

Derecho ambiental y economía

Por el Dr. Horacio Fernández, Total Austral

La regulación del Medio Ambiente (MA) parece estar en un estado de confusión sobre los principios que deben regirla y las mejores técnicas legislativas a utilizar. Hay muchas escuelas, que van desde la llamada de "command and control" hasta la que promueve la autorregulación de las empresas. La tesis de este artículo es que la economía puede aportar conceptos útiles para mejorar las regulaciones ambientales y evitar caer en excesos o defectos de sobre o subregulación. El mismo es una versión ampliada de la exposición que el autor dio en el panel "Hidrocarburos y medio ambiente: marco regulatorio" que tuvo lugar en las 4tas. Jornadas de Preservación de Agua, Aire y Suelo en la Industria del Petróleo y del Gas que se realizaron en Salta en el pasado mes de octubre.

Nos guste o no, la Argentina se ha insertado en un mundo en donde la economía tiene gravitación esencial en todas las decisiones tanto de empresas como de individuos o gobiernos. Sin embargo el Derecho, como herramienta de control y coordinación de conductas sociales, no siempre ha sabido incorporar conceptos económicos que son de gran utilidad.

Algunas preguntas importantes

Cuando al final de la década de los setenta y principios de los ochenta, los abogados empezamos a leer sobre problemas del MA y las responsabilidades surgidas por contaminación en otros países, nos preguntamos enseguida: ¿Qué es el MA desde el punto de vista jurídico? ¿El Derecho Ambiental es un nuevo derecho autónomo? ¿Por qué no aplicar al MA los principios tradicionales del derecho? El MA: ¿es un bien económico o tiene que estar fuera de las leyes del mercado?

También se nos planteaba la duda si el MA es un solo "bien" o es un concepto que aglutina numerosos bienes diferentes tales como el agua, el aire, el suelo, la biodiversidad, el paisaje, etc. ¿Pueden todos estos bienes ser protegidos-regulados con las mismas normas y principios o requieren normas y principios diferentes?

Algunas respuestas

No cabe duda que, luego de la última reforma constitucional, el MA es en nuestro sistema jurídico un bien a tutelar como lo son la vida, la libertad, la propiedad, etc.

Aceptado lo anterior se plantea la duda si este bien que es el MA debe estar o no sujeto a las reglas de mercado. La libertad de comercio y de mercado son también instituciones fundamentales de nuestra Constitución y de nuestro sistema económico. Pero hay ciertos bienes que la legislación pone afuera del mercado por razones éticas, de salubridad o de seguridad. Así, no se pueden comprar o vender niños para adoptar, órganos para transplantes, cocaína o armas de guerra. Lamentablemente no siempre el sistema legal-institucional tiene éxito en que no se formen los mercados negros para estos bienes que la sociedad intenta excluir del mercado.

Nuestra Constitución en su nuevo art. 41 afirma que el MA debe ser apto para que "las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de generaciones futuras". Con esto se introduce toda una definición de contenido económico que en la jerga ambientalista se conoce como "desarrollo sustentable".

El concepto "desarrollo sustentable" tiene dos elementos que se corresponden con las dos palabras que contiene. El primer elemento hace hincapié en la creación de riqueza y bienestar mediante la producción de nuevos bienes tanto materiales como inmateriales. Para producir nuevos bienes es necesario destruir otros y esto está implícito en el concepto de desarrollo. Pero, ¿hasta dónde es ético o lícito destruir bienes para satisfacer nuestras necesidades de hoy? La respuesta nos la da el segundo elemento de la ecuación, la

sustentabilidad.

Concluimos entonces que nuestra Constitución no adopta sobre el MA una posición de tipo fundamentalista sino realista, que nos lleva necesariamente a un análisis de tipo económico para plantear cualquier regulación al respecto.



Horacio Fernández

El Derecho no siempre tiene la respuesta

Otra pregunta importante que nos hicimos es ¿por qué no aplicar al MA los principios generales del Derecho? Si de lo que se trata es de proteger un bien que a partir de determinado momento la comunidad lo percibe como un bien valioso, lo que hay que hacer es definirlo correctamente y al que lo daña aplicarle las reglas generales sobre responsabilidad.

En este sentido, la reparación de un daño por las reglas tradicionales supone la siguiente secuencia:

- 1) que se produzca el daño, 2) que una o más víctimas reclamen la reparación, 3) que se identifique al que lo produce, 4) que se pruebe el nexo causal entre la acción y el resultado dañoso, 5) que se determine o valore el daño producido y 6) que se pague la reparación.

Muchas veces en materia ambiental esta sentencia no puede o no debe ser seguida, por las siguientes razones:

1. El daño potencial puede ser demasiado grande y costoso como para esperar a que se produzca. De allí que una acción preventiva es necesaria.

2. Muchas veces el impacto del daño ambiental es difuso y se reparte entre numerosas víctimas y por lo tanto no hay reclamo o hay muchos diferentes.

3. No siempre el que produce un daño ambiental puede ser identificado con precisión, como por ejemplo en el caso de emisiones provenientes de una zona industrial o de toda una ciudad.

4. El nexo causal entre una acción sospechada y un resultado dañoso no siempre puede ser probado científicamente. Aun así y con este velo de ignorancia, es frecuente que se dicten normas prohibiendo la acción, lo que puede ser en definitiva un acierto o un error.

5. La valorización del daño ambiental siempre es difícil y está sujeta a opiniones diversas por el carácter difuso de las consecuencias tanto geográficamente como temporalmente.

6. Finalmente y por la magnitud potencial de los daños ambientales, quienes pueden producirlo, sea un individuo o una gran empresa, pueden no tener recursos económicos suficientes como para afrontar el costo de la reparación.

Pareciera entonces que la aparición de un nuevo tipo de problemas como es el del daño ambiental o la regulación del MA no encuentra en el derecho tradicional las normas apropiadas para su solución.

La Economía tampoco

Curiosamente, o no tanto, en la ciencia económica se ha planteado un problema similar de no poder aplicar las reglas tradicionales. Estas sostienen que las reglas del libre juego del mercado son las mejores para asignar eficientemente recursos y satisfacer el interés general. Si esto fuera así, es decir, si el mercado fuera totalmente autocorrectivo de las distorsiones que se producen dentro de él, los problemas ambientales no deberían haber aparecido en los países capitalistas que tienen los mercados más libres del mundo. Esta falencia se suele llamar en Derecho: "vacío legal" o "deficiencia regulatoria" y en Economía "falla del mercado".

Dos caras de una misma moneda

Lo que comúnmente se llama "mercado libre" no es sinónimo de mercado sin reglas. Todo lo contrario, los mercados considerados más libres y transparentes como son los mercados de valores, futuros, mo-

nedas, etc. son los que tienen reglas de juego y normas regulatorias más precisas. En esos mercados los contratos tienen la mayoría de sus cláusulas y condiciones preestablecidas excepto algunos pocos pero importantes blancos que es todo lo que las partes llenan "libremente".

O sea que en cualquier "mercado" subyace un cuerpo normativo que permite que las transacciones sean baratas, eficientes y den certidumbre a las partes.

Fallas de Mercado

Al analizar las fallas de mercado, la Economía nos aporta conceptos importantes para resolver los problemas de regulación del MA.

En primer lugar están las "Externalidades Negativas". Una externalidad negativa se produce cuando una transacción afecta negativamente a uno o más terceros ajenos a la transacción. El ejemplo más usado es el de una industria que para fabricar un producto que luego vende a un precio X, emite líquidos o humos que producen un daño a los vecinos. De allí se dice que el precio X del producto vendido por la fábrica es un precio "mentiroso" ya que en el mismo no están incluidos los costos de limpiar los efluentes dañinos. El perjuicio producido por los efluentes es la externalidad negativa que el mercado solo no puede resolver a menos que exista una norma que obligue a la industria a internalizar dicha externalidad asumiendo los costos de instalar una planta depuradora.

Se han propuesto muchas formas de internalizar las externalidades negativas, que van desde la prohibición absoluta de las emisiones consideradas nocivas hasta los impuestos a la contaminación, pasando por fijar cuotas de contaminación transables también en un mercado libre. Como se advierte, todos estos métodos se basan en crear nuevas normas o reglas de juego del mercado.

Un segundo e importante aporte de la Economía que debiera contribuir a diseñar normas ambientales mejores es el de los "Costos de Transacción". Ronald Coase enunció en 1960 un famoso teorema que luego le valiera el Premio Nobel de Economía. En forma muy abreviada el teorema de Coase dice que ante costos de transacción nulos o mínimos, las partes privadas resuelven siempre más eficazmente sus conflictos que una regulación externa. Los costos de transacción son tomados aquí en un sentido amplio que incluye no sólo los costos de negociar un acuerdo entre dos personas sino los de instalarse para desarrollar una actividad, demandar ante la justicia, hacer cumplir un contrato o una sentencia, etc. Como mencionamos

antes, en materia de MA los llamados intereses difusos y daños también difusos elevan excesivamente los costos de transacción para llegar a acuerdos privados. Entonces, algunas veces resulta más eficiente una norma dictada por un organismo regulador que distribuya de antemano derechos y obligaciones que esperar negociaciones individuales.

El tercer concepto que nos provee la Economía para ayudarnos en la regulación del MA es el de los "Bienes Comunes". Siguiendo a Mankiev, vemos en el cuadro de la página siguiente que existen cuatro tipos de bienes desde el punto de vista económico. Estos cuatro tipos surgen de la combinación de dos cualidades jurídico-económicas de los bienes: Rivalidad y Excluibilidad.

Se dice que un bien es Rival cuando el uso que hace una persona de ese bien impide que otra lo use (simultáneamente o para siempre).

Se dice que un bien es Excluyente cuando quien lo posee o controla puede excluir, a un costo aceptable, a otras personas del uso y goce de ese bien.

En el cuadro se ejemplifican bienes de las cuatro categorías y vemos que los **bienes que componen el MA son Bienes Comunes**. O sea que son **rivales** porque cuando alguien los utiliza ya no los puede utilizar otra persona. Al mismo tiempo son **bienes no excluyentes** porque cualquiera o casi cualquiera se puede apropiarse de ellos con gran facilidad. El aire, el agua de los mares son casos típicos de bienes comunes.

El alto costo que implica hacer que estos bienes comunes se transformen en excluyentes, hace que no existan sobre ellos derechos de propiedad bien definidos. Entonces, los bienes comunes son frecuentemente depredados y abusados. Esto explica, por ejemplo, que las ballenas o los elefantes salvajes corran el peligro de extinción mientras que las gallinas o las vacas no.

Algunos errores regulatorios

Estos tres poderosos conceptos que nos suministra la Economía deberían estar siempre presentes en quienes tengan a su cargo el dictado de normas ambientales. El resultado será poder contar con normas más realistas, eficaces y de menor costo de implementación.

En síntesis, lo que debe hacer un buen regulador en materia ambiental es:

1. Internalizar las externalidades negativas.
2. Reducir los costos de transacción.
3. Convertir recursos comunes en bienes privados.

Hacer esto no siempre es fácil ni posible pero debe intentarse. Por el contrario, frecuentemente vemos regulaciones ambientales que ignoran o contradicen estas reglas.

Hago a continuación un inventario de 10 errores comunes de las regulaciones ambientales. Estos errores suelen imponer costos a la actividad productiva que son concretos y cuantificables a cambio de presuntos beneficios generales que rara vez son probados o medidos.

1. Regular con información insuficiente

Como dije antes, en materia de daños ambientales la relación causa efecto es difícil de probar y a veces nunca llega a probarse. Sin embargo, muchas veces los reguladores, presionados por diferentes intereses incluyendo a la opinión pública, se ven forzados a dictar normas en forma apresurada que luego terminan de probarse inútiles y costosas.

2. Prohibir

Prohibir una actividad o una práctica es el recurso más sencillo y rápido que tiene un regulador para aliviar presiones externas y de su propia conciencia. Pero la prohibición debería ser el último recurso de un regulador. Toda prohibición tiende a generar inmediatamente: a) Mercado negro, b) Aumento de precios, c) Competencia desleal entre los que la cumplen y los que no, d) Corrupción de los encargados de controlar o de dar excepciones si la norma las permite.

3. No definir con precisión el bien a proteger

El carácter complejo del MA por la diversidad de bienes que incluye hace que muchas veces las normas confundan los bienes a proteger o no definan el objetivo a lograr con la regulación.

4. Equivocar prioridades

En general, la opinión pública y los medios de comunicación imponen a los reguladores problemas ambientales que no son los realmente más graves y gravosos que tiene la comunidad. Esto distrae los recur-

sos escasos tanto del gobierno como de los privados en combatir problemas no prioritarios.

5. Imponer tecnologías y no objetivos

En un mundo en donde las tecnologías se vuelven obsoletas a un ritmo vertiginoso es absurdo, costoso y hasta puede generar sospechas de corrupción, que las normas obliguen a usar cierto tipo de tecnología para resolver un problema de MA. Lo correcto es que se fijen objetivos tanto cualitativos como cuantitativos.

6. Subincluir actividades

Muchas veces una norma destinada, por ejemplo, a disminuir la contaminación en una ciudad, impone restricciones fuertes a un tipo de fuente, como es la industria, dejando afuera a otras fuentes de contaminación iguales o peores, como es el parque automotor. Son poco serias las normas que con la excusa de proteger el MA apuntan claramente a regular una determinada actividad ignorando otras fuentes de daño ambiental.

7. No hacer balance de Costo-Beneficio

Nunca he visto un análisis económico en los fundamentos de las normas ambientales. Tampoco se exige tal cosa de los estudios de impacto ambiental que hoy en día son obligatorios para encarar cualquier actividad riesgosa.

Si se habla de daño ambiental, recomposición, etc. es inconsistente que no se haga un cálculo económico de los costos privados y públicos de imponer una norma y fiscalizarla versus los beneficios que se esperan obtener de su cumplimiento.

8. No prever los costos de aplicar y fiscalizar la norma dictada

Dictar normas sin tener o asignar partidas presupuestarias que garanticen su efectiva aplicación y cumplimiento es una muestra habitual de voluntarismo legisla-

tivo. La falta de capacidad de control y regulaciones muy estrictas son la peor combinación que pueda darse. Alientan el incumplimiento, la competencia desleal y la corrupción al tiempo que engañan a la comunidad que cree tener una normativa ambiental del primer mundo.

9. Crear licencias o registros inútiles

Imponer la obligación de contar con licencias ambientales o de inscribirse en registros especiales, o de pagar tasas de fiscalización aumenta los costos de los particulares para ejercer sus actividades que inexorablemente se deben trasladar a la comunidad vía precios.

10. Regular cuando la transacción entre privados es posible

Muchas veces se cae en la tentación regulatoria cuando el problema lo pueden resolver más eficientemente los particulares involucrados. Cuando no hay afectación de terceros (externalidades negativas) siempre es más eficiente dejar que los interesados resuelvan el problema. Esto puede aplicarse al tema del daño a los propietarios de campos en la actividad petrolera o a los casos de auto-contaminación (dentro de la propiedad privada) que no debería ser regulada externamente.

Conclusión

La aplicación de principios económicos y la cuantificación, en la medida posible, de las variables en juego, deberían ser herramientas más frecuentemente utilizadas en el diseño y aplicación de las normas ambientales. Esta práctica, aparte de contribuir a normas más eficientes, introducirá racionalidad en el debate ambiental y despejará dudas y confusiones que hoy son frecuentes entre quienes nos preocupamos por el MA. 

Tipo de bienes			
SÍ		NO	
EXCLUIBLES	Bienes privados • Helado • Ropa • Autopista por peaje congestionada	Monopolios Naturales • Bomberos • TV por cable • Autopista por peaje descongestionada	SÍ
	Recursos comunes • Peces • Medio Ambiente • Caminos comunes congestionados	Bienes Públicos • Defensa Natural • Concierto en Plaza • Caminos comunes descongestionados	NO