

# SINIESTRO POR CONTAMINACION: NOTA COMPARATIVA

Eugenio Ursua Cocke\*

## I

1. La degradación ambiental es un proceso que el hombre inició, por supuesto, desde la más remota antigüedad. Sin embargo, la conciencia de ese proceso es algo más reciente. Pérez, por ejemplo, parece “situar las preocupaciones por la degradación de los elementos naturales en un momento afortunado pero tardío de la cultura latina, comenzando por Horacio”, e incluyendo a los persas, a Hesiodo y a Herodoto<sup>1</sup>. También hay referencias a Fray Luis de León, a Rousseau y a Babeuf. Pérez se apoya también en Marx, en Alfred Schmidt y en Gramsci. Según él, la degradación del medio ambiente “se acelera con el crecimiento del capital industrial”, sistema al cual importan poco las crisis sobrevinientes. Lo peor sería la “degradación sociológica” (Mena) que afecta no sólo la naturaleza externa sino también la convivencia humana. Todo lo anterior podría explicarse cuando la naturaleza era hostil al hombre, pero no a partir de Hegel quien, según Marx, hizo ver que “pertenece a la naturaleza del hombre el ser su propio creador. Se forma trabajando y transformando el mundo exterior a él, en cooperación con los demás hombres”.

Termina Pérez afirmando que la degradación ecológica se hace evidente primero en los países desarrollados y se propaga

violentemente a los países pobres por efectos de un determinado modelo de progreso social y económico, que más bien parece un *antiprogreso*... (Ese es el sistema) liberal capitalista que se funda esencialmente en el lucro, en la posesión de objetos, como el fin de la sociedad y el motor existencial de sus

---

\* Investigador-Docente Titular de la Universidad de Guadalajara y Miembro del Servicio Nacional de Investigadores. Ponencia presentada ante el Foro sobre Ecología convocado por la Universidad de Guadalajara.

(1) Luis Carlos Pérez, “Delitos contra los recursos naturales”, en *DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGIA* (Bogotá) Vol. VII, No. 23 (Mayo-Agosto 1984) 129-152.

componentes, además de la continua expansión económica y territorial de unos Estados en detrimento de otros (Enzenberger).

En esa misma línea general, Portillo afirma:

La urbanización capitalista, con su motor central, la industrialización, supone necesariamente un fuerte impacto sobre el medio ambiente... (L)a ciudad capitalista... dado el enorme potencial de las fuerzas productivas bajo el modo de producción capitalista, el medio ambiente y la naturaleza en general resiente mucho más sus consecuencias que otros modos de producción anteriores.

El modo capitalista de apropiación sería “depredador” y conduciría a la “destrucción (de los recursos naturales) por disminución progresiva o por su degradación...”.

En la ciudad capitalista

vastos sectores sociales encuentran dificultades para satisfacer este tipo de necesidades (de vivienda, por ejemplo) o directamente quedan marginados de su satisfacción. [El siniestro de Guadalajara ocurrió, precisamente, en su segundo sector más marginado de la ciudad]. Esto conduce a una segunda clase de contaminación, por ejemplo, a través de la autoconstrucción [o la sobresaturación de la existente]... (Esa contaminación es) la expresión directa de la lógica estructural de las relaciones sociales de producción (incluyendo) contaminación del agua potable e inundaciones por insuficiencia del drenaje.

Sostiene también Portillo que, en los países de capitalismo “dependiente” la urbanización sólo se empezó a dar en los 1950's. Al asumir el modelo de desarrollo capitalista, los problemas de la ciudad también capitalista “emergerán con fuerza expansiva, aun con un carácter más agudizado que su matriz de capitalismo desarrollado”. Entre los factores de este [proceso que parecería también aplicarse a Guadalajara] se encuentran

el mucho más acelerado y concentrado proceso de urbanización en pocas y grandes metrópolis... la debilidad política del Estado para imponer obligaciones y responsabilidades a los principales actores de la contaminación industrial... la debilidad financiera del Estado para afrontar directamente a través del gasto público las acciones socialmente necesarias (y) un esquema de actuación en las modalidades de obra pública, tecnológicamente desfasado...

Portillo identifica tres actores de este desastre en el Valle de México [que podrían presumiblemente encontrarse en Guadalajara]. En primer lugar, la industria y el comercio, “principales beneficiarios del desarrollo urbano-industrial (capitalista)... han capitalizado voluminosas ganancias durante los últimos cincuenta años”. Ellos se habrían negado particularmente a su carga equitativa, “como queda reflejado en el masivo incumplimiento a lo dispuesto en el reglamento de descarga de aguas sancionado en 1971”, para obtener “ganancias adicionales”.

El Estado habría actuado con “retórica, leyes, reglamentos incumplidos y múltiples planes”, aunque haya sido “importante su esfuerzo de identificación acerca de la naturaleza de la contaminación, sus posibles efectos nocivos, los principales actores contaminantes y las posibles soluciones”.

En tercer lugar, “la gran masa de víctimas” mostraría, por lo menos en México, una

relativa indiferencia ante la situación (pues) han internalizado los hábitos individualistas y consumistas promovidos por la propia lógica de la economía de mercado (y) con frecuencia incrementan y retroalimentan los efectos contaminantes...<sup>2</sup>

2. En Jalisco, la correspondiente Ley estatal reserva para el Estado y los Municipios el control sobre industrias contaminantes o energéticos, pero sólo aquellos “que utilicen tecnologías y energéticos no contaminantes, o de bajo nivel de contaminación”<sup>3</sup>. La Federación, en cambio, se reservó expresamente “la prevención y contingencias ambientales, cuando la magnitud o gravedad de los equilibrios...” y “la regulación de las actividades que deban considerarse altamente riesgosas...”<sup>4</sup> En ello abundaré más abajo.

3. Ahora bien, aunque proveniente de uno de los supuestos países “depredadores”, Leonard estudia con empatía la cuestión de la contaminación y la industrialización en los países menos desarrollados<sup>5</sup>. Según este autor, México sería uno de los países del mundo que, en los 1980’s, “han experimentado (un) crecimiento in-

---

(2) Alvaro Portillo, “Políticas urbanas y contaminación ambiental”, en *REVISTA A* (Ciudad de México, Unidad Azcapotzalco de la Universidad Autónoma Metropolitana) Vol. VI, No. 15 (Mayo-Agosto 1985) 153-161.

(3) México (Jalisco) Leyes y Reglamentos, *Ley estatal del equilibrio y la protección del ambiente*. Guadalajara: *EL ESTADO DE JALISCO*, Tomo CCC, Sec. II, No. 49 (6 Jun. 1989) Publ. Decreto 13596. Entrada en vigor, 7 Jun 1989, llamada en lo sucesivo, “la ley estatal”.

(4) Fracciones IX y X del artículo 5 de la *Ley general del equilibrio ecológico y la protección del ambiente*, llamada en lo sucesivo “la ley federal”.

(5) H. Jeffrey Leonard, “Confronting Industrial Pollution in Rapidly Industrializing Countries: Myths, Pitfalls, and Opportunities”, en *ECOLOGY LAW QUARTERLY* (Berkeley, Cal.) Vol. 12, No. 4 (1985) 779-816.

dustrial dramático”. Las dificultades ambientales que esto ha producido serían “por lo menos tan importantes como aquellos que en las dos últimas décadas provocaron gran preocupación en las naciones avanzadas”.

En países muy pobres, estos problemas están aún más exacerbados por la población urbana [más “pobre” o no, es el caso de Guadalajara] y por el enorme volumen de contaminantes.... que afectan a ambientes urbanos saturados en exceso”.

Varias estrategias de desarrollo económico y modelos de crecimiento económico resultan (en esos países en proceso de rápida industrialización) en que su contaminación industrial sea altamente concentrada en localización y tipo, aunque sumamente diversificada en ámbito y complejidad. (Allí se subraya fuertemente el crecimiento de industrias orientadas a la exportación [justamente como ha declarado desear la presente administración federal mexicana]).

Lo último implica, entre otras cosas, “mejorar sus posiciones internacionales de comercio” y pueden incluir el estímulo a procedimientos de alta contaminación como la producción de refacciones, el ensamblaje de productos terminados y la manufactura de productos químicos intermedios o semi-terminados asociados con el procesamiento subsiguiente de materias primas.

El proceso de tecnificación ha producido, también, “un rango ampliado y más severo de problemas de contaminación”. El autor concluye que

Los países en proceso de industrialización no necesitan aceptar daños ambientales burdos como el precio del desarrollo económico (pero para ello se requiere que sus gobiernos) expliquen franca y claramente sus normas mínimas de control ambiental...

No existen pruebas algunas de que un país pueda mejorar su posición internacional simplemente bajando sus niveles de control ambiental. Hacerlo es altamente riesgoso, porque las pocas empresas que aprovechen estas oportunidades no reeditarían en todo caso lo suficiente al país receptor. Además, se trataría probablemente de industrias obsoletas. Es necesario asegurarse de la verdadera potencialidad contaminadora de las industrias favorecidas [cosa claramente descartada en el caso de las plantas de petróleo y la gasolina].

Las normas laxas de ambiente amenazan también a las industrias extranjeras porque la contaminación ostentosa puede provocar fuertes sentimien-

tos anti-gubernamentales y anti-empresas multinacionales de parte del público.

Debe aprovecharse el crecimiento mundial de la condena a la contaminación.

(L)as políticas que permitan a los grupos responsables participar en la localización de industrias no sólo mejoraría la calidad del ambiente, sino que también permitiría reducir el poder de grupos que sólo buscan influencias políticas.

Podrían aplicarse normas diferentes a industrias viejas y a industrias nuevas. Por otro lado, el autor parece recomendar el incrementar la influencia de cuerpos técnicos en decisiones ambientales y reducir paralelamente las influencias meramente políticas [demagógicas?]<sup>6</sup>.

## II

1. Antes de entrar de lleno al enfoque jurídico, conviene dar una mirada al enfoque administrativo, particularmente como se ha desarrollado en los Estados Unidos<sup>7</sup>.

A pesar de tal desarrollo, Rodgers encuentra que la ley correspondiente (*Administrative Procedure Act*) es "decididamente confusa en ciertos aspectos". Esto llevó a una evolución "altamente embarazosa" de los resultados de la revisión administrativa en los 1970's. El Circuito de Apelación del Distrito de Columbia y la Suprema Corte de los Estados Unidos siguieron, durante varios años, enfoques que "se excluían recíprocamente"<sup>8</sup>. Estaban en juego la tesis de la revisión administrati-

- 
- (6) Es así como Henryk Weitzenfel encuentra que, entre otras cosas, "la gestión ambiental es dura responsabilidad multidisciplinaria donde participa la población, los políticos y los técnicos"; recomienda, también entre otras cosas, que "los ingenieros conozcan los problemas ambientales, las técnicas para combatirlos y participen en forma más activa dentro de los grupos multidisciplinarios encargados de la gestión ambiental, destacando su rol protagónico". "Responsabilidades de los ingenieros ante los problemas de contaminación ambiental", en *UNIVERSIDADES* (México: Unión de Universidades de América Latina) Año XXII, 3a. Serie, No. 88 (Abril-Junio 1982) 13-64.
- (7) La ley estatal prevé una serie de medidas, algunas directas y otras indirectas, que se podrían llamar "administrativas". Por ejemplo, las autoridades estatales y municipales tienen un derecho general de inspección de "las instalaciones o funcionamiento de industrias, comercios, servicios, desarrollos urbanos o cualquiera actividad que afecte o pueda afectar el ambiente o causar desequilibrio ecológico". Art. 98. Se enumeran una serie de sanciones (multas y prisiones). Art. 107. Se otorga una más bien vaga acción de denuncia popular en caso de algún hecho que pueda producir efectos sobre el equilibrio ecológico. Art. 113. Específicamente se concede al Gobernador la facultad de imponer ciertas sanciones administrativas, Art. 6, específicamente determinadas en los Arts. 94 y 95.
- (8) William H. Rodgers, "Judicial Review of Risk Assessment: The Role of Decision Theory in Unscrambling the Benzene Decision", en *ENVIRONMENTAL LAW*, Vol. II, No. 2 (Winter 1981) 301-320.

va y la atención debida a las agencias gubernamentales, por un lado, y la determinación de los hechos (con su alto contenido tecnológico) por el otro. En la Suprema Corte, el precedente del caso *Overton Park* (1971) aprobaba la intervención de los tribunales y el de *Yankee* exigía la mayor deferencia posible a las decisiones de las agencias administrativas. Todo llevaba a suponer que el juez escogería uno u otro precedente si se opusiera personalmente o aprobaba la acción de la agencia involucrada, respectivamente. Esta visión “realista y cínica” no carecía de bases empíricas.

De acuerdo con la concepción de la legislación basada en Austin y apoyada por Bentham,

una ley del Congreso es una orden. Mantiene tal carácter en el tiempo frente a valores cambiantes o a la desobediencia, hasta que y sólo cuando el imperativo social es atendido por nuevos actos del cuerpo legislativo. (Así), los estatutos deben arreglar conflictos, proporcionar respuestas, guiar la conducta y reflejar cierto grado de permanencia y estabilidad... Las reglas fijas de acción dependen de la función de creación de consenso por la legislatura... Los tribunales considerarían el proceso de legislación como una especie de unión metafísica de intereses en conflicto de la cual surgen instrucciones para la sociedad.

Sea cual fuere la realidad de esta teoría

no parece conformarse a la realidad de un mundo volátil legislativo/administrativo de reglamentación de la tecnología... Los ciudadanos preocupados con asuntos ambientales son bastante diferentes de quienes obligaron a los cambios radicales de hace algunos años...

Las legislaciones tienden a ser experimentales, tentativas, basadas en información incompleta y altamente dependientes de soluciones en proceso. Más abajo tendré oportunidad de abundar en esto. En todo caso, Rodgers se propone identificar alguna teoría administrativa útil por razonablemente completa que

explicaría a los tribunales cómo deciden las agencias (gubernamentales del Poder Ejecutivo), a través de quién y a qué intereses se representan; cómo administran, reciben y evalúan y toman en cuenta las limitaciones impuestas por la ley...

Por supuesto, los expedientes formales dicen a los tribunales muchas de estas cosas, pero tales expedientes suelen ser “demasiado completos, incompletos o claramente desorientadores”. No es realista suponer siquiera que los jueces lean o puedan leerlos detenida o cuidadosamente, en el supuesto equivocado de que “mere-

cieran leerse” por su valor intrínseco. “Todo esto quiere decir que hay lugar a guiar la intuición judicial con referencias al sentido común, la filosofía y tal vez un poco de teoría de la administración. Para esto último, existen tres corrientes teóricas en los Estados Unidos. La teoría clásica

considera al administrador como un subrogado del hacedor legislativo de políticas. (En esta teoría) la formulación de reglas (es) un proceso libre y esplendoroso en el que el administrador busca información en cualquier fuente (audiencias, bibliotecas, chismes de corrillo). La toma de decisiones se considera intuitiva y yendo de la negociación de intereses al equilibrio de elecciones axiológicas. Se estiman altamente la experiencia, la estabilidad y las cualidades del experto... La mayor parte está constituida por acuerdos negociados y se espera que los varios miembros de las (Juntas directivas de las) agencias alcancen sus decisiones por la vía del compromiso, los ajustes y otras características similares del poder legislativo. Las relaciones de las agencias con el Congreso son estrechas y generalmente agradables e informales..

Esta es la teoría que se enseñó en las escuelas de derecho y que todavía tiene considerable número de seguidores. La segunda teoría es la que podría llamarse modelo “formal o racional” de toma de decisiones. Este modelo incluye análisis de costo/beneficio, programación lineal y teoría de juegos. Ha tenido un crecimiento “fenomenal”, sobre todo a partir de la Ley Administrativa mencionada (1946).

Estos métodos de decisión dependen en gran medida de la identificación de alternativas, la proyección de consecuencias y la selección consciente de la decisión “óptima”. Se percibe el proceso de toma de decisiones como menos político y más científico que bajo la teoría clásica... (L)a confiabilidad científica es requerida y por alguna razón se la asocia con la cuantificación. Hay una gran dependencia de asesores técnicos externos. La elaboración de modelos, las rutas de decisión y los análisis de riesgos adquieren gran moda. Se desprecia la toma intuitiva de decisiones y, por el contrario, se supone que el método ha de ser enteramente racional (es decir, accesible con tal que se preste suficiente atención a encontrarlo).

Bajo este modelo, si bien las audiencias formales son aceptables, se las prefiere confinadas a los técnicamente competentes. El resultado sería, entonces, “correcto y definitivo, desarrollado e impuesto cuidadosamente”. Las relaciones con el Congreso no son estrechas, sino y con frecuencia formales y hasta tirantes. El método racional se usa ampliamente, incluyendo casos como el de la Gasolina (*ver*) y “la fe en la toma enteramente racional de decisiones es muy difundida y se refleja en formas por demás inusitadas”.

El tercer método, actualmente altamente popular y aparentemente el más adecuado, según el autor, es la “teoría de comparaciones sucesivamente limitadas”, conocida menos elegantemente como “la ciencia de acertar por casualidad”. Se trata de una teoría híbrida que combina características de las dos descritas anteriormente. Rechaza que las sentencias representen resultados identificables formal y netamente como “correctos. Más bien, la toma de decisiones es un proceso de adaptación estratégica a lo largo del tiempo, adelantos progresivos y resolución parcial”.

2. Los juristas mismos parecen ambivalentes respecto a la utilidad o aun la pureza de un derecho “ambiental”. Por ejemplo, Mayda sostiene<sup>9</sup> que

Los responsables internacionales de toma de decisiones sobre ayuda internacional y administración de recursos no siempre consideran que el derecho ecológico sea eficaz o útil. Algunos críticos sugieren que el derecho ambiental no tiene importancia, mientras que otros alegan que ese derecho no responde a las necesidades de los países individuales y que la legislación puede ser un obstáculo al progreso más bien que un instrumento útil para la administración del medio ambiente.

Tales críticas no serían, en opinión del autor, enteramente injustificadas. En cambio,

lo que se requiere (del derecho ecológico) es más bien que sea visto como parte de la “ecoadministración” o proceso comprensivo de administración de recursos, informado conocimiento ecológico, e integrado progresivamente a la planeación del desarrollo económico.

En un breve pero sesudo artículo,<sup>10</sup> Zaffaroni sostiene que el intento de crear *derechos penales especiales* (como el penal económico o el penal ecológico) es

un pretexto más para derribar los límites que constituyen todavía la única garantía mínima de que dispone el recortado poder de los juristas frente a un ejercicio de poder deslegitimado e irracional, que es el ejercicio del poder genocida de los sistemas penales latinoamericanos,

el mismo sólo reconoce la expresión “derecho penal ecológico” como

(9) “Environmental Legislation in Developing Countries: Some Parameters and Constraints”, en *ECOLOGY LAW QUARTERLY*, Vol. 12, No. 4 (1985) 997-1023.

(10) Eugenio Raúl Zaffaroni, “Delitos contra la ecología: Contribución crítica a las disposiciones del Proyecto Brasileño de Código (Parte Especial) del año 1984”, en *JURE* (Guadalajara: Universidad de Guadalajara. Facultad de Derecho) Vol. 1, Año 1, No. 2 (May-Ago 1990) 13-19.

denotando al conjunto de disposiciones penales referentes al bien jurídico ecológico o del medio ambiente, o mejor aun, referidas a la conflictividad derivada de la afectación o lesión de este bien jurídico...

Sigue diciendo Zaffaroni que hasta ahora se reitera en el derecho penal, en forma dogmática, que el único sujeto pasivo de delito es el hombre, lo que se corresponde con la afirmación más general, en el ámbito de todas las restantes ramas del derecho, de que el hombre es el único posible titular de derechos.

El autor relaciona esto con la posible protección de derechos animales y de los humanos límite, esta última particularmente en la ideología nazi.

Completando su argumento contra el derecho penal como instrumento idóneo para la protección del medio ambiente, Zaffaroni sostiene que sólo restaría (1) rechazar las ilusiones, o sea, devolver a cada uno la responsabilidad de proveer las soluciones a los conflictos que el Derecho Penal no puede resolver; (2) vigilar atentamente que la cuestión ecológica no se convierta en el pretexto para estructurar un nuevo derecho penal de “seguridad nacional”, funcional para la consolidación y reforzamiento selectivo del aparato penal; y (3) desenmascarar las tentativas de omitir las medidas administrativas, civiles, mercantiles, económicas, militares o internacionales, necesarias para la solución de las cuestiones ecológicas, como también las que se tomen con una intención de crear la falsa impresión de decisiones enérgicas, cuando en realidad poco o nada significan, agitando el problema sólo por su formidable magnitud, como excelente pretexto para reforzar el verticalizador de la sociedad que es el propio sistema penal, debido a una estructura que inevitablemente le lleva a caer sobre los más débiles.

Zaffaroni basa su objeción en los tipos u omisiones culposos que tienen límites imprecisos, que carecen de definiciones de las acciones típicas, que intentan individualizarlas mediante resultados cuya descripción es harto oscura y que apelan a la causalidad hipotética de acciones también hipotéticas (y más aun) cuando debemos buscar las reglas de un *deber de cuidado* respecto del aire, del suelo, del subsuelo y del agua, o sea, cuando a tipos de legalidad problemática les agregamos características de ser *tipos abiertos*, como lo son, por definición, todos los tipos culposos.

La lesión a la legalidad de esa tipificación es

directamente increíble en las omisiones y, particularmente, las omisiones culposas, en las que la característica general es la búsqueda de la posición de garante, es problemática en todos los casos.

El Art. 1o. del Código de los Recursos Naturales de Colombia, proclamado por el Decreto Presidencial 2811 de 1974, acoge el principio de que “el ambiente es patri-

monio común” y que corresponde a las autoridades y a los particulares “participar en su preservación y manejo que son la utilidad pública y de interés común”: “la preservación y manejo de los recursos naturales también son de utilidad pública e interés social”. Los recursos naturales incluyen “las aguas en cualquiera de sus estados” a los que influirían, entre los elementos mencionados por el Código

los residuos, basuras, desechos y desperdicios... las condiciones de vida resultantes de asentamientos urbanos y rurales (y) los bienes producidos por el hombre o cuya producción sea inducida o cultivada por él, en cuanto incidan o puedan incidir sensiblemente en el deterioro ambiental.

Sin embargo, sostiene Pérez, apoyándose en Arenas, que el tipo de delito ecológico del Art. 247

es, por indeterminado, contrario al principio de tipicidad de que se trata el Art. 3o. y al de reserva contenido en el Art. 28 de la Carta Política... de donde se deduce que no tiene aplicación.

Tampoco hay, pues, “un ámbito netamente delimitado de lo que sea medio ambiente”, por lo que concluye con De Miguel que “estamos aplicando unas reglas sin habernos tomado la molestia de delimitar previamente las líneas desde las cuales deben ser aplicadas”.

El autor parece concluir, entonces, que “la defensa del medio ambiente es un deber de solidaridad humana” más bien que una obligación jurídica.

3. Aun así, la mayoría de los países han adoptado algún tipo de legislación ambiental y de protección al medio ambiente. En interpretación de Cano, por ejemplo,<sup>11</sup> en la técnica adoptada por los códigos de Colombia y de Corrientes,

hay instituciones jurídicas comunes a todas las especies o categorías de recursos naturales y otros elementos ambientales sobre los que es posible legislar cuando se lo hace en relación a cada especie de recursos o conjuntamente para todas ellas

incluyendo recolección y suministro de información sobre propiedad y uso de elementos ambientales; propiedad o dominio de los recursos o modos de adquirir derecho a usarlos (permiso, concesiones, licencias o arriendo); restricciones a derechos

(11) Guillermo J. Cano, “Metodología para una legislación provincial (argentina) sobre el medio ambiente y los recursos naturales”, en *JUS* (Mar del Plata) No. 39 (1988) 71-82.

individuales en interés ambiental o de la explotación de recursos naturales (expropiaciones, servidumbres o limitaciones “dominiales”); reglas conservacionistas que condicionan el uso; reservas y vedas; criterios de asignación de prioridades (entre recursos, entre usos, entre usuarios) para su utilización; regímenes tributario, punitivo, de protección jurisdiccional; declaración y evaluación del impacto ambiental; formas de participación popular en la gestión ambiental o de recursos; formas de ejercicio del poder de policía gubernamental; organización y prestación de servicios públicos de interés ambiental o basados en la explotación de recursos naturales; y régimen del crédito y de la asistencia técnica de interés ambiental.

a. ¿*Códigos o leyes sectoriales*? El autor parece recomendar el

auspiciar la codificación, o al menos la legislación conjunta sobre varias especies de recursos naturales (porque) permite tomar en cuenta la interdependencia física entre los distintos recursos naturales y sus diferentes usos...

Sin embargo, citando a Sand,

respecto de los temas ambientales y de recursos naturales, los países europeos y anglosajones han optado por comenzar legislando sobre problemas puntuales (usos o riesgos creados, por cada especie de recurso natural)... para después, en algunos casos, legislar sobre una determinada especie de recurso natural (Códigos de aguas o forestales).

Los países anglosajones optan por el método de describir y organizar las funciones de las autoridades de aplicación, y enuncian principios legales sustantivos muy generales, dejando a los jueces el poder de desarrollarlos para aspectos de detalle y casos concretos. Sin embargo,

bueno es apuntar que en el régimen institucional argentino no hay lugar para las llamadas “leyes marco”, enunciativas de principios generales susceptibles de ser desarrollados por otras leyes. Si existe en España y en Venezuela... pero en nuestro país todas las leyes del Congreso o de las legislaturas (provinciales) tienen idéntico rango.

En Argentina, nada impide que el Congreso o las legislaturas denominen Códigos a otras leyes (además de los Códigos civil, comercial, penal, de minería y del trabajo y la seguridad social), como el de la provincia de Corrientes o Código de los Recursos Naturales.

En conclusión, según Cano, elegir entre un Código o una Ley Sector parecería depender, “en cada caso, del grado de evolución de (los) procesos legislativos (de las provincias) y de la aptitud de sus administraciones públicas para aplicar Códigos”.

b. *Jurisdicción exclusiva o concurrencia*. Canadá tiene un sistema de legislación ambiental caracterizado; según Nemetz,<sup>12</sup> se “caracteriza por un enfoque cerrado, consensual y consultativo”. Este enfoque ha resultado de varios factores, incluyendo la relativamente escasa información disponible a los grupos interesados en la conservación ambiental, la negativa tradicional de los tribunales a permitir acciones legales excepto a los más directamente afectados y, sobre todo, al

fenómeno social, nacido de la tradición histórica, que implica una mayor aceptación de la legitimidad y la autoridad del gobierno para ocuparse de las preocupaciones sociales. Esto se opone al modelo estadounidense [ver abajo] más adversarial y con mayor dependencia de normas formales, procedimientos de apelación y normas amplias de control de la contaminación.

Parece haber un criterio racional y pruebas empíricas directas que justifican la presencia de niveles federales y provinciales de gobierno en el campo del control de la contaminación en el Canadá. Existe un papel claro para las autoridades provinciales por su familiaridad y responsabilidad sobre las preocupaciones económicas y ambientales locales. (Pero, a la vez), diversos desarrollos técnico/académicos han impulsado fuertemente el argumento a favor de una mayor participación federal concurrente.

Esta condición concurrente se vería reflejada en las disposiciones del Estado de Jalisco en México. En efecto, de acuerdo con la Ley estatal, compete al Gobierno del Estado y a los Municipios, “la preservación y restauración del equilibrio ecológico y la protección al ambiente” en los ámbitos de su competencia, que “no se refieran a asuntos reservados a la Federación; lo anterior, en “participación” con la Federación; control sobre actividades “no altamente riesgosas” y dentro de su ámbito territorial; y prevención y control de contaminación en aguas de desagüe, en lo que no afecte lo reservado a la Federación; alcantarillado, limpia, mercados y centrales de abasto, cementerios, rastros, tránsito y transporte local; y participación con la Federación en restauración. Fracciones II-IV, IX, XII y XIII del Artículo 5o.

Para subrayar este enfoque de concurrencia volvemos a Cano (*supra* nota 10) quien, después de reiterar que la Federación argentina no tendría, en principio, legislación ambiental federal, sino que ésta queda generalmente limitada a las provincias, sostiene que “tampoco pueden los legisladores provinciales invadir la competencia legislativa municipal” definida por ellas mismas y variable de provincia a provincia. Por otra parte, comentando el cambio contemplado de la capital argentina a la Patagonia, el autor sostiene que

---

(12) Peter N. Nemetz, “Federal Environmental Regulation in Canada”, en *NATURAL RESOURCES JOURNAL* (Albuquerque, N.M.) Vol. 26, No. 3 (Summer 1986) 551-608.

el Gobierno nacional no tiene poderes propios ni exclusivos en esta materia y sí solamente los que posee en concurrencia con los que atañen a las provincias, que éstas no delegaron [en principio, como en el sistema mexicano]

Además, el proyecto no menciona la “preservación”, sino sólo el “aprovechamiento” y la explotación de recursos, por lo que la responsabilidad por aquélla “deberán asumirla, íntegramente, los gobiernos de las provincias aledañas”.

La interesante experiencia de Europa Occidental es referida por Rehbinder y Stewart<sup>13</sup> en un artículo muy amplio en que se proponen desarrollar hipótesis sobre y el patrón de integración de la legislación ambiental en un ámbito federal. En seguida, examinan el progreso del derecho ambiental europeo; y los factores institucionales que lo han formado. La integración de la legislación ambiental en un sistema federal ocurriría mediante uno de dos enfoques básicos, a saber:

la determinación central por una autoridad federal/comunitaria (legislatura, autoridad ejecutiva o tribunales) o la coordinación del derecho y las políticas por Estados miembros a través de acuerdos negociados, el desarrollo de entendimientos de trabajo comunes (o) paralelismos conscientes de derecho desarrollado por los jueces, entre otros. Este segundo enfoque ha tenido escasa importancia en la Comunidad Europea o en los Estados Unidos... En estos últimos tal vez se haya desarrollado mayor diversidad de normas porque sus políticas ambientales no han estado ligadas al proceso de integración política y económica (como sería el caso de Europa).

El haber diseñado una política ambiental común europea puede haber auxiliado el proceso general de integración. Sin embargo, esta política ha tendido hacia soluciones conservadoras y no existen incentivos para la innovación frente a productos obsoletos. Las políticas han buscado un “mínimo de armonía” o consenso. Los mismos Estados pueden ser “contaminantes” o “limpios” con respecto a diferentes productos. Hay un proceso continuo de reconsideración de políticas. Se requiere particular progreso, entre otros, en la materia de desechos tóxicos (*ver* abajo).

En cuanto a la toma de decisiones en las políticas europeas, ambientales o de otra índole, adolecerían de falta de participación pública, a diferencia de los “procesos normales de la democracia representativa de los Estados Unidos”. Aun “cambios

---

(13) Eckard Rehbinder y Richard Stewart, “Legal Integration in Federal Systems: European Community Environmental Law”, en *THE AMERICAN JOURNAL OF COMPARATIVE LAW*, Vol. XXXIII, No. 3 (Summer 1985) 371-446.

marginales” posibles tendrían cierta importancia, como mejorar la determinación de normas mínimas o el procedimiento de alternativas a las políticas adoptadas<sup>14</sup>.

### III

1. Ahora bien, el ya mencionado Nemetz hace una evaluación interesante respecto del punto anterior. Según él,

los mercados doméstico e internacional, crecientemente integrados, pueden haber creado incentivos perversos para que las jurisdicciones nacionales y subregionales compitan entre sí, ofreciendo paquetes con reglamentación menos estricta de control ambiental. [Sin embargo, *ver* arriba advertencia de Leonard contra este tipo de razonamiento]... (E)l creciente nivel de la extracción e industrialización de recursos crean externalidades ambientales potencialmente significativas tanto a nivel nacional como al internacional. (Como en el caso anterior, el problema parece enfrentarse mejor por la autoridad central que por la provincial)... Existe, finalmente, la aparición de tecnologías más completas y costosas frente a crecientes proporciones de la población desprotegida, lo que justifica la presencia federal para la generación y diseminación de la información y la garantía de un proceso equitativo y consistente de administración del riesgo a nivel nacional.

En los Estados Unidos existe tal vez con especial presencia el dilema entre el venerable derecho consuetudinario (*common law*) heredado del sistema inglés y el derecho “moderno” o codificado. Sin embargo, me parece que Clark<sup>15</sup> da una respuesta particularmente perceptiva y tal vez de interés para un país multiétnico como México.

Muchos derechos consuetudinarios están basados en nociones de títulos comunitarios; inalienabilidad; fideicomisos; la unidad de la naturaleza y de

---

(14) En cuanto a México, podría acercarse a la India, en la conclusión a la que sobre ella llega Kilaparty Ramakrishna (“The Emergence of Environment Law in the Developing Countries: A Case Study of India”, en *ECOLOGY LAW QUARTERLY*, Vol. 12, No. 4 (1985) (907-935), cuando concluye que: “La India ha logrado progresos significativos en cuanto a la protección ambiental en la última década. Como un primer e importante paso, el gobierno ha aceptado oficialmente la coexistencia del desarrollo económico y el de la protección ambiental. Sin embargo, varios problemas persisten, que incluyen incertidumbre sobre la autoridad legislativa del gobierno central para poner en práctica las normas, problemas de cumplimiento, la falta de una demanda individual posible, y recursos insuficientes para poner en práctica la legislación ambiental. Se requiere un esfuerzo unido y concertado del Gobierno Hindú para resolver estos problemas y asegurar la integridad futura del medio ambiente del país.

(15) Sanford D. Clark, “Tensions Between Water Legislation and Customary Rights” en *NATURAL RESOURCES JOURNAL* (Albuquerque, N.M.) Vol. 30 (Summer 1990) 503-520.

la especie humana; la autoridad comunal y no individual; y el equilibrio entre deseos personales y obligaciones comunitarias. Los sistemas legales más modernos y los teóricos economistas con frecuencia se sienten incómodos con tales nociones. Sin embargo, con vistas al futuro, tal vez nuestra pregunta no deba ser cómo hacer que el derecho consuetudinario se adapte a nociones modernas, sino a la inversa.

2. En todo caso, sería necesario que cada país defina sus políticas frente al problema de la contaminación ambiental. México puede haberlo hecho a través de las tres bases constitucionales que, según Brañes,<sup>16</sup> tiene en México el derecho ecológico: la idea de la conservación de los recursos naturales, disposición “precursora” de la Constitución de 1927 (Art. 27, Tercer Párrafo); la idea de la prevención y control de la contaminación ambiental, incorporada en la reforma constitucional correspondiente de 1971 (Art. 73, Fracción XVI); y la idea del “cuidado del medio ambiente”, con motivo de la regulación del uso de los recursos productivos por los sectores social y privado, reforma de 1983 y “único caso en que la Carta Fundamental mencionaría al “ambiente” o “medio ambiente” como tal. Art. 26, Párrafo Sexto.

La necesidad de políticas ambientales previas es subrayada por el ya mencionado Cano, quien refiriéndose a su natal Argentina, sostiene que puesto que

la Ley es uno de los instrumentos disponibles para la ejecución de políticas... no cabe... legislar sin antes haber adoptado la política que se pretende ejecutar. Tal definición puede ser anterior al acto de legislar, o puede encabezar el texto legal.

En esencia, la primera y máxima decisión política es la de definir cuál clase de ambiente el pueblo *desea* tener, y conexas a ella, cuál clase de ambiente es *posible* lograr (posibilidad técnica o financiera)... Después... deben fijarse “estándares” para las inmisiones permitidas o autorizadas a hacer... a las aguas (“teoría del daño permitido”). Esta tarea es eminentemente científica, técnica, debe preceder a la elaboración de principios políticos y de normas jurídicas (y tienen en ella la responsabilidad principal los ecólogos... La adopción de políticas envuelve... un procedimiento (que puede imponer la obligación de realizar ciertos estudios técnicos antes de adoptar decisiones, o la de realizar encuestas o audiencias públicas. (E)n el caso específico... puede imponer la obligación de hacer previamente la evaluación del impacto ambiental de las obras o trabajos a emprender, o de la legislación a adoptar y la de someter esa evaluación a un proceso de análisis y decisión.

---

(16) Raul Brañes, *Derecho ecológico mexicano* (1987).

El autor sostiene, finalmente, que si bien “las decisiones políticas no son justiciables (los jueces si) pueden declarar nula una ley o una decisión administrativa por no haberse sujetado su trámite al procedimiento preestablecido”.

Otro prerequisite es conformar las leyes humanas a las de la Naturaleza (incluyendo la de la cadena alimentaria, la de interdependencia entre recursos y... la de la entropía.

El Estado de Jalisco, presumiblemente en consonancia con la legislación federal, establece que para la “formulación y conducción de la política ecológica” se observarán los siguientes principios. La protección del equilibrio ecológico es responsabilidad, como he dicho arriba, de “autoridades estatales y municipales, así como los particulares”. La mejor manera de evitar los desequilibrios ecológicos es prevenirlos. La coordinación entre particulares y gobierno es “indispensable” para la eficacia de las acciones ecológicas. Se prevé la intervención no sólo de individuos, sino también (de) los grupos y organizaciones sociales (para) reorientar la relación entre la sociedad y la naturaleza. Sin embargo, me escapa la manera precisa y eficaz en que, en términos de la ley, se prevé tal intervención. También sostiene la ley estatal que “los ecosistemas son patrimonio común de la sociedad, y de su equilibrio dependen la vida y las posibilidades productivas del País y, en especial, del Estado de Jalisco. Se concede a los ciudadanos el “derecho de un ambiente sano” pero se eluden medidas concretas para otorgarlo o exigirlo. Artículo 8.

#### IV

La controversia a que me referí arriba entre el derecho consuetudinario y el “moderno” se manifestó cuando, en palabras de Derr,<sup>17</sup> en un período de diez años, “la Suprema Corte de los Estados Unidos abrió y cerró la puerta al uso del derecho común federal de prevención de molestias (*nuisance*) en los casos de contaminación del agua”. En su primera sentencia, en el caso de *Illinois v. City of Milwaukee* (Illinois I, 1972), la Suprema Corte afirmó que

existe una causa de acción en el Tribunal Federal de Distrito para remover una nuisance de derecho común surgida de la contaminación de las aguas interestatales. La Ley de Control de la Contaminación del Agua (FWPCA, 1948) no excluía al derecho común federal requerido para proveer un sistema comprehensivo de remedios federales en un campo de gran preocupación federal.

(17) Jay Deer, “City of Milwaukee v. Illinois (Illinois II)”, Nota en *ECOLOGY LAW QUARTERLY*, Vol. 10, No. 1, (1982) 51-68.

En cambio, la Suprema Corte sentenció en el caso de *City of Milwaukee v. Illinois* (*Illinois II*, 1981) que

la reforma de 1972 a la FWPCA sí excluyó la acción federal común (porque la ley reformada sí proveía un sistema comprehensivo de reglamentación, excluyendo así completamente cualquier necesidad de un remedio judicial bajo el derecho común federal.

La Nota concluye que esta segunda sentencia debe ser aplicada con criterios estrechos, a fin de preservar también las vías estatales de recuperación [o indemnización].

A diferencia de *Derr*, *Dexter* y *Schwarzenbart*, en una Nota más amplia,<sup>18</sup> hacen remontar el caso a más de setenta años de desarrollo del derecho federal de nuisance. En *Illinois I*, “la (Suprema) Corte sentenció expresamente” lo que dejó anotado arriba y en el caso de *Illinois II*, lo contrario. Esta última sentencia significaría “un punto clave de cambio en la historia del derecho ambiental de este país”.

Ambos juicios surgieron de una disputa entre el Estado de Illinois y la ciudad de Milwaukee sobre el arrojó por parte de la ciudad al Lago Michigan de desperdicios indebidamente tratados. La Suprema Corte negó primero su competencia sobre el conflicto, alegando que su jurisdicción sobre juicios entre un Estado y la subdivisión de otro Estado no era exclusiva. Tampoco optó por ejercer su jurisdicción original sobre las disputas entre un Estado y los ciudadanos de otro Estado, porque el juicio podía ser iniciado por el Estado actor en un juzgado de distrito (federal). Sin embargo, la Suprema Corte declaró que en ese posible juicio sería el derecho federal de la nuisance el que lo decidiera.

Aunque agregando la Ley Ambiental del Estado de Illinois, éste entabló demanda basado en un derecho común federal y otro derecho común estatal, ambos últimos basados en nuisance. Siguió nueve años de litigio en los tribunales. Según los autores que sigo,

el papel de los tribunales ante el derecho ambiental estatal ha sufrido grandes cambios desde principios del siglo. En los primeros casos, se reconoció el interés del Estado en su ambiente y se estableció el derecho federal común para hacer ese derecho obligatorio.

Esta situación continuaría mientras empezaron a surgir leyes federales rudimentarias. Sin embargo, la Suprema Corte reiteraría su apoyo a los Estados en Illinois

---

(18) Calvin R. Dexter y Teresa J. Schwarzenbart, “*City of Milwaukee v. Illinois: The Demise of the Federal Common Law of Water Pollution*”.

II, “sin cambiar su antigua política declarada de que un estado tiene un interés casi soberano sobre la protección de su medio ambiente”.

Al promulgar y reformar la FWPCA, que la Suprema Corte consideró suficiente para proteger las aguas, el Congreso habría tenido en cuenta consideraciones económicas en equilibrio con consideraciones ecológicas.

El caso de Illinois II “deja incierto el papel de la legislación estatal”. La FWPCA elimina las causas individuales de acción contra contaminación acuática, aunque los autores parecen preferir, entre las alternativas posibles, reinstalar el concepto de derecho común federal.

Los autores Roberts y Butler también parece preferir a los Estados sobre la Federación en la reglamentación ambiental<sup>19</sup>. Ellos afirman que el público norteamericano se ha vuelto crecientemente consciente de que los acuíferos, siempre considerados como fuentes de agua pura, están siendo creciente (y a veces irreversiblemente) contaminados. De aquí la necesidad de mejor reglamentación. Para lograrla

(e)xiste considerablemente mayor potencial en los gobiernos estatales, a diferencia del federal, para reconocer y adaptarse a diferencias geográficas, tomando en cuenta las oportunidades y limitaciones legales, políticas e institucionales de cada lugar. Ello depende, sin embargo, de la disponibilidad de información apropiada, a escala geográfica y organizada para poder aplicar eficazmente las políticas decididas.

Light y Wodraska encuentran<sup>20</sup> un crecimiento reciente en las responsabilidades a los Estados en el manejo de los recursos acuáticos, atribuible a diversos factores incluyendo un creciente incremento del financiamiento estatal y, en general, la creciente capacidad de tales Estados de asumir su responsabilidad en la carga. Existiría una tendencia a cambiar de fundamentos fiscales a financiamientos particulares.

Continúan explicando los autores que la separación de poderes, diseñada originalmente para impedir que cualquiera de ellos adquiriera excesivo poder sobre los otros, habría funcionado bien en la mayoría de los campos, no así en los del agua, la salud, la educación y las instituciones financieras.

A menos que se la resuelva, este retraso institucional continuará debilitando crecientemente tanto la credibilidad cuanto el rendimiento de las tareas gubernamentales a cualquier nivel.

Desde los 1960's el gobierno habría subrayado la innovación sobre el aprovechamiento óptimo del aparato gubernamental existente. Con ello, “se han descuidado,

(19) Rebecca S. Roberts y Mathis Butler, “Information for State Groundwater Quality Policymaking”, en *NATURAL RESOURCES JOURNAL* (Albuquerque, N.M.) Vol. 24, No. 4 (Octubre 1984) 1015-1025.

(20) Stephen Light y John R. Wodraska, “Institutional Challenges in Water Management”, en *NATURAL RESEARCH JOURNAL* (Albuquerque, N.M.) Vol. 30 (Verano 1990) 477-484.

si no ignorado, la consulta y la concurrencia que pudieran asegurar resultados equitativos y efectivos”.

Ante ello,

una sola organización o institución individual no puede ya resolver problemas de recursos hidráulicos de cierta importancia sin causar consecuencias no intencionales a otras Partes o sin encontrar limitaciones impuestas por otros. Las disputas entre agencias gubernamentales y niveles de gobierno relacionadas con el agua han aumentado en frecuencia y, al mismo tiempo, esas agencias se han vuelto más dependientes unas de otras para información, recursos y decisiones políticas. A mayor abundamiento, hay una creciente conciencia de que la complejidad de los arreglos nacionales de hecho presentan un riesgo para los recursos hidráulicos encargados a tales agencias.

Por lo anterior, “los administradores de los recursos acuáticos de los Estados Unidos han tenido que repensar la manera en que los procesos de política e institucionales están estructurados”. Además,

Existe una creciente comunidad de intereses entre administradores estatales y locales y distinguidos intelectuales de todo el país, frustrados ante la falta de progreso de las políticas acuáticas.

Aun algunas autoridades reconocen ya, a veces, la existencia del problema.

El problema principal parece ser por qué no se presta atención suficiente a “los papeles federales y estatales en el contexto de las políticas, capacidades y recursos acuáticos nacionales”.

Las agencias gubernamentales habrían demostrado, además, su creciente desarrollo en complejidad, fragmentación, excesivo burocratismo, desánimo y falta de incentivos a la cooperación. Los autores atribuyen esta situación de falta de cooperación, en parte, a

la separación de poderes entre el Presidente, el Congreso y los Estados; a la falta de incentivos reales a una cooperación mejorada entre las agencias para la administración del agua; y (en) tercer lugar, no existe una serie de creencias compartidas que guíe el proceso nacional de toma de decisiones sobre el agua.

Otro autor enfoca su atención hacia estos problemas en Latinoamérica. Según Lee,<sup>21</sup> frente a la crisis actual existe ahí la necesidad general de administrar mejor los

---

(21) Terence Richard Lee, “Managing Water Resources in Latin America”, en *NATURAL RESOURCES JOURNAL* (Albuquerque, N.M.) Vol. 30 (Verano, 1990).

grandes recursos dedicados en las últimas cuatro décadas a proyectos acuáticos. Ha habido progreso en ello, pero “la administración del agua en la región está lejos de ser óptima. Muchos aspectos se manejan pobremente y aún se les ignora”, sobre todo en materia de superestructura. En ello pesan también factores externos como controles de precios, tasas de cambio y otros aspectos macroeconómicos, aunque

magnificados por la pobre administración. (T)anto en la toma de decisiones como en la práctica, las instituciones administradoras no han actuado siempre con eficacia o respondido bien a las oportunidades disponibles.

Parecería que, entre otras cosas, “sería beneficioso distinguir claramente entre la responsabilidad por la administración y la responsabilidad por el uso del recurso”. Se requiere mayor “dinamismo administrativo”, entre otras cosas, por medio de un mejor entrenamiento de los administradores.

El ya mencionado Pérez señala que en los Artículos 242 a 257 del Código colombiano respectivo

(e)l aprovechamiento indebido de los (recursos naturales y su destrucción), inutilización, desaparecimiento, daño, la difusión de enfermedades en ellos, la contaminación del ambiente y la ocupación ilícita de reservas forestales o de parques nacionales, constituyen conductas atentatorias del orden económico social...

La Ley estatal sujeta a reglamentación, para evitar la contaminación del agua, las descargas industriales, las municipales y los residuos sólidos, incluyendo en los sistemas de drenaje y alcantarillado. Artículo 58. Las aguas residuales “deben recibir tratamiento previo a su descarga”, aunque la responsabilidad general de la contaminación del agua sigue considerándose conjunta entre Estado, municipios y sociedad. Artículo 57. Específicamente, la ley estatal dispone, en su Artículo 62, que

(t)odas las descargas en las redes colectoras... y demás depósitos o corrientes de agua, y los derramas de aguas residuales... deberán satisfacer las normas técnicas-ecológicas que, para tal efecto, se expiden, y en su caso, las condiciones particulares de descarga que determine la autoridad estatal o municipal. Corresponde a quien genera dichas cargas, realizar el tratamiento previo requerido.

Por otra parte, las autoridades estatal y municipales han de coordinarse con la Federación para realizar un “sistemático y permanente monitoreo de la calidad de las aguas, para detectar la presencia de contaminantes o exceso de desechos orgánicos...” Artículo 64. La necesaria presentación de una manifestación de impacto ambiental serviría para que las autoridades estatal y municipales “señalara los requeri-

mientos que deban observarse para la ejecución de la obra o realización de la actividad prevista”, especialmente en casos de riesgo de accidente. Artículo 22. Dos artículos anteriores le dan autoridad expresa al Gobernador del Estado en materia de aguas residuales, pero también se excluye por eliminación los residuos “peligrosos”. Estos serían

todos aquellos residuos, en cualquier estado físico que, por sus características corrosivas, tóxicas, venenosas, reactivas, explosivas, inflamables, biológicas, infecciosas o irritantes, representan un peligro para el equilibrio ecológico o el ambiente.

## V

El Caso de la Gasolina que mencionamos en un apartado anterior surgió, según el ya citado Rodgers, de la propuesta de la agencia gubernamental respectiva (OSHA) en el sentido de aumentar las normas de seguridad y de salud con respecto al uso de ciertas gasolinas para aviación. La mayoría de los magistrados de la Suprema Corte decidieron que tal oficina estaba obligada, como condición previa a emitir nuevas normas, a identificar “un riesgo significativo de daño y, por tanto, la probabilidad de beneficios significativos” que se derivarían de las nuevas normas. Con ello, los Magistrados habrían eludido la cuestión frontal de un análisis directo de costo-beneficio, pero tuvieron que enfrentarse a la cuestión delicada de si

el expediente masivo... dedicado en gran parte a la cuestión de la conveniencia de reducir las concentraciones de la benzina de vuelo... se discutió sin que hubiera habido una percepción administrativa de que (tal decisión) produciría beneficios de salud.

En lo que considera la peor parte de la decisión, Rodgers agrega que la mayoría de los Magistrados consideró que “no había suficientes pruebas de que la (norma) entonces en efecto implicara un riesgo significativo de daño a la salud...” (Una cuestión también planteada en la sentencia pero no discutida aquí es si la fundación de la mencionada agencia constituyó un exceso de delegación de poderes del Poder Legislativo al Ejecutivo).

Rodgers señala que el Caso de la Gasolina demuestra la gran variedad de cuestiones surgidas de los intentos de reglamentar exposiciones de bajo nivel [y no, como en el siniestro de Guadalajara, de explosiones masivas] a contaminantes tóxicos. El determinar las pruebas de efectos pone a prueba los límites de la capacidad científica. Las incertidumbres abundan. Las sentencias que se dicten han de ser especulaciones moderadas y el resultado estará

influido significativamente por en quién recaiga la carga de la prueba, qué tanta prueba es necesaria y el rango permisible de juicios predictivos.

Por ello,

El papel adecuado para el análisis de costo/beneficio a los procesos de decisión en salud y en el ambiente ha constituido en años recientes el foco de un agitado debate nacional sobre reformas reglamentarias, a revisión judicial y la asignación de tomas de decisiones en materias técnicas.

La incapacidad de la Suprema Corte bajo la dirección del Magistrado Burger de aclarar estas cuestiones en el caso de *Industrial Union Department, AFL-CIO v. American Petroleum Institute* (1978) (nombre formalmente correcto del Caso de la Gasolina) demostraría no tanto la “anarquía judicial” típica de esa Corte, sino

el hecho de que vivimos en tiempos en que los valores están desordenados. Las instituciones se encuentran abocadas, en medio del flujo de cambios tecnológicos y sociales, a un camino azaroso hasta que, y a menos que, surjan nuevas reglas de consenso.

Como he dicho arriba y reitera Davis,<sup>22</sup> el derecho federal común de nuisance constituyó uno de los ejes de resolución de los dos Casos Illinois. En la década de los setentas los desechos tóxicos capturaron la atención pública y promovieron tres legislaciones principales: la Ley sobre Agua Potable Pura (1974, SDWA); la Ley para la Recuperación y Conservación de Recursos (RCRA, 1976) y la Ley Comprehensiva de Responsabilidad, Compensación y Respuesta (CERCLA, 1980). Sin embargo, de acuerdo con la autora, esa legislación es insuficiente para atender la gravedad de los desechos tóxicos, por lo que concluye que así como la Suprema Corte basó su decisión del caso Illinois I en la insuficiencia de la legislación disponible para atender el problema de la contaminación del agua, así tampoco la actual legislación es suficiente con respecto de los desechos tóxicos, por lo que emerge nuevamente un derecho común federal de nuisance en ese campo. Eso sería así porque “el Congreso expresamente reservó los remedios de derecho común para los esfuerzos de restauración de los sitios de disposición de desechos tóxicos y exigió la aplicación de principios de

---

(22) Julia A. Davis, “The Hazardous Waste Regulatory Programs and the Federal Common Law of Nuisance: A Confusion Between Preemption and Codification”, Nota en *OHIO STATE LAW JOURNAL*, Vol. 45, No. 3 (1984) 791-831.

derecho común en las disposiciones sobre peligro eminente y responsabilidad de CERCLA y de RCRA<sup>23</sup>.

Al comenzar la década de los 1980's se habría adoptado un Superfondo Federal para la Restauración de Sitios con Desechos Tóxicos<sup>24</sup>.

## CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

### I

PRIMERA.- La degradación ecológica, resultante de cierto proceso de desarrollo industrial, se origina en los países capitalistas desarrollados y se transmite a los países que deseen seguir irreflexivamente procesos semejantes de desarrollo. Las grandes concentraciones urbanas surgidas en gran parte por tal desarrollo acumulan daños ambientales que ciertamente escapan al control del derecho y, posiblemente, al de la organización política clásica Estado/gobernados. Se requiere un programa masivo de educación que contrarreste los excesos empresariales y las compulsiones imitativas de sus explotados.

SEGUNDA.- Aun suponiendo que el desarrollo industrial sea inevitable y la vía del comercio exterior la exclusiva para nuestro país en crisis, eso no justificaría ni siquiera desde el punto de vista de sus beneficiarios (principalmente empresas multinacionales) una disminución indiscriminada de requisitos de control, prevención y restauración ambiental. Como punto de partida de ésta y otras cuestiones ambientales, es necesario aumentar dramáticamente la información disponible, particularmente a grupos responsables de la sociedad civil, sobre estos problemas.

### II

TERCERA.- Los Estados Unidos ofrecen un buen ejemplo de reflexión respecto de la teoría administrativa en sus versiones clásica; economicista, formal o racional;

---

(23) En una curiosa aplicación, Allen después de un acucioso estudio, concluye que "los tribunales se han ocupado del conflicto reciente entre el Código de Bancarrota y las disposiciones federales y estatales sobre desechos tóxicos, equilibrando los intereses económicos del Código contra los intereses en la seguridad y la salud pública de las disposiciones federales y estatales. Estos equilibrios han sido a veces superficiales y otras veces más profundos". Katherine Simpson Allen, "Belly Up Down in the Dumps: Bankruptcy and Hazardous Waste Cleanup", en *VANDERBILT LAW REVIEW*, Vol. 38, No. 4 (May 1985) 1037-1084.

(24) Ver, entre otros, Carol Leutner Anderson, "Superfund Proposed to Clean Up Hazardous Waste Disasters", Nota en *NATURAL RESOURCES JOURNAL* (Albuquerque, N.M.) Vol. 20, No. 3 (Jul 1980) 615-623; Roberta G. Gordon, "Legal Incentives for Reduction, Reuse, and Recycling: A New Approach to Hazardous Waste Management", en *THE YALE LAW JOURNAL*, Vol. 95, No. 4 (Mar 1986) 810-831; y Terry Dinan y Reed Johnson, "Effects of Hazardous Waste Risks on Property Transfers: Legal Liability v. Direct Regulation", en *NATURAL RESOURCES JOURNAL* (*id*) Vol. 30 (Verano 1990) 521-.

y “por ciertos accidentales”. Esto necesariamente implica un estudio cuidadoso de la toma de decisiones por tribunales y agencias gubernamentales, algo que debe iniciarse o incrementarse profundamente en México.

CUARTA.- Sería posible sostener seriamente, como he dicho, que la problemática ambiental rebasa el alcance del derecho positivo como se ha venido proponiendo. Concomitantemente, entonces, es urgente proponer mecanismos cuidadosos y eficaces para incorporar en la mayor medida congruente con la evolución ordenada, a grupos e individuos de la sociedad civil en ese proceso de toma de decisiones, particularmente científicos e individuos u organizaciones de reconocido prestigio moral.

QUINTA.- Ha parecido universal el proceso de adoptar algún tipo de legislación y de precedentes judiciales respecto del medio ambiente. No en un número suficiente de ellos se podría notar enfoques tales como de “solidaridad” [a pesar de la versión distorsionada que se ha dado últimamente en México al término] y de “humanismo”.

SEXTA.- Sea cual fuera el mecanismo adoptado (derecho consuetudinario, legislación estatal, legislación federal, disposición administrativa y/o otras), es indispensable obtener un consenso amplio y previo entre autoridades, académicos, científicos y sociedad civil sobre las políticas ambientales a proseguir. Eso supone un acuerdo, posiblemente inalcanzable todavía, sobre el tipo de desarrollo económico que desearía una verdadera mayoría democrática.