

LORENZETTI, Ricardo Luis, *Teoría del derecho ambiental*, México, Porrúa, 2008, 195 pp.

Esta espléndida obra tiene un especial atractivo académico, toda vez que es un análisis realizado por un jurista argentino y que ha sido editada en México, país donde la teoría del derecho ambiental está aún en ciernes. Pero además, en cuanto al fondo, es de relevancia dogmática en virtud de que conspira contra la tradición jurídica occidental, cuya génesis es la protección a la propiedad privada y a la persona, y no precisamente a los bienes colectivos y, menos aún, al medio ambiente.

Ricardo Luis Lorenzetti discurre primeramente en el análisis del paradigma ambiental haciendo un esbozo cronológico en tres etapas: la retórica, caracterizada por la irrupción del movimiento ambientalista de los setenta, creador de símbolos, utopías y un léxico *ad hoc*, hasta entonces poco conocido. La fase analítica, consistente en la incorporación de estudios científicos, que en el ámbito jurídico forjó Constituciones, leyes y tratados internacionales ambientales, y la tercera denominada por el autor fase paradigmática que generó una nueva óptica de ver los problemas y las soluciones culturales, es decir, una mutación epistemológica, cuya tendencia es el desplazamiento de la concepción antropocéntrica predominante en la historia de la humanidad por una visión más geocéntrica donde la naturaleza sea el sujeto jurídico protegido.

Un distintivo *sui generis* del paradigma ambiental es que reconoce como sujeto a la naturaleza, que es un bien colectivo, lo define como escaso o en situación de peligro y está dispuesto a protegerlo limitando los derechos individuales. Este bien colectivo no pertenece ni al Estado ni a los particulares en forma exclusiva, y tiene como características: su indivisibilidad, uso común sustentable (que el autor denomina “tragedia de los comunes”, por la ausencia de incentivos individuales para protegerlos y evitar su sobreuso), todos los individuos tienen derecho a usarlos, y por lo tanto no pueden ser excluidos, tiene reconocimiento legal, está calificado objetivamente (el individuo

no puede identificar su parte porque no le pertenece), existe legitimación para obrar difusa o colectivamente, procede la tutela preventiva y se ubica en la esfera social.

El concepto de ambiente ha sido centro de un debate constante con el fin de establecer cuál es su objeto de protección, conforme al nuevo paradigma ambiental. Originalmente se entendía por ambiente sólo sus elementos naturales: agua, suelo, aire, flora y fauna. Posteriormente se incorporaron los bienes culturales como el patrimonio histórico. Actualmente se incluye también la problemática social.

En ese sentido, vale diferenciar el derecho a un ambiente adecuado, que es un derecho subjetivo de las personas, con la tutela del ambiente como bien colectivo. La primera es una idea antropocéntrica y previa al paradigma ambiental, porque mira la totalidad desde el sujeto; la segunda es una noción geocéntrica, concentrada en el bien colectivo y típica del ambientalismo.

Ahora bien, advertidos de la relevancia del paradigma ambiental, toca conocer el impacto que éste ha tenido sobre el derecho. La construcción del paradigma ambiental genera cambios en las conductas sociales a través del derecho, para hacerlo compatible con el sistema ecológico. Esto implica, necesariamente, que la ley incorpore valores y principios, no sólo fije procedimientos, pero además, que procure resultados y que no se agote en el establecimiento del supuesto jurídico sino que se extienda hasta la fase de la implementación de la norma jurídica.

Por otra parte, en la frontera del conocimiento jurídico ambiental, han hecho su esperada aparición conceptos cuyo objeto es atajar la incertidumbre y los riesgos ambientales. El autor nos ofrece un concienzudo análisis al problematizar lo relativo a los principios de prevención y precaución, nociones bisoñas del paradigma ambiental, que tienen como propósito precisamente regular la incertidumbre y dar una respuesta jurídica a la natural aversión al riesgo y el rechazo al peligro de parte de las personas. Para llegar a este punto, ha sido determinante la convicción generalizada acerca de las limitaciones de la ciencia para dar respuesta a los crecientes problemas ambientales, lo cual obliga a ser proactivos antes que reactivos a tales problemas; anticipar los riesgos antes que reaccionar una vez que éstos produzcan

daños graves o irreversibles. Con todo y la lógica explicable de estos principios, el autor plantea algunos eventos y actitudes manipuladoras del miedo social, admitiendo que es la eficaz implementación de la normativa ambiental lo que permitirá pasar de una mera declaración políticamente correcta a una solución jurídicamente viable.

Sin embargo, la aplicación efectiva de la norma a través de una estrategia que sólo se base en la sanción está destinada al fracaso, debido a la propia naturaleza de los bienes ambientales, ya que hay bienes ambientales que no son renovables, como el clima, las especies en extinción, entre otros. Y es precisamente aquí donde radica la fuerza y la explicable irrupción de los principios de prevención y precaución, cuya diferencia, expresa Lorenzetti, consiste en que el primero se actúa frente a una amenaza, pero, si no se prueba esta certidumbre, no se actúa. En cambio en la precaución, se toman medidas aun frente a una amenaza incierta.

De tal modo que, tomando en cuenta la dificultad para monetizar los bienes ambientales, la reparación de los daños ambientales son inapropiados y es priorizable la prevención, la que opera con base en la previsibilidad, pero el principio precautorio va más allá, se anticipa aún sin bases comprobables de certidumbre.

Adicionalmente, en relación a la teoría de la implementación, el autor plantea que en las cuestiones ambientales es necesario articular una política legislativa que articule el cumplimiento voluntario, el forzado y la disuasión.

En primer término, el cumplimiento voluntario (*Compliance*) se verifica cuando las conductas humanas se ajustan a los mandatos, prohibiciones o permisiones que contiene la norma jurídica. Las posibilidades de que las personas respeten la ley se incrementan cuando existe coherencia entre los incentivos económicos o culturales y la legislación. Los valores y los incentivos económicos que promueve el contexto institucional, resultan decisivos para que la ley se cumpla. Si un individuo cree en los valores que la ley respalda, o bien tiene un interés económico en que la ley se aplique, la cumplirá voluntariamente.

Se podría afirmar, entonces, que la teoría de la implementación es un esfuerzo por aportar coherencia entre el mundo legal, por un lado, y el cultural y el económico, por el otro. Por esa razón es que,

cuando se quiere fortalecer el cumplimiento, se hacen programas educativos y se difunde información para influir sobre la conciencia de las personas, o se crean marcas verdes, bonos ambientales, y otros instrumentos que inciden sobre el orden de preferencias económicas de los habitantes.

Por cuanto hace al cumplimiento forzado (*Enforcement*), éste aplica cuando las conductas no se ajustan a la normatividad y son medidas de fuerza, en el ámbito administrativo, civil o penal, que se adoptan después de la violación de la ley. En este aspecto, surge la misma objeción relativa al carácter irreversible que presentan muchos micro-bienes ambientales, por lo que no es la vía más deseable, e incluso se considera subsidiaria o complementaria, pero sin sustituirla.

En tercer lugar, la disuasión (*Deterrence*) examina las sanciones con un incentivo para las conductas futuras, mientras que el cumplimiento forzado se aplica a quien ya violó la ley. Una sentencia judicial puede fijar una condena, pero al mismo tiempo darle una modalidad que permita prevenir futuras violaciones similares.

Asimismo, en cuanto a la ineficacia de la legislación ambiental, nuestro autor la analiza críticamente desde dos ópticas: su carácter de legislación declarativa que tiene que ver con la insuficiencia coactiva de la norma, su estructura y su fragmentación, pero además se deriva de la debilidad de los órganos de implementación y control, y la problemática relativa la distribución de competencias. El inconveniente fundamental de los bienes colectivos es su ingénita esencia que no encaja con el modelo de justicia individualista tradicional, la naturaleza no monetizable de muchos de los bienes ambientales y la ausencia de incentivos económicos, educación e información que estimulen el cumplimiento de la norma.

El recién reelecto presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de la República Argentina dedica todo un capítulo al cumplimiento obligatorio de las normas ambientales, e ilustra magistralmente la exposición a través del análisis de diversas decisiones judiciales relacionadas a bienes colectivos. Parte del principio, *in genere*, que una vez que se constituye la relación jurídica procesal, se afirman y niegan los hechos, se prueban y se dicta una sentencia que extingue el proceso. No obstante, a diferencia de la cotidianeidad relativa al cumplimiento de una sentencia tradicional, en lo que concierne a la protección de los bienes ambientales, la ejecución de un mandato ju-

dicial difiere cualitativamente: la sentencia no es una, sino varias; no es típica sino atípica; el proceso no se extingue, sino continúa. Son procesos de larga duración en la medida en que el tiempo es inherente a su ejecución, ya que es imposible y hasta inconveniente resolver la situación con una medida inmediata y drástica.

En los procesos referidos a bienes colectivos, en virtud de la amplia legitimación en la tutela de los bienes colectivos, existen problemas de organización procesal debido a que la iniciativa suele ser dispersa, por lo que es necesario planificar cómo se administrará el conflicto, distinguiendo si se trata de un proceso colectivo o un conflicto sobre un bien colectivo, lo cual da lugar a cinco supuestos: 1) Pluralidad de procesos individuales decididos por un tribunal; 2) Pluralidad de procesos individuales decididos por varios tribunales; 3) Proceso colectivo que origina procesos individuales; 4) Proceso colectivo fraccionado (una demanda puede involucrar aspectos muy amplios que obligan a dividirlo), y 5) Proceso colectivo único, es decir, se trata de un proceso en torno a un bien colectivo y se adopta una sola decisión. Entonces, el primer paso que debe dar un tribunal es constatar la existencia de un conflicto sobre bienes colectivos y diferenciarlo de los que se refieren a bienes individuales, para con ello diseñar una estrategia a fin de homogeneizar la decisión y la ejecución de la sentencia.

El jurista santafesino no se limita a analizar la normativa argentina, trasciende al derecho comparado y busca soluciones a los conflictos ambientales respecto de bienes colectivos, que suelen ser especialmente complicados y requieren de “ardua resolución”, ante la prevalencia de vacíos y ambigüedades legislativas. Es por ello que en las fases de la relación procesal propone las ventajas de implementar audiencias públicas de carácter informativo, de constitución de la relación procesal y audiencias ordenatorias del caso, lo cual permitiría dividir pretensiones de las partes, ordenar la fase probatoria y diseñar estrategias para facilitar la eficacia jurídica del proceso y sus resultados.

Al analizar los procesos referidos a bienes colectivos, también aborda la distinción entre sentencias declarativas, generalmente identificadas como aquellas que declaran principios y condenan con un alto impacto mediático y social, y las sentencias de ejecución que im-

plican numerosas etapas en las que se producen discusiones y precisiones. En el primer caso, la sentencia da el marco general y las posteriores resoluciones judiciales van ejecutando. Esta sucesión genera lapsos prolongados de tiempo, porque se trata de modificar situaciones que involucran instituciones, conductas, reglas y culturas, pero que su duración está supeditada al objeto de la sentencia, es decir, si se trata de sentencias que ordenan prevención, reparación o prevención-reparación, esto último implica que el tribunal pueda adoptar decisiones sobre un objeto y continuar el litigio sobre otro, parcelando el proceso.

Resulta de primordial importancia conocer lo que nuestro autor se plantea para garantizar la eficacia de las decisiones judiciales en materia ambiental. Después de hurgar en su propia experiencia y en el derecho comparado, expone las siguientes opciones de implementación: 1) Exhortaciones y mandatos. La sentencia exhortativa contiene una declaración sobre la vigencia de un valor o principio constitucional cuya implementación corresponde a otros poderes a quienes solicita se haga efectivo el mandato judicial; 2) Mandatos de no innovar y de innovar. Se refiere a la necesidad de ordenar que las cosas se preserven tal cual para evitar que se agraven los daños; 3) Mandatos dirigidos a la administración. Consiste en ordenar a la administración pública, federal o estadual, innovar o no innovar, lo cual puede hacer según un modelo orientado a los resultados o bien a los procedimientos; 4) Mandatos dirigidos al Congreso. Se refieren a legislar sobre un tema específico, con la fijación de un plazo razonable, y 5) Órdenes de organización de la implementación. Organizar la ejecución resulta relevante en los bienes colectivos, ante lo que el tribunal puede delegar la consumación del veredicto, puede dividirlo en etapas y puede aplicar sanciones a los funcionarios públicos.

Otro aspecto que el autor pone a consideración es la conciliación como forma de resolver conflictos sobre bienes colectivos. Y, sobre todo, si la conciliación puede darse en la etapa de ejecución de sentencias. La polémica obedece a la propia naturaleza de los bienes colectivos, en virtud de que son indivisibles e indisponibles, y la legitimación extraordinaria de quienes ejercieron la pretensión no significa que sean dueños del bien. En consecuencia, no pueden celebrar tran-

sacciones porque no están habilitados para hacer concesiones recíprocas, que consisten en renunciaciones o reconocimientos. Sin embargo, si pueden celebrar acuerdos sobre las modalidades de las obligaciones, es decir, sobre el plazo, cargo o condición en la cual se celebran.

Finalmente, habiendo analizado la importancia, para los bienes colectivos, de contar con un Poder Judicial fuerte e independiente, el autor aborda los límites de ese activismo judicial. Para ello, ve dos tipos de límites: los derivados de la democracia constitucional y los derivados de la eficacia del Poder Judicial. En cuanto a los primeros, establece que la democracia funciona con base en el respeto de las mayorías, y excluye un gobierno de los jueces que sustituya a esas mayorías, las que deben tener un control independiente de parte de los jueces y, siendo así, constituyen un aporte a la democracia deliberativa pero no la sustituyen. Y en cuanto a los bienes ambientales, se justifica plenamente que los jueces declaren inconstitucional una ley aprobada por las mayorías, o la decisión de un gobierno popularmente electo, bajo la condición que atenten contra el medio ambiente. Los límites derivados de la eficacia del Poder Judicial se centran en la falta de capacitación de los jueces en temas científicos, por lo que se corre el riesgo de que éstos vean disminuido su prestigio al hacer aquello para lo que no están preparados.

Por todo ello, y a pesar de su inclinación hacia el activismo judicial, acorde con el espíritu de la división constitucional de poderes, el autor concluye que las políticas judiciales intervencionistas no son la panacea, y se inclina por una injerencia orientada hacia el control de los resultados, más que hacia los procedimientos para lograrlos, lo que significaría una participación prudente de los jueces en materia de protección al medio ambiente, tendientes a controlar los resultados que permitan hacer efectivos los derechos fundamentales de los gobernados.

La obra que intentamos glosar, además de ser del todo oportuna para enriquecer una discusión, no por bisona menos necesaria en México, nos convoca a reflexionar acerca de la justicia colectiva, que se dice distinguirá el siglo XXI, y que en varios países iberoamericanos data de décadas. En México hay atisbos esperanzadores para tutelar los derechos colectivos, lo cual deberá propiciar una más eficaz

exigibilidad jurídica de los derechos de los consumidores, el acceso a los servicios públicos y, especialmente, por cuanto a la temática de la obra *in comento*, el derecho a un medio ambiente adecuado para el desarrollo y el bienestar de los mexicanos.

Carlos KARAM QUIÑONES*

* Profesor e investigador de tiempo completo en la Universidad Autónoma de Sinaloa, karam@uas.uasnet.mx y ckaramq@gmail.com.