello en el fin propio de las cosas. En este terreno estimo que el trabajo que los Dres. Cano, Tarak y González Arzac llevaron a cabo bajo la coordinación del Dr. Pedro J. Frías - y del que celebro haber participado como consultor del B.I.D.²¹ - enunció aquellos que debían respetarse en el desarrollo de acuerdos que sustenten el Pacto Federal Ambiental suscripto entre Nación y Provincias el 5 de julio de 1993;

20. Presentados, en el aludido trabajo, como "Principios de Política Ambiental" estimo que han sido recogidos del fundamento mismo del orden natural en materia ambiental. Sustentándose en ellos, cualquier situación ambiental puede ser resuelta con el solo agregado de datos técnicos que en el caso concreto fuere menester valorar;

21. De cuanto venimos de señalar, al sintetizar estos principios me he tomado la libertad de apuntar aquellos de mayor consecuencia para nuestro tema:

El del debido proceso legal como garantía del uso del ambiente, conforme las libertades y derechos que la Constitución consagra;

²⁰ A. Rand, *Capitalism. The unknown ideal*, Laissez Faire Books, 1988, p. 17.

²¹ El autor intervino como Consultor en el Proyecto de Fortalecimiento Institucional Ambiental BID/SRNHA/AR-0065, elaborando los componentes de Política y Legislación Ambiental.

El principio de "gozar de un ambiente sano, equilibrado y apto para el desarrollo humano", incorporado ahora como derecho nuevo a la CN, debe tenerse como otros ya incluidos en ella;

El de participación ciudadana, que permite la consulta, el acceso a la justicia en defensa de derechos individuales y colectivos en el cumplimiento de estándares mínimos;

El de libre acceso a la información ambiental administrada por el Estado;

El de la equidad intergeneracional que el nuevo art.41 de la CN enuncia "... para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras...";

De la progresividad en el alcance de metas, que permita adecuar las actividades en el tiempo procurando su subsistencia en condiciones ambientales aptas;

De la conservación de la biodiversidad como mantenimiento de los procesos ecológicos esenciales, permitiendo el uso sostenido de sus recursos;

De restricción nuclear, por el cual la instalación de usinas deban contar con estudios de impacto ambiental (EIA), de costo-beneficio con respecto a fuentes alternativas factibles y autorización de la Provincia en que se proyecte instalar;

De evaluación de impacto ambiental tanto de emprendimientos privados como públicos, que por su objetivo puedan causar modificaciones en el medio;

VII. *La potestad de los jueces*

1. Las palabras de Carnelutti en su discurso inaugural del Congreso de Viena en 1964, parecen las más apropiadas para este

tema: "...es el Juez, no el legislador, quien tiene ante sí al hombre vivo, mientras que el «hombre» del legislador es desgraciadamente abstracto. Sólo el contacto con el hombre vivo y verdadero, con sus alegrías y sufrimientos, su bien y su mal, pueden inspirar esa visión suprema de la justicia";

2. La palabra latina *iustum* está íntimamente unida a *ius*, palabra que ha pasado a las lenguas occidentales para designar la justicia. Pero obsérvese que estos términos se encuentran ligados a *iussum* que como tal expresa lo que el común encarna como regla de justicia de la comunidad. En otros términos, el derecho no ha sido concebido como "norma", que adquiere la "forma" de ley, sino fundamentalmente como uso cuyo contenido es tenido por justo y admitido como tal por quien tuviere potestad de decirlo;

3. Del Juez depende descubrir el derecho en el caso que se presenta a su apreciación. Pero descubrir es un momento previo a dirimir una cuestión; y como consecuencia el "descubrir" permite crear un precedente cuyos principios exceden el propio caso. Esto contribuye a construir un marco cierto de respeto por libertades y derechos en toda sociedad libre, y por tanto compleja, a la vez que consolida la normalidad de conductas - que en el caso del ambiente - resulta fundamental;

4. Nos corresponde establecer si el Juez de la Constitución se encuentra facultado para obrar y resolver con los alcances que proponemos. Respondo desde ya afirmativamente. La Constitución de 1853 con sus anteriores reformas de 1860/98 y 1957, ha sido siempre fuente inagotable de principios prudentes, amplias libertades y soluciones para todas las generaciones como reza su preámbulo;

5. Las facultades de los jueces, mas allá de las dispuestas respecto de los asuntos propios de la Corte Suprema, se definen en su alcance en el mismo juramento de los miembros de la Corte. El art. 112 (antes 98) indemne después de la última reforma, dispone que al prestar tal juramento "...lo harán de desempeñar sus obligaciones *bien* y legalmente y de conformidad a lo que prescribe la

Constitución...". Este juramento, que después de la instalación de la primera Corte se presta ante el Presidente de la misma, se extiende en su alcance a todos los Jueces inferiores a cargo de Tribunales establecidos por el Congreso de la Nación, al ser ejercido el Poder Judicial por la Corte y éstos últimos, art. 108 actual (art.94/1853-60);

6. Las palabras utilizadas por los Constituyentes originarios, en las Cláusulas que sancionaron, tienen sentido preciso, alcances éticos, históricos y jurídicos concretos. No fueron producto de abstracciones ni del uso vulgar de la lengua, de tal suerte que apelar al sentido de las expresiones es encontrar el pilar sólido que nos permite salvaguardar derechos que son anteriores al texto mismo, ya que fueron dispuestos por Dios para honra de nuestra especie;

7. La palabra *bien* utilizada por los Constituyentes no expresa el aspecto formal que deba observarse en orden a la pulcritud de la sentencia. Siguiendo al Maestro del Derecho Agustín Díaz Biale²² el sentido preciso de esta expresión conduce al "bonus", en el sentido de lo moralmente bueno y justo. Es decir al principio mayor que coloca al juzgador en la posibilidad de hacer realidad el "Ars boni et aequi". No se trata de otra referencia que la contenida en la explicación de Ulpiano del sentido de la palabra "ius" y "iustitia";

8. En el 1. dice Ulpiano: "Por cuyo motivo nos llaman sacerdotes; pues cultivando la justicia profesamos el conocimiento de lo bueno y equitativo, separando lo justo de lo injusto, discerniendo lo lícito de lo ilícito, deseando hacer buenos a los hombres no sólo por el miedo a las penas, sino también con la incitación de los premios, buscando con ansia - si no me engaño- la verdadera filosofía, no la aparente";

9. El nobilísimo origen de una expresión que los Constituyentes no utilizaron por azar, se encuentra además precediendo la

²² Al Dr. Agustín Díaz Biale le fue conferido el título de Maestro del Derecho por la Academia Nacional de Derecho de Córdoba, el 22 de junio de 1990.

obligación de administrar justicia legalmente y en conformidad a lo que prescribe la propia Constitución. Es el más contundente reconocimiento del orden en que reposan las relaciones humanas libres. Es el mandato claro y explícito de "descubrir el derecho" antes que someter la justicia a la voluntad del legislador. Si la ley positiva es justa tanto mejor, pero aun sin ley positiva hay regla de derecho para sustentar la justicia;

10. A la nobleza del origen de la expresión constitucional se unen sus precedentes. No es otro que la Cláusula Ia. de la Sección IIa. del art. III de la Constitución de los Estados Unidos de América que establece que "el Poder Judicial se extenderá a todos los casos de derecho y *equidad* que emanen de esta Constitución...". Los Constituyentes americanos contemplaron de este modo la antigua tradición del common law de los Tribunales de Equidad;

11. M. Paul Odent en sus notas al *Comentario Abreviado de la Constitución Federal de los Estados Unidos*²³ de Mr. Story nos ilustra al respecto: "...*así como la jurisprudencia de las Cortes de la ley, está reducida a límites estrechos, la de los Tribunales de Equidad tienen una extensión casi sin límites. Con una flexibilidad admirable se aplica a todos los derechos e intereses...y a todas las circunstancias especiales que las causas puedan presentar: ella examina la conciencia de las partes y descubre los resortes ocultos de los hechos del hombre; protege al débil y defiende al simple, contra toda astucia y perversidad...*";

12. El propio Story en sus *Commentaries of Equity Jurisprudence* nos advierte que estos Tribunales extienden su jurisdicción a todos los casos en que, aun cuando se trate de derechos reconocidos y protegidos por la legislación del país, otros no fueren competentes para acordar una reparación completa;

13. La tradición británica de los Tribunales de Equidad no correspondía con la nuestra. Siendo el Rey la última instancia cuando a El se devolvía la jurisdicción, la Partida 3a. en sus Títulos

²³ Traducción de N. A. Calvo, Imp. La Universidad, Bs. As. 1888, pgs. 445 a 447.

22 y 23, leyes 11 y 15, respectivamente, ordenaban remitir la causa al Soberano a fin de que decidiera "tanto en derecho cuanto en equidad";

14. Como corresponde a la República, los Constituyentes pusieron en cabeza de los Jueces el resolver tanto en equidad como conforme a la ley y a la propia Constitución. El Juez americano se encuentra obligado a distinguir en causas materia de ley común y causas de equidad. Si la cuestión fue planteada como caso de derecho común no puede apelar a la jurisprudencia de equidad²⁴. Mientras que el Juez de nuestra Constitución tiene reunidas ambas potestades para todos los casos y todas las causas;

15. El sentido del art. 15 del Código Civil es precisamente el de dar completo alcance al juramento al establecer que "...los jueces no pueden dejar de juzgar bajo pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes...". Es que no existe vacío en el Derecho más allá de la existencia o no de leyes positivas. De tal manera que la costumbre es invocable cuando no existe ley específica y los principios generales o particulares aplicables al caso, siempre permiten al Juez descubrir el derecho.

VIII. *A modo de conclusión*

1. La juventud de las cuestiones ambientales en el mundo, lo son también para el derecho. He procurado mostrar la fecundidad de un derecho fundado en la creación espontánea, debida a la solución concreta de los casos que la vida presenta y de qué manera este esfuerzo de ciudadanos y jueces crea certeza y consolida un marco de relaciones estables;

2. La necesidad de leyes positivas, cuando debe expresarse de manera negativa respecto de una conducta probable, abre un extenso campo de libertades cuyo ejercicio concreto es el que debe permitir forjar el marco estable para relaciones futuras;

²⁴ Vide: "Irving vs. Marshall", 20 How. 558,555, ann.1888; "Di Giovanni vs. Camdem F.Ins.Assoc.", 296 U.S 69, ann. 1935, y otros.

3. La regulación abstracta y "a priori" de conductas probables resulta altamente riesgosa a los derechos y libertades, cuyo establecimiento no es obra del legislador humano sino de Dios mismo para honra de nuestra condición, y los efectos esperados, por regla general, precarios;

4. Teniendo en cuenta que las cuestiones ambientales son necesariamente interdisciplinarias, los jueces deben procurarse todos los elementos técnicos que permitan sustentar sus decisiones;

5. Resulta necesario que en nuestro país, Organizaciones no Gubernamentales de expertos independientes estén disponibles para consulta de los jueces en cuestiones sometidas a sus decisiones;

6. Es necesario avanzar en la especialización de los magistrados y en los estudios de grado y posgrado; poner más énfasis en el análisis de la jurisprudencia a fin de difundir los alcances de los principios en que se sustentan las soluciones concretas, de aquellos nuevos que sientan, y el valor de los fundamentos técnicos en que se apoyan de manera de construir un orden ambiental sólido sustentado en la normalidad de conductas;

7. La incorporación a la Constitución Nacional de los derechos a que alude el art. 41 responde a los principios en que se sustenta la ciencia y conciencia media sobre el ambiente, en su relación con la vida humana, y el derecho de los hombres respecto del medio físico en que habitan. Tales principios resultan fundamento suficiente y sólido para las decisiones judiciales en resguardo se estos derechos y otros de igual jerarquía.