

La aplicación de los principios de no regresión, solidaridad y “pro homine”: El desafío ambiental del siglo XXI*

Por Lidia M. R. Garrido Cordobera

1. Punto de partida

Proteger los acerbos del derecho ambiental no supone anclarnos en el pasado, sino por el contrario, éstos constituyen una garantía de futuro, y por ello aceptamos el reto de defender la aplicación de ciertos principios que muchas veces pueden chocar con criterios meramente utilitarios-economicistas o hasta ser considerados utópicos.

Vivimos en un mundo tecnificado y globalizado, en el que las circunstancias que rodean a la humanidad son cada vez más complejas, se habla de un mundo de riesgos, de continuos peligros, todos soportamos ciertos riesgos latentes y nos beneficiamos en mayor o menor medida del avance de la ciencia y de las técnicas¹, pero si realmente queremos un régimen humanista debemos devolverle al hombre y a la naturaleza la dignidad de ser el núcleo y no de tomarlos como una mera variable económica en materia de desarrollo progresivo.

Sostenemos que el ambientalismo no es una involución, sino que tiene metas definidas y es falsa esa aparente pugna con el desarrollo, pues se propugna en la actualidad el derecho al desarrollo sustentable como un derecho humano a la calidad de vida en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado y al patrimonio común de la humanidad, que se funda según Gross Espiell en la idea de solidaridad entre los hombres².

Sostiene Benjamin que frente a la amenaza de que acaezcan daños graves e irreversibles, cuyas secuelas pueden propagarse en el espacio y a través del tiempo, se imponen cambios de paradigmas³ y este es el desafío que nos planteamos.

En sus reflexiones Ciuro Caldani dice que el hombre es un ser especialmente abierto a los riesgos, pero, contradictoriamente, el ser humano asume la inseguridad en busca de seguridad y entre otros caminos para lograrla está la responsabilidad⁴.

* Extraído de la conferencia de ingreso como miembro correspondiente a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba por la provincia de Corrientes, 9/9/14. [Bibliografía recomendada.](#)

¹ Garrido Cordobera, Lidia M. R. - Busto Lago, José M., *Los riesgos del desarrollo*, Madrid, Reus, 2011.

² Garrido Cordobera, Lidia M. R., *La preservación al medio ambiente en la Constitución nacional: la protección y el daño ambiental*, en “Estudios sobre la reforma constitucional de 1994”, Bs. As., Depalma, 1995. Garrido Cordobera, Lidia M. R. - Cordobera de Garrido, Rosa, *Protección al medio ambiente y calidad de vida*, en “Homenaje a los 150 años de la Constitución nacional”, Academia Nacional de Córdoba, 2003. Gross Espiell, Héctor, *Estudios sobre derechos humanos*, Jurídica Venezolana, 1985.

³ Benjamin, Antonio, *Derechos de la naturaleza*, en “Obligaciones y contratos en los albores del siglo XXI”, Bs. As., Abeledo-Perrot, 2001.

No en vano, debemos tener presente que la protección de las víctimas tiene carta de ciudadanía desde hace décadas en el derecho de daños, lo mismo que el derecho a la reparación, pero no son los únicos principios a ser aplicados en materia ambiental.

En ese sentido, hace tiempo que sostenemos la obligatoriedad de la observación de los principios generales del derecho, por su capacidad para guiar racionalmente la solución de los problemas, creemos que ellos no atacan, sino fortalecen la seguridad jurídica de todo el ordenamiento, brindando coherencia y sentido al sistema, y que nada hay más lejos de la pura discrecionalidad y la arbitrariedad en su correcta aplicación a los problemas que enfrentamos.

Se impone pensar en una pauta que impida que en años de crisis económica se tienda a elegir como primer mecanismo de ajuste al ambiente y al hombre, vulnerando por lo tanto su calidad de vida.

Al ser el derecho evolución, son aplicables, el principio *pro homine* como plataforma de acción de estos derechos fundamentales involucrados en la calidad de vida, que tiene su proyección en el principio protectorio, e incluye los principios de prevención y precaución⁵, que tanto desarrollo han tenido en las últimas décadas y que se irradia actualmente en la tutela de los sujetos considerados vulnerables.

Sobre todo creemos que debe hacerse carne el *principio de no regresión* propuesto por Michel Prieur en materia ambiental, junto al de *solidaridad intergeneracional*, para solucionar los desafíos del desarrollo sustentable.

2. El desafío del riesgo ambiental y el desarrollo sustentable

La sociedad del siglo XXI se nos presenta compleja en cuanto a la articulación de la conservación de la calidad ambiental de las comunidades y del planeta con la necesidad de desarrollo tecnológico, urbano y de esparcimiento de la población, veremos que la tensión se agudiza en ciertos temas como el de la emisión del carbono, en la actividad industrial o en mantenimiento de los recursos naturales o de la biodiversidad.

Sabemos que los sistemas ecológicos son demasiados complejos como para analizarlos mediante simples series causales, pues se trata de sistemas cibernéticos formados por un complejo enredamiento de leyes elementales, ya que estas reglas y leyes funcionan basadas en acciones recíprocas que condicionan la amortiguación del sistema, respondiendo a la ley del equilibrio dinámico.

Nuestra querida colega, Gutiérrez Posse considera que este derecho a un desarrollo sostenible y ambientalmente adecuado configura uno de los pilares en el

⁴ Ciuro Caldani, Miguel Á., *Reflexiones sobre el riesgo, la responsabilidad y el seguro*, RCyS, marzo, 2011.

⁵ Drnas de Clement, Zlata, *Codificación y comentario de normas internacionales ambientales*, Bs. As., La Ley, 2001 y *El principio de precaución en materia ambiental, nuevas tendencias*, trabajo presentado en la Jornada de Medio Ambiente del Instituto de Federalismo de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, mayo de 2000. Jiménez de Parga y Maseda, Patricia, *El principio de prevención en el derecho internacional del medio ambiente*, Madrid, La Ley-Ecoiuris, 2001.

derecho internacional, en cuanto intenta conciliar tanto la soberanía permanente de los Estados sobre sus recursos naturales como el derecho de los hombres a un medio ambiente sano.

En este sentido es un derecho transgeneracional, y se vincula necesariamente con las medidas de planificación de desarrollo de cada país y de su comunidad, pero también a nivel global evidencia como se manifiestan las acciones conjuntas de los Estados y de las ONGs.

Acertadamente hace décadas se habla de cambio global, pues los problemas ambientales no conocen fronteras, y estamos en lo que en Ottawa se denominaba “un mundo interdependiente”, pues se requiere de la cooperación internacional, ya que es imposible prohibir que un Estado en vías de desarrollo explote sus riquezas, pero si se le puede pedir, que minimice los daños y aplique el principio de no regresión ambiental.

Actualmente el hombre se encuentra con un gran poder, que puede llevarlo a realizar prodigios o a causar daños muchas veces catastróficos; éste es el gran desafío que enfrenta la humanidad y también el derecho, que debe tomar su rol de prevención y de protección a las víctimas si realmente se quiere realizar el principio o valor justicia⁶ y no simplemente declamarlo.

La actitud de lo que denominamos “hombre moderno” respecto del universo material fue y continúa siendo de conquista y expansión; sobre todo el hombre occidental tiene una relación de dominio con respecto al medio en que se desenvuelve, creyendo en el principio de la expansión sin límites y de que si surge algún tipo de restricción, ésta sólo será temporaria, pues mediante su inteligencia aplicada a la ciencia y a las técnicas la superará; tal conducta, junto con la de presumir una ilimitada capacidad ambiental para la absorción de residuos y desperdicios y la creencia de que nos hallamos en un ecosistema abierto, ha llevado a lo que algunos denominamos ya hace veinte años “el inicio de la crisis ambiental o la tragedia de los comunes”⁷.

Estos grandes avances científicos y técnicos que presenciamos en el último siglo y lo que corre del actual, nos enfrentan con conflictos y dilemas filosóficos, morales, sociales, jurídicos y económicos en los que se ponen en juego principios éticos y cuya especial aplicación se da en área de la salud y calidad de vida, que creemos deben ser protegidos firmemente y donde confluyen intereses individuales y colectivos.

Frente a cada uno de estos nuevos desafíos surgen reclamos en el contexto social, y la comunidad reacciona de diferentes maneras, haciendo jugar las respuestas de ajuste y de presión, al decir de Diez-Picazo, en una evidente experiencia de cambio y progreso jurídico⁸.

⁶ Corti Varela, Justo, *Organismos genéticamente modificados y riesgos sanitarios y medioambientales*, Madrid, Reus, 2010.

⁷ Garrido Cordobera, Lidia M. R., *Los daños colectivos y su reparación*, Bs. As., Universidad, 1992.

⁸ Diez-Picazo, Luis, *Derecho y masificación social. Tecnología y derecho privado*, Madrid, Civitas, 1990, p. 90 y siguientes.

La Agencia Americana de Protección Ambiental alude al riesgo ambiental como la posibilidad de efectos dañosos a la salud humana o a los ecosistemas resultante de un estresor ambiental, vemos que son sus elementos la posibilidad de ocurrencia y la incertidumbre sobre la ocurrencia, ocasión y magnitud⁹.

Se alude con los riesgos ambientales tanto a las consecuencias de hechos de la naturaleza (terremotos, inundaciones, sequías) (RAN) como a las consecuencias del avance tecnológico (productos, lluvia ácida, ozono, contaminación hídrica, ruidos, cambios climáticos, nanotecnología, OGM, etc.) (RAT).

Suele conceptualizarse al riesgo (*risk*) como la probabilidad de que ocurra un fenómeno natural o humano que afecte directa o indirectamente al medio ambiente¹⁰.

El “riesgo” se expresa en términos cuantitativos de probabilidad, mientras que el “peligro ambiental” alude a la capacidad potencial de una sustancia o de un sistema de ocasionar daños, mientras que la “amenaza ambiental” lo hace respecto a un evento potencialmente desastroso que ocurre durante cierto periodo en un determinado sitio (p.ej., sismos, inundaciones).

Para comprender mejor los alcances de este peligro ambiental debe tenerse presente, que su exposición, puede ser voluntaria o involuntaria, y que los efectos negativos del RAT (riesgo ambiental tecnológico) dependerá de la toxicidad, dosis, tiempo, frecuencia de exposición y eso, nos lleva al concepto de resiliencia, como la capacidad del sistema de adaptarse utilizando las variables de la anticipación, la capacidad de respuesta ante el problema y la recuperación.

Sin embargo hay que tener presente también el término de vulnerabilidad que alude a las situaciones en las que se encuentran los sujetos o el ecosistema en situación de peligro de daño.

Si bien es aceptada la imposibilidad de llegar al riesgo “0” también lo es que no podemos pagar cualquier costo ambiental por un aparente progreso y es imperativo que deban cumplirse con los principios ambientales.

Debemos recordar que los denominados “costos de los accidentes” en análisis económico, se consideran al comenzar cualquier actividad¹¹; se estima que la gente es libre de decidir entre emprender una actividad pagando los costes de hacerlo (incluyendo los accidentes), o bien, evaluándolos, escoger una actividad menos atractiva, pero no tan arriesgada o riesgosa y que también la responsabilidad, desde un criterio macroeconómico, está fundada en el cálculo comparativo entre el coste social de la actividad y la riqueza productiva, o, más sencillamente, entre los intereses del damnificado y los del autor, debiéndose tomar asimismo en cuenta el interés social involucrado y el principio de solidaridad.

⁹ ISO 31000/09: combinación probabilidad de un suceso y de su consecuencia; OHSAS 18001 combinación de la probabilidad de ocurrencia o exposición peligrosa y la severidad de las lesiones o daños; IRAM 3800 combinación entre probabilidad de ocurrencia de un determinado evento peligroso y la magnitud de las consecuencias.

¹⁰ Garrido Cordobera, Lidia M R, *Implicancias de la responsabilidad por riesgo*, Academia Nacional de Derecho de Córdoba, 2009.

¹¹ Calabresi, Guido, *El coste de los accidentes, análisis económico y jurídico de la responsabilidad civil*, Barcelona, Ariel, 1984. Pietro Molinero, Ramiro J., *El riesgo de desarrollo un supuesto paradójico de la responsabilidad civil por producto*, Madrid, Dyckinson, 2005.

Esta pugna de los derechos ambientales se corona al reconocer la posibilidad de acceso a la justicia, pero para ello se ha recorrido una larga e histórica lucha.

Esto implicó una transformación en las estructuras de los sistemas jurídicos, el arribo de la dimensión social del derecho, una nueva categoría de daños y de damnificados y la aplicación de los principios que actualmente nos ocupan.

El constitucionalismo ha sufrido una renovación enorme en materia de los derechos fundamentales, pues las denominadas generaciones de derechos tienen que ver con diferentes tiempos históricos que han apadrinado nuevas necesidades del hombre.

Suele decirse que los derechos de primera generación tienen como valor fundante la “libertad” e implican acciones negativas o de abstención, los de segunda generación la “solidaridad” e implican el nacimiento de deberes positivos o de prestación y los de tercera generación nos enfrenta con los derechos de incidencia colectiva, los derechos de los consumidores y del ambiente y algunos al hablar de los derechos de las generaciones futuras predicando que estaríamos en una cuarta etapa evolutiva o derechos de cuarta generación.

3. La justificación de la invocación de los principios

Recuerda Millare que el derecho como ciencia humana y social necesita principios, son los pensamientos directrices para Larenz, los valores fundantes, y presentan un efecto de irradiación para Alexy.

Se sostiene la diferente fuerza deóntica de los principios y las reglas, en los principios la prescripción puede ser llevada a cabo en más o en menos, admite grados de cumplimiento mientras que la regla es observada o no, para Alexy los principios son mandatos de optimización.

Señala Cafferatta con respecto a la función que cumplen los principios, que ésta sería: a) función informadora; b) función de interpretación; c) los principios como filtros; d) los principios como diques; e) los principios como cuña; f) los principios como despertar de la imaginación creadora; g) los principios como recreadores de normas obsoletas; h) capacidad organizativa/compaginadora de los principios; i) los principios como integradores¹².

La consecuencia práctica es o debe ser que el principio se erige en criterio preferente para la interpretación de las normas singulares del grupo o institución, por cuanto dota de sentido unitario y coherente al conjunto normativo, sosteniendo que el derecho ambiental debe tener preeminencia¹³.

Solemos decir, siguiendo a Vigo, que los principios orientan al legislador para que las leyes que se dicten se ajusten a ellos, y presentan además una función

¹² Cafferatta, Néstor, *Responsabilidad civil por daño ambiental*, en López Mesa, Marcelo J. - Trigo Represas, Félix A., “Tratado de responsabilidad civil”, Bs. As., La Ley, 2004, citando a Prado, Juan J. - García Martínez, Roberto, *Instituciones de derecho privado*, Bs. As., Eudeba, 1985.

¹³ López Ramos, Neófito, *Procesos constitucionales y protección ambiental en Latinoamérica*, en “Simposio de jueces y fiscales de América Latina. Aplicación y cumplimiento de la normativa ambiental”, Bs. As., sep. 2003.

esencial en la interpretación, como criterio orientador del juez o del intérprete, constituyendo el fundamento o razón del sistema.

Sostiene Dworkin que cuando decimos que un determinado principio es un principio de nuestro derecho, lo que queremos decir, es que, el principio es tal que los funcionarios deben tenerlo en cuenta como criterio que lo determine a inclinarse en uno u otro sentido para la solución de la cuestión¹⁴.

Los principios generales sirven de filtro cuando existe una contradicción entre estos principios y determinadas normas que quieran aplicarse. Se habla de ellos como diques de contención, ante el avance disfuncional de disposiciones legales y también pueden actuar como cuña expansiva para lograr el desarrollo, fortalecimiento, consolidación, y ensanchamiento de las fronteras de la especialidad.

Enseñaba García de Enterría que los principios tienen una capacidad heurística para solucionar problemas interpretativos, de inventiva para descubrir combinaciones nuevas, organizativa para ordenar la vida jurídica y son estos los que prestan la dinámica, innovación y evolución incesantes necesarias.

Nosotros, aceptando la interpretación amplia del contenido del derecho ambiental que surge de la Conferencia de Estocolmo de las Naciones Unidas sobre el medio ambiente humano, incluimos en estas cuestiones a solucionar, todos los aspectos sociológicos y las implicancias referidas a los recursos naturales¹⁵.

Los grandes desafíos que plantea la compleja, angustiante y vital problemática ambiental, en cuanto atañe a la plenitud de la vida, la lucha frontal contra el riesgo o peligro ambiental; el encontrar un nuevo punto de equilibrio que recomponga la unidad bajo la letra y el espíritu de la Constitución nacional, que a partir de la reforma, consagra con privilegiado ropaje tuitivo, estos derechos de tercera y cuarta generación, requiere de una nueva cultura jurídica priorizando, en palabras de Morello, las "respuestas vivas a los problemas de hoy"¹⁶.

Los principios de la legislación ambiental son compatibles con todo el sistema de derecho, aparecen consagrados en el art. 4 de la ley general del ambiente¹⁷ y se

¹⁴ Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1984.

¹⁵ Garrido Cordobera, Lidia M. R. - Kunz, Ana (dirs.), *Cuestiones ambientales*, Bs. As., La Ley, 2009.

¹⁶ Cafferatta, *Responsabilidad civil por daño ambiental*, en López Mesa - Trigo Represas, "Tratado de responsabilidad civil". Morello, Augusto M., *El desafío en nuestros tiempos desde la perspectiva de la protección del medio ambiente*, "Revista Jurisprudencia Provincial", 1995.

¹⁷ *Principio de congruencia*. La legislación provincial, municipal referida a lo ambiental deberá ser adecuada a los principios y normas fijadas en la presente ley; en caso de que así no fuere, ésta prevalecerá sobre toda otra norma que se le oponga. *Principio de prevención*. Las causas y las fuentes de los problemas ambientales se atenderán en forma prioritaria e integrada, tratando de prevenir los efectos negativos que sobre el ambiente se puedan producir. *Principio precautorio*. La ausencia de información o certeza científica no será motivo para la inacción frente a un peligro de daño grave o irreversible en el ambiente, en la salud o en la seguridad pública. *Principio de equidad intergeneracional*. Los responsables de la protección ambiental deberán velar por el uso y goce apropiado del ambiente por parte de las generaciones presentes y futuras. *Principio de progresividad*. Los objetivos ambientales deberán ser logrados en forma gradual, a través de metas interinas y finales, proyectadas en un cronograma temporal que facilite la adecuación correspondiente a las actividades relacionadas con esos objetivos. *Principio de responsabilidad*. El generador de efectos degradantes del ambiente, actuales o futuros, es responsable de los costos de las acciones preventivas y correctivas de recomposición, sin perjuicio de la vigencia de los sistemas de responsabilidad ambiental que corres-

unen con la garantía constitucional del *alterum non laedere* del art. 19 de la Const. nacional y todo el sistema de garantías constitucionales e internacionales de derechos humanos (arts. 33; 41 y 75, incs. 19 y 22).

4. El principio de no regresión y el de progresividad

Uno de los pioneros europeos y defensores de este principio, Michel Prieur, sostiene la existencia de reglas jurídicas eternas y se pregunta si, el derecho al ambiente, no debería entrar en esta categoría de reglas jurídicas irreversibles.

Explica que las amenazas a la que estamos expuestos en nuestra calidad ambiental son variadas: políticas, económicas y hasta psicológicas y alerta frente a la tendencia pendular en materia ambiental, afirmando que el derecho ambiental contiene una esencia intangible estrechamente vinculada al más intangible de los derechos humanos: el derecho a la vida, entendido como un derecho a la supervivencia frente a las amenazas que sufre el planeta debido a las degradaciones del medio.

En su disertación en Zaragoza, reflexiona acerca de que el medio ambiente nos deja a la vez en un espacio sin fronteras y en un espacio sin límites, y nos propone un formidable reto a juristas y no juristas “crear una nueva escala de valores, para garantizar de la mejor manera posible, la supervivencia del frágil equilibrio entre el hombre y la naturaleza teniendo en cuenta la globalización del medio ambiente”.

Estos riesgos a los que alude el profesor de Limoges, obedecen a razones jurídicas ligadas al poder soberano de los Estados, políticas por evidenciar una voluntad de simplificar el derecho y de desregulación y razones económicas y sociales que apuntan a la crisis mundial que enfrentamos.

Expresa González Ballar que este principio con variantes ha acompañado el desarrollo de las teorías científicas y nos recuerda la teoría de la evolución de Darwin y el Big Bang y en materia jurídica nos enfrenta a un cambio de abordaje por medio de la interpretación y la hermenéutica ambiental necesaria para esta sociedad de riesgos¹⁸.

Puntualiza la necesidad de un nuevo marco teórico axiológico, con una nueva ética antropocéntrica ampliada, pero intra e intergeneracional, la necesidad de una nueva racionalidad ambiental con cuatro ejes, el desarrollo ecológicamente sosteni-

pondan. *Principio de subsidiariedad.* El Estado nacional, a través de las distintas instancias de la Administración pública, tiene la obligación de colaborar y, de ser necesario, participar en forma complementaria en el accionar de los particulares en la preservación y protección ambientales. *Principio de sustentabilidad.* El aprovechamiento sustentable de los recursos naturales y la preservación del patrimonio natural y cultural son condicionantes necesarios del desarrollo económico y social. La gestión sustentable del ambiente deberá garantizar la utilización de los recursos naturales para las generaciones presentes y futuras. *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 desarrolladas en forma conjunta.

¹⁸ González Ballar, Rafael, *Reflexiones para la interpretación de la no regresión*, en “El principio de no regresión en el derecho latinoamericano”, p. 77.

do, socialmente equitativo, culturalmente diverso y políticamente democrático y sobre todo tener en miras los fines y principios del derecho ambiental.

De este modo, tomaríamos al “principio de no regresión” como norma jurídica integradora, tanto como imperativo jurídico negativo como imperativo jurídico positivo.

Expresa Esain que “al ser el derecho al ambiente un derecho fundamental es tributario de las fuentes primarias del ordenamiento jurídico –Constitución, tratados de derechos humanos–, siendo la no regresión un contenido insertado desde las vitamínicas pautas que en materia de derechos económicos y culturales el sistema interamericano han acercado”¹⁹.

Sólo se aceptará como razonable y no arbitraria una disminución si concurren en el caso: a) razones excepcionales y b) concurrencia de intereses generales, sólo en caso que concurren ambos extremos se podrá justificar por el Estado una decisión que reduzca el nivel de protección²⁰.

Recordemos que la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1793 en su art. 28 ya señalaba que “una generación no puede comprometer con sus leyes a generaciones futuras”.

Esto nos lleva a pensar en los planteos de Jonas sobre si es justo establecer limitaciones en la actualidad en razón de la protección de personas que no sabemos si existirán.

Sostiene Franza que el “principio de no regresión” implica necesariamente una obligación negativa de no hacer, de este modo el nivel de protección ambiental alcanzado debe ser respetado, la principal obligación que conlleva es la de respetar los umbrales y estándares ambientales ya adquiridos y a no afectar negativamente el actual nivel de protección²¹.

En su criterio, no se opone a la idea de evolución clásica ni a la mutabilidad propia del derecho, modificación propia e inevitable, sino a los cambios que tengan como finalidad la disminución del nivel alcanzado, y se encuentra condicionado por los principios constitucionales de razonabilidad y proporcionalidad así como a las reglas de la ciencia, técnica, convivencia y la lógica.

No existe una terminología unívoca para aludir a este principio y en algunos países se conoce también al principio de no regresión como “stand still” (Bélgica), efecto cliquet, trinquete, cláusula de status quo, de no retroceso, o regresividad, cláusula de antirretorno.

Si bien el derecho al ambiente como derecho fundamental esta resguardado en el art. 41 de la Const. nacional y su correlato en el art. 75, inc. 22, el principio de no regresividad se muestra primero en el ámbito de derechos económicos, sociales y culturales y en menor medida en materia ambiental. Pero también lo encontramos en

¹⁹ Esain, José A., *Progresividad y no regresión en el nivel de protección del ambiente*, en “El principio de no regresión en el derecho latinoamericano”, p. 200.

²⁰ Esain, *Progresividad y no regresión en el nivel de protección del ambiente*, en “El principio de no regresión en el derecho latinoamericano”, p. 243.

²¹ Franza, Jorge A., *El principio de no regresión en el derecho ambiental*, “Revista Iberoamericana de Derecho Ambiental”, IJ-LXVI-422.

el art. 75, inc. 19 de la Const. nacional en una clara referencia al desarrollo y en el Preámbulo en la frase de proveer al bienestar general.

Dice Rebeca Cook que está implícito en los pactos de derechos humanos como obligación negativa inherente a las obligaciones positivas que acompañan a los derechos fundamentales y Cafferatta expresa que se trata de mejorar el ejercicio real de un derecho confiriéndole eficacia, lo que obliga en todo momento a dar a la legislación un “efecto ascendente” según la expresión de Dominique Rosseau por lo cual no se puede descender por debajo de cierto umbral sin desnaturalizar el derecho en cuestión²².

Del art. 2.1 del PIDESC y del art. 26 se desprende otro principio que suele hacer de contrapeso, nos referimos al de “progresividad” y que Courtis señala que impone la obligación a los Estados de avanzar con la mayor rapidez y eficacia posible.

El “principio de progresividad” responde a criterios de gradualidad progresiva en el avance de los objetivos, al criterio de involucramiento paulatino de concientización y de adaptación²³.

Un ejemplo palpable lo tenemos en la ley de PCBs que prevé una eliminación paulatina de tal sustancia en el territorio.

La noción de “no regresividad”, siguiendo a Courtis, responde a una limitación que los tratados de derechos humanos y la Constitución imponen al legislador y al ente reglamentador respecto a la adopción de normas que deroguen o reduzcan el nivel del que goza la población de las garantías de los derechos económicos, sociales y culturales.

Se señala que la no regresividad puede adoptar dos versiones: ser de resultado, referenciado así a políticas públicas, lo que necesariamente implicará la existencia de indicadores o marcadores empíricos de resultado y la regresividad normativa cuando el dictado de una norma posterior suprima, limita o restrinja derechos concedidos anteriormente.

La “no regresión” se fundamenta para Priour en el carácter finalista del derecho ambiental, en la necesidad de apartarse del principio de mutabilidad de la ley y en la intangibilidad de los derechos humanos.

Esto lo lleva a afirmar enfáticamente que este derecho fundamental nace como respuesta a la degradación y agotamiento de los recursos naturales, implicando una obligación de resultados que es la mejora del ambiente, siendo la expresión de una “moral ambiental por lo que cualquier retroceso en el derecho ambiental sería inmoral y contraria a la finalidad”.

Alerta que la regresión en materia ambiental se da solapadamente, de modo discreto y hasta insidioso, pasando casi desapercibido, lo cual lo hace más peligroso, de allí, que propone consagrar este principio de no regresión tanto en los ámbi-

²² Cafferatta, Néstor, *Reformulación del principio de progresividad a los 10 años de la ley 25.675 general del ambiente. Avances y novedades*, “Revista de Derecho Ambiental”, nov. 2012.

²³ Bibiloni, Homero, *Los principios ambientales y su interpretación: su aplicación política y jurídica*, JA, 2001-1-1082.

tos internacionales como nacionales para evitar subrepticias derogaciones de logros alcanzados.

Puntualiza que existen tres modalidades de expresar la voluntad de no regresión: 1) a través de una proclamación expresa; 2) a través de una exigencia de protección del ambiente que iguale el nivel de protección nacional al internacional, y 3) de modo indirecto mediante cláusulas de incompatibilidad.

Para Sozzo el “principio de no regresión” implica repensar la noción de progreso que el derecho moderno recepta como norma y lo une a la idea de perdurabilidad, que a la vez se sustenta en la idea de patrimonio común de la humanidad y en la responsabilidad para con las generaciones futuras, fundándolo en la lógica de la existencia de una herencia ambiental que debe ser transferida a las próximas generaciones.

El “principio de no regresión” es una adaptación a las circunstancias contemporáneas de la idea del progreso humano, pues uniendo las directrices de Estocolmo del 72 y Río del 92 es fuerte la idea de velar por un desarrollo sustentable.

En el año 2012 se marca un hito fundamental, pues en ocasión de Río +20 la Comunidad Internacional además de reafirmar los principios de Río, de asignarles el carácter consuetudinario con los efectos que conlleva ello en el derecho internacional, se declara por primera vez que los logros de Río son irreversibles en el párrafo 20 de la Declaración “Del futuro que queremos” y la Comisión de Derecho Ambiental de la UICN adoptó una resolución durante su Congreso Mundial diciendo que es necesario el reconocimiento de este principio en el marco de sus derechos y políticas ambientales, suscripto por 81 Estados. La Constitución de Ecuador del 2008 es el ejemplo de integración constitucional expresa²⁴.

No podemos soslayar tampoco, la mención de la Declaración del 2013 de Bonn “Derechos humanos para todos post-2015” en la que se solicita la garantía de un nivel mínimo de derechos humanos entre ellos el ambiente, sin regresión, esta misma idea circula en Naciones Unidas.

Debemos volver a decir, que la regresión ostensible o manifiesta en materia ambiental resulta casi inimaginable, pues no resulta políticamente correcto la abrogación total de las leyes de protección de la naturaleza o anticontaminantes, en cambio están al orden del día las degradaciones progresivas o graduales y son las más peligrosas, como lo señalara Prieur, junto a las de omisión, cuando, ya sea el Poder administrativo o el Legislativo quien desatienda sus funciones protectorias tornando ineficaz nuestro derecho a la calidad ambiental.

Además debemos tener presente que las regresiones locales tiene efectos globales y que adherir al principio de no regresión mediante una norma expresa o vía interpretación jurisprudencial significaría un obstáculo a la degradación creciente del ambiente.

²⁴ Constitución de Ecuador. Art. 71. La naturaleza o pacha mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete íntegramente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos. Art. 72. La naturaleza tiene derecho a la restauración...El Estado establecerá los mecanismos más eficaces para alcanzar la restauración, y adoptará las medidas adecuadas para limitar o mitigar las consecuencias ambientales nocivas.

5. El principio de solidaridad y la equidad intergeneracional

El profesor de la Universidad de Alicante, Gabriel Real Ferrer, reflexiona que la cuestión ambiental nos obliga a reconsiderar y replantear algunas de las categorías jurídicas que tradicionalmente venimos analizando.

Una de esas transformaciones es la generalización del principio de solidaridad como auténtico principio jurídico generador de obligaciones exigibles en el seno de las relaciones sociales, sobrepasando el estadio de mera consideración ética para instalarse en el terreno de lo jurídico.

La solidaridad ha funcionado como un elemento cohesionador, como un vínculo que hace que los individuos sean partícipes de los intereses colectivos del grupo y ha acompañado inexorablemente el proceso civilizatorio. Se dice que se va camino a la solidaridad planetaria e intergeneracional.

Dentro del derecho humano al ambiente sano del que venimos reflexionando, Frías recordaba a “la equidad intergeneracional” como uno de los principios guías²⁵.

Ella se deriva del principio 1 de la Declaración de Estocolmo de 1972 que en su parte pertinente establece “que el hombre... tiene la solemne obligación de mejorar el medio para las generaciones presentes y futuras” y fue reiterado en Río en 1992 en el principio 3 que “establece que el desarrollo debe ejercerse en forma tal que responda equitativamente a las necesidades de desarrollo y ambientales de las generaciones futuras”.

Este paradigma se basa, en un innegable fundamento ético, en la solidaridad entre los hombres, pero no sólo los actuales sino los futuros, sosteniendo que debemos garantizarles la estabilidad ambiental que brinde las oportunidades de un desarrollo sustentable.

Esta solidaridad apunta no sólo a nuestro presente sino también a lo que vendrá y nos remite a la gran deuda que tenemos con los ideales de la Revolución Francesa, con cumplir con el ideal de *La fraternité*.

Para valorar la mención que se hace en la Declaración de Río de este principio, cabe que recordemos lo establecido en el número 27, en el cual se alude a la aplicación del espíritu de solidaridad a toda la Declaración y a su desarrollo ulterior y de las normas que se dicten en base del desarrollo sustentable, recordando que la especie humana es un grupo sujeto a un destino común.

Esta cuestión esta ligada también a la idea de “mínimo transferible” en las palabras de Berros y de Sozzo, como ese núcleo esencial.

Recordemos que en 1992 bajo la denominación “Solidaridad planetaria”, el III Congreso Español de Derecho Ambiental recomendó, que la solidaridad no sea considerada solamente una obligación de los Estados, sino de todos los seres humanos, y que debe ser considerada como principio fundamental ineludible para el desarrollo y la protección del ambiente, siendo un principio jurídico no sólo moral, apuntando a la conservación del ecosistema.

²⁵ Frías, Pedro, *La cláusula ambiental en la Constitución. Principios de política ambiental susceptibles de constitucionalización*, LL, 23/11/94.

Legislativamente en Argentina encontramos su referencia en el art. 41 de la Const. nacional donde nos ordena que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las generaciones futuras.

6. El principio “pro homine” o pro persona

La aparente claridad de este concepto resulta engañosa cuando se la analiza en los marcos de los sistemas jurídico culturales, ello sin duda se debe a la influencia que operó en los ordenamientos nacionales e internacionales por el auge de los derechos humanos, pero en realidad hemos notado históricamente su presencia germinal en otras áreas, recordemos por ejemplo el principio *in dubio pro reo*, *favor debilis*, *in dubio pro operario*, estos son criterios concretos que se relacionan con supuestos particulares mientras que el principio *pro homine* o pro persona debe iluminar todo el ordenamiento jurídico.

Esta afirmación nos llevará a reconocer ciertas áreas problemáticas concretas, como ser, la interacción de los tratados de derechos humanos, la Constitución y las leyes y el modo de realizar una interpretación a la luz de este principio de los ordenamientos.

El juez Rodolfo Piza Escalante afirmó en uno de sus votos de fines de la década del 80, que el principio *pro persona* es un criterio fundamental que se impone por la naturaleza misma de los derechos humanos, el cual obliga a interpretar extensivamente las normas que los consagran y restrictivamente las normas que los limitan o restringen.

De ello se concluye que la exigibilidad inmediata e incondicional es la regla y su condicionamiento la excepción.

Se refiere Pinto al mismo principio como “criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia o la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e inversamente a la norma o la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria”²⁶.

Tal como lo hemos aplicado en varios supuestos, ello coincide con el rasgo fundamental que para nosotros tiene el derecho que es el de estar a favor del hombre.

La interpretación de las normas ha de ampararse en su peso sustantivo no en criterios formalistas que pongan en peligro su ejercicio efectivo, recordemos una vez más a Alexy con referencia al efecto irradiante de los principios, que nos conducirían a la realizan dentro de las posibilidades reales existentes.

²⁶ Pinto, Mónica, *El principio pro homine, criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de derechos humanos*, en Abregú, Martín - Courtis, Christian (comps), “La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales”, Bs. As., Del Puerto, 1997.

El *principio pro persona* se deriva en sentido estricto del art. 29 de la CADH²⁷ pero aun más del propio objetivo y fin del tratado, pues se inspira en valores comunes superiores centrados en la protección del ser humano. Además de la CADH esta regla ha sido incorporada a PIDESyC, al Convenio Europeo y a la Carta Africana.

A ello debe tender la interpretación de su contenido mínimo y también la denominada interpretación evolutiva, lo cual nos lleva a integrar en el sistema las soluciones que favorezcan más a las personas conforme a las realidades culturales y sociales en las que ellas se insertan.

El reconocer a este principio como parte de los derechos humanos nos lleva necesariamente a recordar que éstos tienen una dimensión vertical que se proyecta en la obligación de las autoridades estatales de respetarlos, protegerlos, garantizarlos y promoverlos y una horizontal de respeto recíproco entre los hombres.

En el derecho mexicano, Ferrer McGregor sostiene que la “interpretación conforme” como criterio hermenéutico, es aplicable a todas las normas de derechos humanos, que ordenan la armonización entre la Constitución nacional y los tratados internacionales integrando el principio *pro persona* en tal procedimiento.

Señala Pinto que los derechos humanos consagrados por el ordenamiento jurídico son esencialmente relativos, y por ello susceptibles de ser reglamentados razonablemente, y así ser objeto de restricciones legítimas en su ejercicio e incluso de suspensión extraordinaria.

Parece importante entonces que distingamos aunque sea tangencialmente, estos conceptos de reglamentación razonable, restricciones legítimas y suspensión.

La reglamentación razonable es aquella regulación legal del ejercicio de un derecho que sin desvirtuar su naturaleza, tiene en miras su pleno goce y ejercicio en sociedad, son restricciones legítimas los límites que se imponen al ejercicio de algunos derechos en atención a la necesidad de preservar o lograr determinados fines que interesan a la sociedad toda y la suspensión es una situación extraordinaria que obliga a realizar dicha medida por un periodo acotado y en una circunstancia determinada.

Con respecto a la “ponderación” recordemos que consiste en sopesar dos principios que entran en coalición en un caso concreto, para determinar cual de ellos gravitará con mayor peso en el caso concreto lo que nos remite en nuestro derecho necesariamente al test de constitucionalidad²⁸.

El principio *pro homine* impone atender la máxima en la cual los derechos de cada uno terminan donde comienzan los de los demás y también en la existencia no sólo de derechos sino de deberes en cabeza de la humanidad.

²⁷ Este art. 29 del CADH también recepta el principio de interpretación evolutiva, sosteniéndose que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos que deben acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales.

²⁸ Se deberá analizar ante una aplicación que restrinja el goce de un derecho humano si la limitación tiene una finalidad constitucionalmente válida con base en otro interés o derecho superior, si esta limitación es razonable o idónea, es decir si existe una relación entre la medida y la finalidad y además que dicha limitación sea proporcional no nugatoria del derecho afectado.

7. Reflexiones finales

Creemos que la discusión en el presente, lejos de estar concluida radica en aceptar el desafío de establecer la aplicación de los principios que nos preocupan y ocupan y de darle al derecho la cuota de equidad y solidaridad que la comunidad reclama²⁹.

Tomando una frase de Ciuro Caldani, sostenemos que para ser justo un régimen ha de ser más humanista, considerando a cada individuo como un fin y no como un medio³⁰.

Al reflexionar sobre el “derecho posible” Paolo Grossi, nos alerta sobre el riesgo del jurista de “quedar reducido a ser un simple exegeta de un texto normativo, con la perversa tentación de querer inmovilizarlo y llegar a considerar a su contenido como el único derecho posible, o incluso el mejor de los derechos posibles”³¹. No debemos caer en esa tentación.

El derecho necesariamente frente a este contexto deberá adaptarse a los cambios ambientales y evolucionar, no sólo mirar hacia atrás, so riesgo de no estar a la altura de los desafíos y convertirnos en estatuas de sal.

Por eso, a modo de conclusiones aproximativas de los temas que hemos abordado, sostenemos, que en esta nueva etapa del desarrollo de la temática ambiental, se impone la adopción y realización de los principios de no regresión, *pro homine* y de solidaridad intergeneracional, para solucionar los desafíos a los que nos enfrentaremos en los años venideros.

Esta inquietud sin duda merece un estudio de mayor profundidad que el que hemos compartido en esta ocasión y que será la tarea pendiente de todos.

© Editorial Astrea, 2015. Todos los derechos reservados.

²⁹ No podemos olvidar que son mandatos ineludibles para todos los hombres de derecho el luchar por prevenir y por reparar adecuadamente los daños, como dos maneras de cumplir el supremo mandato.

³⁰ Ciuro Caldani, Miguel Á., *Perspectivas integrativas del incumplimiento considerado en sí mismo*, “Responsabilidad civil y seguros”, Bs. As., La Ley, 2009, p. 111 y siguientes.

³¹ Alterini, Atilio A., *¿Hacia un geoderecho?*, en “El derecho privado ante la internacionalidad, la integración y la globalización”, Bs. As., La Ley, 2005, p. 3 y siguientes.