

PAINEL II

DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL
E O DIREITO FUNDAMENTAL AO
MEIO AMBIENTE EQUILIBRADO

DESARROLLO SUSTENTABLE: ¿UNA UTOPIA?*

RAQUEL CYNTHIA ALIANAK

Me honra integrar este panel sobre “Desarrollo sustentable y derecho fundamental a un medio ambiente equilibrado”, en el Primer Congreso de la Red Docente Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo, y agradezco la invitación que me cursaran para participar en este valioso encuentro, a las autoridades organizadoras en la persona del Dr. Romeu Felipe Bacellar Filho y a la coordinación ejecutiva del evento, Profesores Carol Proner, Daniel Wunder Hachem, Emerson Gabardo, Jaime Rodríguez Arana Muñoz y Justo Reyna.

Y además estar en esta ciudad hermosa, considerada como una de las ciudades de Brasil que tiene la mejor calidad de vida, también llamada capital ecológica de este país.

Cuando releo el título asignado al presente panel, creo que realmente estamos en un serio problema. En primer lugar, porque somos abogados y no técnicos científicos, y en la actualidad, el Derecho Ambiental, y en particular cuando hablamos de esta ecuación

* Ponencia presentada en el I CONGRESSO DA REDE DOCENTE EUROLATINO-AMERICANA DE DIREITO ADMINISTRATIVO, en el panel: “Desenvolvimento sustentável e o direito fundamental ao meio ambiente equilibrado”, a las 9h45 del día 23.02.2011, en la Pontificia Universidade Católica do Paraná.

“protección del medio ambiente y derecho a su goce a la par del desarrollo sustentable”, ya no admite un abordaje estrictamente jurídico, sino interdisciplinario.

Y ello es así, pues las vías jurídicas, los canales y soluciones que nos brinda el ordenamiento jurídico, resultan absolutamente insuficientes *hoy en día*, para preservar y garantizar el derecho inalienable de todo ser humano (de reconocimiento supranacional y constitucional en cada uno de los países democráticos de todos los continentes) a gozar de un ambiente sano, apto para su desarrollo íntegro así como para el desarrollo de las futuras generaciones.

Ya hemos tomado cuenta, por ejemplo, de las reticencias de países grandes contaminadores (desarrollados o en desarrollo o de economías emergentes) en suscribir protocolos que surgen de las Convenciones sobre Clima que produce Naciones Unidas, no comprometiéndose a reducir fuertemente las emisiones de gases efecto invernadero, pues ello llevaría a restricciones industriales, costos políticos y económicos, que entienden, no están dispuestos a asumir.

Pero no es solo eso.

En este punto, entonces, *es necesario poner sobre tablas que el crecimiento y el desarrollo no están a la altura de la preservación del medio ambiente, y de lo que el planeta necesita para su subsistencia sustentable*, lo que conduciría a la pregunta ¿tiene que parar o detenerse ese crecimiento? ¿Eso es lo que necesita el planeta? ¿Eso es deseable?

Algo **sí está claro**, y de ello no hay duda alguna: la ecuación “preservación ambiental y al mismo tiempo un desarrollo sustentable” (con los alcances, impactos y consecuencias que en el mundo ha tenido ese desarrollo, entre ellos el cambio climático), no se tolera más ni en el mundo jurídico ni en el mundo real.

Hay que repasar y repensar entonces, esta expresión “desarrollo sustentable”, como derecho a un ambiente sano, y al mismo tiempo desarrollo social, económico, competitividad industrial, porque en la actualidad esta vacía de contenido, o en todo caso, ese contenido no se corresponde a la realidad.

¿Y por qué? Porque el desarrollo habido hasta el presente ha demostrado ser no sustentable.

Y para ello vayamos a las fuentes. El Informe Bruntland, producido en el año 1987 por la Comisión de Medio Ambiente y Desarrollo de Organización de Naciones Unidas, definió por primera vez el desarrollo sostenido como un proceso de cambio en el cual la

- * explotación de los recursos,
- * la dirección de las inversiones,
- * la orientación del desarrollo tecnológico y
- * el cambio institucional

se encuentran en armonía, y aumentan tanto el potencial actual como el potencial futuro para satisfacer las necesidades del presente, sin comprometer las habilidades de generaciones futuras para que ellas estén en condiciones de satisfacer sus propias necesidades; y ello se convertiría en el principio guía de Naciones Unidas, de los gobiernos y de las instituciones privadas, de las organizaciones y las empresas, a partir del reconocimiento del interés común de todos los países de adoptar políticas destinadas a un desarrollo ambientalmente sostenible.

Ya sabemos que la generación actual se encuentra seriamente comprometida en dicho goce, y que las generaciones futuras (a las que alude una de las patas de esa ecuación) ya no podrán ejercer ese derecho a gozar de un ambiente saludable y equilibrado, sino todo lo contrario, *si en forma urgente e inmediata no se producen cambios radicales, y se adoptan medidas eficientes y aptas técnicamente para atenuar los efectos de los impactos relevantes, que en materia de cambio climático, ha producido la actividad humana.*

Consideremos al ambiente, tal como lo ha definido la Corte Suprema de Justicia de la Nación de la República Argentina en el caso “Mendoza Beatriz c/ Estado Nacional y otros s/ Daños y perjuicios”, del mes de Junio de 2006, como un **bien colectivo, de uso indivisible común, tutelado de una manera no disponible para las partes. Es un bien que pertenece a la esfera social y transindividual, y por ende su mejora o su degradación beneficia o perjudica a toda la población.**

En los hechos, esa tutela jurídica ha sido insuficiente, y creo que *ello permitiría sostener que el ambiente se ha convertido en un bien totalmente disponible, y con mayor intensidad, por algunas partes que integran la colectividad.*

En el ámbito del **derecho**, varias de sus ramas se estructuran a partir de los requerimientos particulares de justicia que exhibe un **su-jeto jurídicamente débil.**

Por ejemplo, el Derecho de la Ancianidad, al actuar transversalmente cuando la edad de la persona impide en el aspecto axiológico, la aplicación de soluciones de otras ramas jurídicas tradicionales. Lo mismo ocurre, por ejemplo, con el Derecho de Menores, el Derecho de la Salud, el Derecho del Usuario y Consumidor.

La debilidad jurídica, entonces, puede obedecer a **situaciones fácticas** (imposibilidad de ejercer su derecho, por ejemplo) o a la **insuficiencia o inoperancia de la solución prevista en la rama tradicional** para asegurar una decisión justa respecto a ese derecho.

¿Quién es el débil jurídico en el derecho ambiental, a la luz de todo lo que venimos exponiendo? Lo somos todos seres humanos de hoy y también las generaciones futuras, porque el desarrollo sustentable pretende proteger su hábitat natural, económico y cultural.

Ahora bien, es necesario tener en cuenta que los gravísimos deterioros al ambiente son causados por distintos actores, y desde distintas perspectivas u ópticas, ya sea por acción u omisión:

- i) las organizaciones gubernamentales con competencia ambiental y autoridades públicas en la medida de su negligencia en el control, y/o en la regulación necesaria y/o en el monitoreo posterior imprescindible para prevenir o mitigar impactos ambientales negativos;*
- ii) dichos órganos públicos también son responsables: *en cuanto omitan ejercer las responsabilidades que les competen en el diseño de políticas sustentables con la adecuada participación de distintos sectores en pos del consenso; *en tanto omitan alentar el desarrollo de ideas innovadoras, creando u optimizando los medios eficientes y operativos para el acceso a créditos, subsidios u otros medios de financiamiento a fin de incentivar líneas de investigación en procesos productivos verdes y en las inversiones necesarias para producir los cambios y adecuaciones en las prácticas y metodologías de producción; *en cuanto omitan informar adecuadamente a la sociedad civil sobre los riesgos concretos y actuales de continuar en una línea no sustentable, y sobre las ventajas de los medios de energía renovable, alternativos, etc.;*
- iii) el Estado en cuanto consumidor de productos no sustentables y contaminador en el desenvolvimiento de sus actividades;*
- iv) el Estado en cuanto a su resistencia a adoptar compromisos concretos de reducción de contaminación en el plano global;*
- v) los empresarios e industriales en el desarrollo de sus actividades y emprendimientos específicos; y también*
- vi) los individuos particulares, en acciones repetidas por miles de millones de personas.*

Ahora bien el **derecho a gozar de un medio ambiente equilibrado**, tiene como **contrapartida** y con igual dimensión, el **deber de su preservación y recomposición**.

¿Cómo juega entonces el sistema de garantía de protección de la debilidad jurídica, cuando nos enfrentamos a un “derecho” que al mismo tiempo implica un “deber”?

¿Hay diferente intensidad en la exigencia de ese deber según fuere el riesgo que su titular coloca en el medio ambiente? No es lo mismo el riesgo que puede causar la actividad de un individuo particular que aquél que puede ser provocado por un establecimiento industrial. Entonces la respuesta es positiva, a mayor riesgo que voy a colocar en el M.A. con mi actividad peligrosa, mayor será el deber de adoptar medidas para mitigarlo, prevenirlo o recomponer los daños producidos. Es decir, la necesidad de asumirlo (*shifting the risk*) pasa del que lo sufre al que lo produce, con la posibilidad que tiene este último de extender el costo de esa asunción, en forma equitativa a toda la sociedad (*spreading the risk*), en el precio de los productos o servicios.

A partir de esas premisas, vemos así que es el ciudadano particular quien sigue siendo el más débil y vulnerable de esa relación ambiental.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación de la República Argentina, en el caso "*Mendoza c/ Estado Nacional, Provincia de Buenos Aires, Gobierno de la Ciudad de Bs.As. y otros*" (esos "otros" fueron 44 establecimientos industriales cuyas actividades se desarrollan en las adyacencias de Cuenta Matanza-Riachuelo), en su fallo preliminar del mes de junio de 2006, puso al descubierto dicha debilidad, y en un pronunciamiento sin precedentes de tal naturaleza, y como paso previo al dictado de la resolución definitiva, requirió a los gobiernos demandados la presentación de un plan integrado de saneamiento, de estudios sobre el impacto ambiental de las empresas instaladas en el área afectada así como la elaboración de programas de educación e información pública sobre el tema; y por su parte, a las empresas demandadas, les requirió informaran las sustancias que arrojaban en el río, los sistemas para su tratamiento y los seguros ambientales con los que contaban para garantizar la reparación de posibles daños. Y finalmente, dispuso la convocatoria a audiencia pública a fin de que las partes pudieran informar en forma oral y pública el contenido de lo solicitado.

Es decir, el Tribunal hizo directamente operativos los principios y normas obligatorias contenidas en la Ley General de Ambiente (nº 25.675 dictada en el año 2002), superando la morosidad del regulador administrador, la negligencia en el control ejercido por las autoridades ambientales de las distintas jurisdicciones involucradas y el incumplimiento de la normativa existente por parte del parque industrial.

Luego de varias audiencias públicas en los años 2006 y 2007, en julio de 2008 ante el incumplimiento parcial de lo receptado por la sentencia anterior, la Corte en nuevo fallo estableció una extensa lista de acciones obligatorias a cargo de los demandados, quiénes debían ejecutarlas en cada caso, quiénes controlarlas, plazos para su ejecución y sanciones por incumplimiento.

Acciones éstas que estuvieron relacionadas específicamente con la mitigación de la contaminación industrial, la implementación de un sistema de información pública digital, el saneamiento y erradicación basurales, la limpieza de la ribera del río, la construcción de desagües pluviales y cloacas y expansión de red de agua potable, así como la implementación de un plan sanitario de emergencia para la población afectada por enfermedades. Esto es, acciones todas tendientes a la **recomposición**.

Se aseguró asimismo la participación ciudadana y la transparencia del proceso (a través de la coordinación de todas las ONGs intervinientes por el Defensor del Pueblo, y el control de parte de la Auditoría General de la Nación, en torno a las inversiones a realizar); y a fin de dar mayor operatividad al fallo, se dispuso que el cumplimiento de las medidas dispuestas por la sentencia fuera supervisado por un Juzgado Federal de Primera instancia.

Quedó en cabeza de la Autoridad de la Cuenca Matanza-Riachuelo (ACUMAR) creada mediante ley, asumir las responsabilidades ante los eventuales incumplimientos o demoras en ejecutar los objetivos propuestos en la sentencia.

A principios de agosto de 2010, y ante la insuficiencia de los informes presentados por ACUMAR, el Juzgado de 1º instancia dictó sentencia imponiendo multa pecuniaria diaria y personal al titular de la Secretaría Ambiental por no cumplir acabadamente con algunas de las acciones obligatorias a adoptar.

Este activismo judicial, si bien ha merecido también fuertes críticas desde otras ópticas, tiene el valor de haber acelerado la toma de decisiones o el tratamiento de cuestiones que resultaban de urgente consideración y solución, que de otro modo, hubieran seguido otros ritmos y tiempos, conforme al surgimiento eventual de otras prioridades, que las hubieran dilatado en forma transitoria o enervado en un stand-by sine die.

*Se hace necesario, entonces, pensar en la **dimensión dikelógica** de este problema, pues el valor **justicia** está presente en la protección ambiental desde que ésta tiende a la realización del bien común, beneficiando a toda la humanidad y a las generaciones futuras.*

El Profesor argentino Miguel Angel Ciuro Caldani nos enseña que, como enfoques dinámicos, cabe considerar la justicia de partida, de trámite y de llegada.

El Derecho Ambiental exige la *realización de la justicia de llegada*, o sea la que proyecta hacia el futuro, y de este modo se puede entender el enfoque reparador del Derecho Ambiental, visualizando el futuro, en lugar de focalizar estricta y únicamente en el aspecto sancionador.

Para lograr la justicia de llegada, necesitamos de la colaboración de la justicia del proceso —o procedimiento—, que nos allana el camino hacia la primera.

En ese derrotero, el tiempo es finito para resolver los problemas existentes. Y sobre todo, frente al derecho a vivir en un medio ambiente sano que constituye una ampliación de la esfera de la personalidad humana, es decir, un **derecho humano esencial**.

En el ámbito internacional, ya conocemos las *críticas que han despertado las reuniones de las Cumbres de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático del año 2009 en Copenhague*, la cual no pudo concretar metas obligatorias de reducción de gases efecto invernadero para el período posterior al 2012, debilitando el Protocolo de Kyoto, al reemplazar aquellos compromisos de reducción obligatoria para los países desarrollados (Anexo I) por un régimen de compromisos voluntarios, de parte de cada país, sin someterlas al acuerdo de todas las partes en la Convención; se ignoraron datos científicos; no se incluyeron medidas concretas para mantener el calentamiento global por debajo de los 2º Celsius, ni se establecieron objetivos a largo plazo, como por ejemplo una reducción del 80% para 2050; entre otras críticas.

En Enero de 2010, cuando por invitación de la Secretaria de la Convención, algunas de las partes presentaron sus metas nacionales de reducción de emisiones, de los treinta y nueve (39) países desarrollados que accedieron a esta invitación, sólo tres (3) habían mejorado sus metas en el Acuerdo.

Incluso el Instituto de Sostenibilidad del Instituto de Tecnología de Massachussets indicaba que los compromisos presentados en el marco de acuerdo de Copenhague darían lugar a un aumento de temperatura mundial de 3,9º Celsius (superando el límite del acuerdo).

Por su parte, los *Acuerdos arribados en la Cumbre de Cancún de Diciembre de 2010*, si bien superaron a Copenhague, reconociendo la necesidad de mayores reducciones en emisiones de gases efecto invernadero, no han sido contundentes.

Los Estados se comprometieron a que el calentamiento de la tierra sea como máximo de 2º, comprometiéndose los países desarrollados, a movilizar a los países en desarrollo, fondos que en el año 2020 debieran alcanzar 100.000 millones de dólares, para mitigar y realizar acciones de adaptación contra el cambio climático y facilitar el uso de tecnologías menos contaminantes. Algunas críticas apuntan a la falta de identificación de las fuentes que movilizarían esas sumas, ni si son subvenciones o préstamos.

Se acordó asimismo crear un Comité de Adaptación al cambio climático, y se señalaron parámetros tendientes a financiar esfuerzos para reducir la deforestación (entre ellos, pagar a países en desarrollo por no talar sus bosques).

Se estableció como objetivo reducción de gases efecto invernadero, antes del año 2020, entre un 25% y un 40% con respecto a los niveles de 1990 (esto es, para los países que están vinculados legalmente por el actual Protocolo de Kyoto que vence en 2012).

Sin embargo, se trata de un acuerdo marco, que no ha cubierto las expectativas depositadas en dicha reunión; no se han previstos mecanismos concretos para conseguir la reducción de esas emisiones, ni tampoco se establecieron mecanismos de control, temas éstos que deberán discutirse en la próxima reunión del presente año 2011, en la que se espera quizás un acuerdo vinculante, un pacto único global.

Entonces, en este sentido, y frente al limitado rol que han cumplido estas cumbres, y en cuanto al necesario e insoslayable abordaje científico que **no debemos olvidar, el panel intergubernamental de cambio climático**, conformado por unos 2000 científicos de diversos países que voluntariamente estudian los riesgos del cambio climático inducido por el hombre, *ha concluido que existe una probabilidad superior al 90%, acerca de que ese cambio climático proviene de la actividad humana.*

Esta conclusión fue publicada en el año 2007, y los científicos han señalado que es **suficiente para que la sociedad responda.**

¿Existe realmente conciencia de esta problemática? En los últimos dos años parece que recién la conciencia al respecto ha aparecido, la comunidad científica no tiene dudas; las dudas provienen de intereses políticos y económicos.

He escuchado atentamente por Internet la magistral conferencia del Dr. Mario Molina (premio Nóbel de química del año 1995), integrante de ese panel científico intergubernamental, quien con su conferencia inaugural abrió el debate de Cancún. Y asimismo, una conferencia previa pronunciada dos meses antes en la Universidad de Méjico.

En ambas exposiciones, el científico comenzó diciendo que **estamos ante el problema ambiental más serio de la humanidad.**

Señaló que hay grupos de intereses poderosos que han podido, en Estados Unidos de Norteamérica y en algunos países de Europa, desprestigiar la ciencia del cambio climático, desvalorizando la contundencia de sus conclusiones.

Sin embargo, también reconoció una falencia del medio científico en cuanto no se ha preocupado por comunicar bien a la sociedad,

explicándole el efecto invernadero. Por lo cual, se tomó unos minutos en explicarlo, con sencillez, claridad y humildad sobresalientes.

Nos ha informado dicho Profesor, por ejemplo, que en todo el Siglo pasado (en 100 años) el aumento de la temperatura fue de menos de un grado Celsius. Y que en los últimos 10 años (del año 2000 al 2010) la temperatura no ha bajado, y por el contrario ha aumentado 0,8 grados. El razonamiento científico ha concluido que el cambio de la composición química de la atmósfera, es de origen humano.

También se ha concluido que en la actualidad hemos llegado a una concentración de dióxido de carbono superior a la que hubo en medio millón de años.

Y los efectos los estamos sintiendo fuertemente:

- I) está subiendo el nivel del mar por expansión térmica del agua y por el derretimiento de los glaciares;*
- II) tenemos eventos climáticos extremos: lluvias extraordinarias cada vez más frecuentes, así como inundaciones en todos los continentes; sequías, huracanes.*

Los científicos apuntan que la intensidad y la frecuencia de estos fenómenos es preocupante.

Es decir, nos explican los científicos que a lo natural, le estamos agregando los temas del hombre, porque estamos emitiendo cada vez más efecto invernadero por el desarrollo económico de países, sobre todo en economías emergentes (China, India).

También se ha dicho que si se quisiera que la temperatura no aumente más de 2 grados Celsius, ello representaría un cambio gigantesco para la sociedad, pero si no lo hacemos va a subir más grados, con consecuencias que serían catastróficas.

A estas noticias podemos agregar las conclusiones de dos estudios científicos publicados hace pocos días (el 17/02/2011) en la revista científica británica *Nature*, acerca de que el cambio climático aumentó la intensidad de las inundaciones en el hemisferio norte durante la segunda mitad del Siglo XX, y que la actividad humana ha tenido en ese fenómeno una incidencia caso total.

Pero hay noticias científicas también estimulantes: tenemos tecnologías tales que podemos cambiar la línea de temperatura.

El punto de inflexión entonces es ¿cómo podemos resolver el problema del cambio climático en los próximos 50 años, con tecnología disponible?

Las pautas a aplicar son científicas, y deben adoptarse simultáneamente las más importantes, tal como se ha explicado en Cancún:

- a) Mejorar la eficiencia energética;
- b) Mejorar la eficiencia de las plantas generadoras de electricidad;
- c) Sustituir el carbón por gas natural;
- d) Capturar y almacenar el dióxido de carbono, a través de almacenamiento geológico (única manera de seguir usando combustibles fósiles, en lugar de mandarlos a la atmósfera);
- e) Utilizar electricidad-energía eólica y energía solar;
- f) Producción y uso de biocombustibles. En tal sentido, vale recordar que recientemente se ha firmado un acuerdo entre Brasil y Argentina, el 31.01.11, para la promoción de la cooperación en la producción de bioenergía y biocombustibles, como uno de los 14 acuerdos celebrados.

Ambos países ocupan en el rango mundial de producción de biodiesel, respectivamente, en el año 2010, el tercero y cuarto lugar, superando a Estados Unidos de Norteamérica (Alemania y Francia se encuentran en el primer y segundo lugar, respectivamente). Asimismo en la República Argentina, desde el año 2006 en adelante, se han ido dictado leyes y regulaciones administrativas imponiendo la mezcla de nafta y gas oil con biocombustibles (bioetanol y biodiesel), en una proporción de mezcla del 7% con perspectiva —para el corriente año— de ampliarla al 10%. Existen también regímenes de promoción para la fabricación de bioetanol y del biodiesel (diferimientos impositivos, deducciones de IVA y de ganancias, promoción a emprendimientos de PYMES, promoción en investigaciones y transferencia de tecnología, etc.).

- g) Administración de bosques: tratamiento del problema de los bosques y de su tala indiscriminada, con los efectos nefastos que ello produce en el clima, al desaparecer los efectos positivos de la fotosíntesis de las plantas y su conversión en oxígeno.

En consecuencia, sin serias políticas climáticas, la probabilidad de que la temperatura aumente menos de 2 °C, es cierta.

Y ¿cuál es el costo económico? El panel de científicos ha señalado que dicho costo representa el 1% del producto bruto interno global, advirtiendo así que no hay relación entre el costo que insume hacer esos cambios, con el costo de no hacerlos.

La nueva conciencia de protección al planeta tiene que aparecer. Pero quizás se advierte que por ese sendero, no transcurre el mundo, porque el consumo cada vez es mayor.

Sin embargo, hay experiencias sumamente alentadoras, y sobre todo es valioso aludir a ellas en este ámbito, como profesores que admiramos las ideas creativas de los discípulos.

Me refiero al Congreso Mundial Ambiental de Estudiantes Universitarios (WSES – World Students Environmental Summit) que se reunió el año pasado en la Universidad de Tübingen (Alemania), pertenecientes a 36 universidades, de alrededor de 30 países, con diferentes antecedentes culturales, políticos y sociales, grupo éste que se formó en el año 2008 en Japón, para aportar soluciones — desde sus perspectivas — para combatir el cambio climático global.

El año pasado discutieron sobre fuentes futuras de energía, economía y educación para el desarrollo sustentable y patrones de consumo, y sus propuestas fueron presentadas por el Presidente de la Universidad Doshiba de Kyoto (Japón) a la Cumbre de Naciones Unidas en Méjico.

En dicho congreso, los estudiantes abordaron la problemática desde la visión de cada uno de los tres grupos que formaron: el de la sociedad civil, el del sector de la economía y el del sector de la política. Y desde cada uno de esos sectores, concluyeron acerca de las necesidades y las medidas a adoptar.

¿Podemos pensar, entonces, que estamos en condiciones de responder a este desafío gigantesco, antes comentado, esperando sólo acciones voluntarias?

En tal sentido, en la anterior Jornada sobre Globalización, Derecho Administrativo y Derechos Fundamentales, llevada a cabo en la ciudad de Santa Fe, Argentina, yo me refería a las ventajas de la autorregulación en materia ambiental, y a la reconversión industrial voluntaria, conforme a normativa dictada en el año 2008 en mi país, comparándola — para demostrar la necesidad de su perfeccionamiento — con la europea (Reglamento EMAS III) y con los incentivos y premios claros para fomentar esa autorregulación que existen por ejemplo en USA y en otros países del mundo, ausentes hasta la fecha en Argentina.

Sin embargo, creo hoy que frente a las conclusiones científicas contundentes que no debemos desmerecer ni omitir, no sería realista esperar solamente la solución a partir de acciones voluntarias, porque el tiempo conspira en contra, *siendo necesario que los gobiernos y los Estados adopten un mayor grado de intervención regulatoria incorporando señales contundentes a la economía, para que se hagan acciones más eficientes y eficaces, con exigencias concretas de cumplimiento de medidas ambientales en el sector empresario.*

Si bien la problemática expuesta es de orden global, no creo que debamos reposar o esperar soluciones o consensos globales para empezar a movernos activamente, en hacer lo que mínimamente debemos hacer.

Y desde esta perspectiva, el ámbito del *MERCOSUR* representa un espacio trascendente.

El *Acuerdo Marco sobre Medio Ambiente* (suscripto en el año 2001 por los Estados partes, pero con entrada en vigencia en el 2004, después de las ratificaciones que hicieran cada uno de dichos estados), tuvo como objetivo “*el desarrollo sustentable y la protección del medio ambiente, mediante la articulación de las dimensiones económicas, sociales y ambientales*”.

Dispuso en sus cláusulas el *deber de los Estados de profundizar el análisis de los problemas ambientales de la subregión*, con la participación de los organismos nacionales competentes y de *la sociedad civil*, y les impuso el *deber de implementar acciones*, en pos de dicho desarrollo, que abordando diversas temáticas y al solo efecto enunciativo, aparecen indicadas en la norma.

Este Acuerdo Marco se ha ido implementando en algunas de esas líneas de acción, por decisiones del Consejo del Mercado Común, y en tal sentido destaco la *Decisión n° 26/2007 CMC*, por la cual se aprobaron “*Las políticas de promoción y cooperación en producción y consumos sostenibles en el MERCOSUR*”, a partir de la necesidad de una política **regional** en tal sentido.

Los **estados partes** tienen el **deber de implementar esas políticas**, promoviendo en forma coordinada iniciativas para mejorar el desempeño ambiental y la eficiencia de los procesos productivos.

Resulta interesante puntualizar cuál es el ámbito de aplicación de las políticas, criterios y estrategias a seguir, indicadas en aquella norma, puesto que deben ser aplicadas por los sectores productivos (MINIPYMES) y también en los ámbitos gubernamentales, laborales y de la sociedad civil del MERCOSUR.

El seguimiento de dicha implementación fue puesto a cargo del Subgrupo de Trabajo Técnico n° 6 sobre Medio Ambiente, encargado además de elevar informes periódicos al Grupo Mercado Común.

Si bien se ha trabajado intensamente y se continúa haciéndolo en algunas de las líneas de acción indicadas por el CMC en pos de la producción y consumo sostenible, tal como lo reflejan los diversos informes emitidos por este Grupo técnico (publicados en la página web

del MERCOSUR), creo que debería intensificarse el trabajo en determinadas áreas sustanciales que a la fecha aún se encuentran en etapa de discusiones y anteproyectos, tales como por ejemplo:

- a) La responsabilidad extendida del fabricante o productor (llamada también responsabilidad pos-consumo) para hacer a las empresas responsables de sus productos no sólo en su origen, sino también después que ellos han entrado al mercado (es decir, producción limpia y también descarte o disposición limpia). Ello influirá en el proceso de diseño de esos productos, para que sean más fácilmente reciclables o reusables por dichos fabricantes.
- b) La implementación de políticas de compras y adquisiciones públicas sustentables, tema de sustancial relevancia, a partir del rol que los Estados tienen como actores — consumidores mayores en el mercado global y —en este caso— regional, lo que estimulará y dará incentivos al desarrollo de una producción ambientalmente más amigable.
- c) La educación formal y no formal en desarrollo sostenible, tema que debe desarrollarse y que está indicado como línea política de acción en la Decisión 26/07 CMC. La sociedad necesita recibir educación en oportunidades de energía renovable y las implicancias del sistema actual. Los Estados partes deben implementar en sus propias jurisdicciones, programas de educación desde temprana edad en términos de lo que debe ser el desarrollo, con integración de valores orientados a las transformaciones necesarias para alcanzarlo; las instituciones de educación superior y universitaria deben incorporar en sus currículos la temática del desarrollo sostenible, cumpliendo asimismo con importantes parámetros en tal sentido en sus prácticas y actividades. Es necesaria y relevante la participación de la sociedad civil en talleres ambientales.

Por último, y entre otras tantas acciones, sería interesante proponer como sociedad civil, ya sea a través del foro económico y social del MERCOSUR, o a través del Parlamento del MERCOSUR (integrado por parlamentarios de los Estados partes, que a partir del 01.01.11 serán elegidos por el voto directo, secreto y universal de los ciudadanos de cada estado) con competencia en el dictado de proyectos o anteproyectos de normas que luego se someten al CMC, una iniciativa para implementar concretamente el objetivo de estimular la cooperación público-privada de producción y consumo sostenible también en el ámbito privado,

consistente en la adopción de una regulación armonizada, teniendo en cuenta las diversas realidades ambientales, económicas y sociales de la región, y con respeto de los principios de gradualidad y equilibrio, sobre **reconversión industrial** que durante un período de tiempo operara como voluntaria, para luego transformarse en obligatoria, con metas a corto, mediano y largo plazo, para implementarse en un período temporal máximo razonable, conforme al cronograma que cada empresa propusiera, y con la posibilidad quizás de subsumirse como mínimo en el 50% de las medidas o pautas propuestas para alcanzar los objetivos del programa. A la par, ello debería ir de la mano del deber y responsabilidad directa de esos Estados, de habilitar y facilitar las herramientas económicas, los incentivos fiscales y el financiamiento blando o a costos accesibles, para que esas transformaciones en mejoras tecnológicas de los procesos de producción puedan realmente efectivizarse.

Es necesario entonces, no sólo que se acuerden políticas ambientales y que se dicten normas de escala inferior a fin de implementarlas, sino esencialmente que se tenga la voluntad firme y que se asuma la responsabilidad por **todos** de su concreta aplicación.

Y ese es el único modo, creo yo, que tenemos de no caer en la tragedia del predio común, o al menos de no profundizarla a niveles éticamente no tolerables.

Muchas gracias.

Informação bibliográfica deste capítulo, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

ALIANAK, Raquel Cynthia. Desarrollo Sustentable: ¿una Utopía?. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). *Globalização, direitos fundamentais e direito administrativo: novas perspectivas para o desenvolvimento econômico e socioambiental: Anais do I Congresso da Rede Docente Eurolatinoamericana de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 111-124. ISBN 978-85-7700-501-7.

APUNTES INTRODUCTORIOS SOBRE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA VERDE EN EUROPA Y EN ESPAÑA*

JUAN JOSÉ PERNAS GARCÍA

1 Introducción: el potencial de la contratación pública ecológica y límites actuales a su desarrollo

La Administración pública y otros entes del sector público necesitan acudir al mercado para contratar servicios, obras y suministros, con la finalidad de cumplir con las funciones públicas que tienen atribuidas y de atender a sus propias necesidades. El régimen de la contratación pública persigue que los entes del sector público realicen estas compras mediante una utilización eficiente de los fondos públicos y, asimismo, que quede garantizada la libre concurrencia entre los operadores económicos a la hora de concurrir a los procedimientos públicos de licitación.

* Ponencia presentada en el I CONGRESSO DA REDE DOCENTE EUROLATINO-AMERICANA DE DIREITO ADMINISTRATIVO, en el panel: "Desenvolvimento sustentável e o direito fundamental ao meio ambiente equilibrado", a las 9h45 del día 23.02.2011, en la Pontifícia Universidade Católica do Paraná.

Partiendo de esta premisa la contratación pública debe contribuir a la realización de los objetivos de las políticas públicas. No es un fin en sí mismo, sino una herramienta jurídica al servicio de los poderes públicos.¹ Debe servir por tanto al cumplimiento de los objetivos definidos por la política ambiental, por lo que podemos hablar de la necesidad de implantar la “Contratación Pública Verde”.

La “Contratación Pública Verde” (en adelante CPV) es un proceso por el cual las autoridades públicas tratan de adquirir mercancías, servicios y obras con un impacto medioambiental reducido durante su ciclo de vida, en comparación con el de otras mercancías, servicios y obras con la misma función primaria que se adquirirían en su lugar.²

La CPV se nos revela como un instrumento de mercado de protección ambiental, en la medida en que es un medio eficaz para no sólo reducir el impacto ambiental del consumo público, sino también, para dirigir la conducta de los operadores económicos hacia estándares de protección ambiental, que vayan más allá de los mínimos fijados por el ordenamiento jurídico, e incentivar nuevas formas de producción y consumo. El órgano de contratación no actúa como garante del cumplimiento del Derecho ambiental —ya que esa no es, ni puede ser, su función—, sino como impulsor de conductas socialmente responsables de los operadores económicos.³

La contratación pública representa el 16% del mercado interior (equivalente al producto interior bruto de la República Federal Alemana), lo cual nos indica la capacidad del mercado público para marcar

¹ El Informe 17/2008, de 21 de julio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón señala, en este sentido, lo siguiente: “(...) la contratación pública no es un fin en sí misma sino que es una potestad al servicio de otros fines de interés general (como son la estabilidad laboral, medio ambiente, integración social) y que en modo alguno restringen o limitan la competencia, permitiendo dar efectividad a valores superiores actualmente recogidos en el TCE (art. 2), como bien ha recordado la Comisión Europea en su Comunicación de 15 de octubre de 2001” (p. 8).

² Documento de trabajo de los servicios de la Comisión, Documento de acompañamiento de la comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, “Contratación pública para un medio ambiente mejor, Resumen de la evaluación de impacto” (en adelante Documento de trabajo de la Comisión (2008) (SEC (2008) 2125, 16 de julio de 2008). p. 3.

³ Bernal Blay afirma que “[e]sta responsabilidad social de la contratación no significa la certificación del cumplimiento de las normas que establezcan determinadas obligaciones sociales (...) sino establecer un nivel de compromiso con la protección de los intereses sociales más allá de los mínimos legalmente exigibles, cuando ello resulte posible, y no colisione con otros intereses también dignos de protección” (BLAY, Bernal. Hacia una contratación pública socialmente responsable: las oportunidades de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público. *Revista Aragonesa de Administración Pública*, monográfico X, pp. 210-211).

las tendencias en materia de producción y consumo. Desde la perspectiva ambiental, presenta un gran potencial para incrementar el mercado de los productos ecológicos, fomentar el desarrollo de servicios ambientales o incentivar el diseño y aplicación de tecnologías ambientales.⁴

Diversos estudios han realizado valoraciones del impacto económico y ambiental de la “Contratación pública ecológica” (en adelante CPE). Puede contribuir a una más eficiente gestión de los recursos naturales. Particularmente, puede aportar reducciones importantes de emisiones de CO₂, mediante el fomento del suministro de energía proveniente de fuentes renovables o la mejora de la eficiencia energética de los edificios públicos, lo cual puede ser un apoyo notable a los objetivos comunitarios de reducción de gases de efecto invernadero.⁵ Más allá de los puros efectos ambientales, las instituciones comunitarias han destacado que la CPE puede tener un efecto positivo sobre el fomento de la innovación tecnológica y el desarrollo de ecotecnologías, sector económico de interés prioritario.

No obstante, pese a su gran potencial, la implantación de la CPE se encuentra con algunas dificultades, que relacionamos a continuación. En primer lugar, el desconocimiento de los beneficios económicos y una percepción errónea de la magnitud de los costes.⁶ En segundo lugar, la falta de claridad jurídica sobre las posibilidades de integración de las consideraciones ambientales. Los órganos de contratación no gozan de la seguridad jurídica suficiente a la hora de integrar los criterios ambientales en los procedimientos de preparación y adjudicación.⁷ En tercer término, la ausencia de información y herramientas para la CPV,

⁴ Comunicación de la Comisión “*relative à des marchés publics pour un environnement meilleur*” (COM [2008] 400, de 16 de julio de 2008). p. 3.

⁵ El proyecto de investigación RELIEF (*Environmental Relief Potential Of Urban Action On Avoidance And Detoxification Of Waste Streams Through Green Public Procurement*, <<http://www.iclei-europe.org>>) ha concluido que, si todos los poderes públicos de la UE solicitaran el suministro de electricidad ecológica, se conseguiría un ahorro equivalente a 60 millones de toneladas de CO₂, lo que supone el 18 % del compromiso contraído por la UE para la reducción de gases con efecto invernadero conforme al Protocolo de Kioto. Así también, se podría reducir el consumo de agua en unos 200 millones de toneladas (0,6% del consumo total doméstico en la UE), si los poderes públicos europeos contaran con inodoros y grifos eficientes en los edificios.

⁶ En todo caso, para los supuestos en que la CPV implique mayores costes, los procedimientos conjuntos de contratación podrían generar economías de escala mediante la agrupación de la demanda, y reducir los costes administrativos. Cuestión de especial relevancia, si tenemos en cuenta que los estudios manejados por la Comisión Europea indican que los costes administrativos derivados de la implantación y la ejecución de la CPV en una entidad local en Europa son algo superiores a los de un procedimiento estándar (Documento de trabajo de la Comisión (2008). p. 7).

⁷ En sentido se pronuncia igualmente RICHER, Laurent. *L'Europe des marchés publics. Marchés publics et concessions en droit communautaire*. Paris: L.G.D.J., 2009. p. 278 y ss.

de estructuras de formación adecuadas y de conocimiento, así como la inexistencia de criterios de CPV fáciles de aplicar. Esta es quizás el gran lastre que está ralentizando la integración de las consideraciones ambientales. Existen importantes carencias metodológicas y de conocimiento en el ámbito del cálculo del coste de las externalidades y del ciclo de vida de los productos. Tampoco ayuda el hecho de que no se ha fomentado de forma adecuada el intercambio de información y de experiencias entre las autoridades regionales y locales. En cuarto término, la falta de similitud entre los procedimientos y criterios de CPE en diferentes lugares de la UE, acarrea un incremento de los costes administrativos,⁸ en particular para las PYME, y obstaculiza el mercado interior.⁹ Finalmente, el apoyo político no es suficiente, lo cual reduce el volumen de recursos destinados a este fin.¹⁰

2 El contexto político-jurídico de la contratación pública ecológica

2.1 La contratación pública verde en la esfera internacional y comunitaria

La CPE ha ido ganado presencia en sede internacional, comunitaria y estatal desde finales de los noventa. El Plan de Aplicación de las Decisiones de la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible (2002) alienta a los Estados a “[p]romover políticas de contratación pública que propicien la creación y difusión de bienes y servicios que no causen daño al medio ambiente” (párrafo 19, letra c), como una de las medidas destinada a la modificación de las modalidades insostenibles de producción y consumo. A partir de esta cumbre, fue creada la *Task Force*

⁸ Sobre la cuestiones de los costes derivados de la aplicación de criterios y políticas secundarias (sociales y ambientales) en el marco de la contratación pública, véase ARROWSMITH, Sue; MEYER, Gesa; TRIBUS, Martin. *Non-commercial factors in public procurement*. Nottingham: University of Nottingham, 2000. ARROWSMITH aboga por optar por las formulas jurídicas más eficientes en términos de costes a la hora de integrar la variable social o ambiental en la contratación pública: “When the use of procurement is justified, some approaches are generally more effective than others in terms of the balance of costs (including the trade-restrictive effects) and benefits—for example, award preferences are generally to be preferred over set-aside or qualification conditions (exclusions)—but often are not used” (ARROWSMITH, Sue. *The EC Procurement Directives, national procurement policies and better governance: the case for a new approach*. *European Law Review*, 2002, 27(1), p. 13 y 14).

⁹ Documento de trabajo de los servicios de la Comisión (2008). p. 4.

¹⁰ Comunicación de la Comisión “*relative à des marchés publics pour un environnement meilleur*” (COM [2008] 400, de 16 de julio de 2008). p. 5.

de Marrakech sobre los contratos públicos sostenibles con la finalidad de difundir este tipo de prácticas.¹¹ Así también, la OCDE publicó, en el año 2002, una recomendación sobre la mejora de los resultados ambientales de los contratos públicos sostenibles, que incentivo el desarrollo de políticas nacionales de contratación pública verde en los países integrantes de dicha organización (Australia, Canadá, China, Estados Unidos, Corea del Sur, Filipinas, Japón, Tailandia, etc.).¹²

La CPV ha ido ganado presencia igualmente en la Unión Europea (en adelante UE) desde finales de los noventa. A partir del año 1998, en la Cumbre de *Cardiff*, la Unión Europea ha desarrollado una estrategia global para la aplicación del principio de integración ambiental del artículo 6 TCE (actual artículo 11, TFUE), que implica que las exigencias de protección ambiental deben integrarse en la definición y en la realización de las políticas y acciones sectoriales comunitarias, con la finalidad de que todas ellas contribuyan al objetivo general de la CE del desarrollo sostenible. Ese proceso se ha desarrollado a través de estrategias de integración particulares para cada política sectorial comunitaria, entre las cuales se encuentra la de mercado interior (1999).¹³

La CPV se ha propuesto y desarrollado, como un elemento más, en el marco de la estrategia comunitaria de integración de la variable ambiental en la política comunitaria de mercado interior. En 2001, la Comisión Europea afirmó que el concepto de desarrollo sostenible, trasladado a este ámbito, significa que "(...) la legislación en la materia [contratación pública] debería tener en consideración, junto a su finalidad económica primordial, las preocupaciones medioambientales".¹⁴

Por efecto del principio de integración ambiental, la contratación pública adquiere como objetivo complementario contribuir a los objetivos de la política ambiental comunitaria; asume la condición de

¹¹ Comunicación de la Comisión *relative à des marchés publics...*, p. 3. Además Naciones Unidas cuenta con una Organización de Servicios de Contratación Inter-Agencias (IAPSO), que tiene como función asesorar en materia de contratación a instituciones financieras, gobiernos, ONG, agencias de desarrollo y países donantes, especialmente en relación con la contratación orientada a los países y proyectos en desarrollo (GONZÁLEZ ALONSO, Augusto. La contratación pública ecológica. *Justicia administrativa: Revista de Derecho Administrativo*, núm. 47, 2010, p. 37).

¹² *Ibidem*.

¹³ Comunicación de la Comisión sobre "Mercado interior y medio ambiente", COM (1999) 263 final, 8 de junio de 1999.

¹⁴ Comunicación interpretativa de la Comisión "sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar los aspectos medioambientales en la contratación pública", COM (2001) 274, final, Bruselas 4 de julio de 2001, p. 5.

instrumento horizontal al servicio de la protección ambiental,¹⁵ lo cual no desvirtúa su objetivo principal de garantizar libre concurrencia en el acceso a los mercados públicos.

Los primeros pasos dados, en este sentido, a nivel comunitario se producen a finales del siglo pasado, con diversos pronunciamientos de la Comisión Europea.¹⁶ En el año 2003, la Comisión anima a los Estados a la adopción de un plan de acción para “la ecologización de la contratación pública”.¹⁷ No obstante, el derecho derivado de la contratación pública no ha incluido mención expresa al medio ambiente hasta las directivas de 2004. Concretamente, la Exposición de motivos de la Directiva 2004/18/CE, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios (en adelante Directiva 2004/18)¹⁸ justifica la integración de la variable ambiental y marca los objetivos que, en este sentido, se pretende alcanzar:

Según lo dispuesto en el artículo 6 del Tratado, las exigencias de la protección del medio ambiente deberán integrarse en la definición y en la realización de las políticas y acciones de la Comunidad a que se refiere el artículo 3 del Tratado, en particular con objeto de fomentar un desarrollo sostenible. La presente Directiva clarifica pues de qué modo pueden contribuir los poderes adjudicadores a la protección del medio ambiente y al fomento del desarrollo sostenible al tiempo que

¹⁵ Gimeno Feliú afirma, en este sentido, que “la contratación pública no puede ser considerada como un fin en sí mismo sino que debe ser visualizada como una potestad o herramienta jurídica al servicio de los poderes públicos para el cumplimiento efectivo de sus fines o de sus políticas públicas”. El autor considera que “(...) la contratación puede —debe, diría— ser una técnica que permitiera conseguir objetivos sociales, ambientales o de investigación, en la convicción de que los mismos comportan una adecuada comprensión de cómo deben canalizarse los fondos públicos” (GIMENO FELIÚ, José María. *Novedades de la Ley de contratos del sector público de 30 de octubre de 2007 en la regulación de la adjudicación de los contratos públicos*. Madrid: Civitas, 2010. p. 21).

¹⁶ Comunicaciones de la Comisión sobre “Los contratos públicos en la Unión Europea”, (COM [1998] 143 final, 11 de marzo de 1998); y sobre “Mercado interior y medio ambiente”, (COM [1999] 263 final, 8 de junio de 1999).

¹⁷ Comunicación de la Comisión, de 18 de junio de 2003, “Política de productos integrada. Desarrollo del concepto del ciclo de vida medioambiental” (COM [2003] 302 final).

¹⁸ DOUE L, 134, de 30 de abril de 2004. La Propuesta inicial de Directiva sólo hacía referencia a la integración de “características ambientales” en los criterios de adjudicación del contrato. Esta cuestión fue destacada por el Dictamen del Comité Económico y Social, que propuso la inclusión de criterios ambientales más específicos en los criterios de valoración de las ofertas para la adjudicación de los contratos (DOCE C 193, de 10 de julio de 2001). En este mismo, el Comité de las Regiones se pronunció favorablemente, en su Dictamen a la propuesta de Directiva, a una introducción más intensa de las consideraciones ambientales en la Directiva (DOCE C 144, de 16 de mayo de 2001).

se garantiza que los poderes adjudicadores puedan obtener para sus contratos la mejor relación calidad/precio" (considerando 5).

La estrategia de la UE en materia de CPV (2008)¹⁹ se enmarca en la estrategia de desarrollo sostenible de la UE²⁰ y, más en concreto, en el Plan de acción sobre consumo y la producción sostenibles, dirigido a mejorar los resultados ambientales y energéticos de los productos (2008).²¹ Esta estrategia se basa en la adopción de un paquete de medidas de apoyo destinadas a proporcionar orientación, formular recomendaciones y criterios uniformes y sentar las bases para acciones encaminadas a incrementar presencia de la CPV en la UE.²² Los criterios desarrollados por los Estados deben de ser compatibles para evitar distorsiones en el mercado y la competencia, y reducir las cargas administrativas impuestas a los operadores económicos, especialmente para las pequeñas y medianas empresas.

¹⁹ Comunicación de la Comisión "*relative à des marchés publics pour un environnement meilleur*" (COM [2008] 400, de 16 de julio de 2008).

²⁰ La revisión de 2006 de la estrategia europea de desarrollo sostenible fija como objetivo en materia de CPE, que en la UE se debería alcanzar en 2010 el nivel de desarrollo de la CPV alcanzado en 2006 por los países más desarrollados en este ámbito.

²¹ Véanse las Conclusiones del Consejo de la Unión Europea, de 4 de diciembre de 2008, "*Sustainable Consumption and Production and Sustainable Industrial Policy Action Plan*" (ref. 16914/08); Comunicación de la Comisión "relativa al Plan de Acción sobre Consumo y Producción Sostenibles y una Política Industrial Sostenible", COM (2008) 397 final, de 16 de julio de 2008. Se trata una actuación estratégica destinada a mejorar las características ambientales de los productos y a potenciar su utilización por parte de los consumidores.

²² Las medidas previstas son las siguientes: fijar un objetivo voluntario de CPV aplicable a toda la UE, basado en una cuantificación del objetivo de la estrategia en favor del desarrollo sostenible, más en concreto la Comisión propone que el 50% de todos los procedimientos de licitación pública sean ecológicos, es decir, que respeten los "criterios básicos" ambientales comunes. Este objetivo deberá ser alcanzado tanto en relación al número de contratos como a su valor. Para ello anima a los Estados a poner en marcha estrategias nacionales, que integrarán los criterios comunes y las orientaciones operacionales y jurídicas definidas en el ámbito comunitario (Comunicación de la Comisión "*relative à des marchés publics...*", ob. cit., p. 9); poner de relieve las directrices operativas sobre CPV existentes y ofrecer otras nuevas; ofrecer claridad jurídica sobre determinadas cuestiones; determinar cuáles son los grupos de productos y servicios prioritarios, y poner en marcha un proceso de mayor cooperación con los Estados miembros y las partes interesadas pertinentes a fin de establecer criterios comunes de CPV básicos y globales para esos grupos; fomentar la sensibilización respecto a la CPV y la formación al respecto mediante la difusión del *kit* de formación sobre CPV, la creación de plataformas de cooperación regional y local y la recomendación del uso de la CPV en la ejecución de los proyectos financiados por la UE; y definir indicadores de CPV y asegurar que se realicen periódicamente un seguimiento y un análisis comparativo basados en esos indicadores.

Para ello la Comisión pone en marcha un proceso de determinación de estos criterios comunes voluntarios en determinados sectores prioritarios,²³ diferenciando entre criterios “básicos” y “completos” con la finalidad de que los órganos de contratación puedan optar por una integración más o menos intensa de la variable ambiental.²⁴ La Comisión Europea ha rechazado, por el momento, el recurso a instrumentos jurídicos obligatorios para imponer a los Estados la CPV. Ha estimado que esta opción estratégica es la más eficaz para tratar los problemas relacionados con la falta de información sobre costes y beneficios, la falta de claridad jurídica y la ausencia generalizada de información armonizada y herramientas para CPV.²⁵ La estrategia pretende aprovechar las sinergias derivadas de otras actuaciones políticas comunitarias en materia de contratación pública, destinadas a incentivar la investigación y la innovación,²⁶ y a fomentar nuevos mercados especialmente competitivos.²⁷

El potencial de la contratación para la consecución de objetivos ambientales se ha visto plasmada también en diversas políticas y normas sectoriales, como en materia de lucha contra la deforestación ilegal²⁸ o de movilidad sostenible,²⁹ en donde destaca especialmente la

²³ Alimentación y servicios de hostelería; transporte y servicios de transporte; energía; aparatos de oficina y ordenadores; ropa, uniformes y otros productos textiles; papel y servicios de impresión; muebles; productos y servicios de limpieza; equipos utilizados en los sectores de la salud. Estos sectores han sido seleccionados en atención a los siguientes criterios: mejora ambiental; gasto público; incidencia potencial sobre la oferta; valor ejemplificativo para los consumidores profesionales y privados; carácter político sensible; existencia de criterios apropiados y fáciles de aplicar; disponibilidad en el mercado y eficacia económica (Comunicación de la Comisión “*relative à des marchés publics pour un environnement meilleur*” (COM [2008] 400, de 16 de julio de 2008). p. 8).

²⁴ Comunicación de la Comisión “*relative à des marchés publics...*”, ob. cit., p. 4.

²⁵ Documento de trabajo de los servicios de la Comisión (2008), pp. 5 y 6.

²⁶ Comunicación de la Comisión “La contratación precomercial: impulsar la innovación para dar a Europa servicios públicos de alta calidad y sostenibles” COM (2007) 799 final, Bruselas, 14 de diciembre de 2007.

²⁷ Comunicación de la Comisión sobre “Iniciativa en favor de los mercados líderes de Europa”, COM (2007) 860 final, Bruselas, 21 de diciembre de 2007. De entre los seis mercados líderes que han sido identificados por la Comisión, tres son directamente ambientales: construcción sostenible; el reciclaje; y los productos biológicos.

²⁸ La Comisión ha señalado la necesidad de facilitar información práctica para orientar a las entidades contratantes sobre cómo actuar con legalidad a la hora de formular las especificaciones de la madera en los procedimientos de contratación (Comunicación de la Comisión “Aplicación de las leyes, gobernanza y comercio forestales (FLEGT) – Propuesta de plan de acción de la Unión Europea” (COM [2003] 251 final). La Comisión ha recomendado la inclusión de especificaciones técnicas en los contratos de suministros y de condiciones de ejecución en los contratos de obras, que garanticen que las maderas y productos derivados han sido producidos de forma legal y sostenible. También recomienda a los órganos de contratación definir criterios de adjudicación referidos a la gestión sostenible

Directiva 2009/33/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de abril de 2009 relativa a la promoción de vehículos de transporte por carretera limpios y energéticamente eficiente.³⁰

Finalmente, la Comisión³¹ ha contribuido a impulsar la CPV con la publicación de dos comunicaciones interpretativas (2001,³² 2008) y de un Manual de apoyo a los poderes adjudicadores de los Estados miembros (2005),³³ así como otras herramientas de guía e información para las autoridades públicas.³⁴

2.2 La contratación pública ecológica en España

En los últimos años se aprecia una tendencia al desarrollo de estrategias y normas nacionales que dan entrada a la CPV. Este movimiento de “ecologización” de la contratación pública se aprecia, de forma muy marcada, en países desarrollados, como EEUU, Austria, Japón, Canadá, Australia o algunos países comunitarios³⁵ —especialmente,

de los bosques, como una forma de introducción gradual de los objetivos de protección de los bosques en la contratación pública (*Commission staff working document accompanying the Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions “Public Procurement for a better environment”*, SEC [2008] 2126 final, p. 8).

²⁹ La revisión del Libro Blanco del transporte de la Comisión Europea de 2001 titulada “Por una Europa en movimiento. Movilidad sostenible para nuestro continente”, de 22 de junio de 2006, ya anunció en su momento que la Unión estimularía la innovación ecológica a través de la promoción de vehículos no contaminantes mediante contratos públicos (COM [2006] 314). Esa misma previsión la encontramos en la Comunicación de 7 de febrero de 2007, titulada “Resultados de la revisión de la estrategia comunitaria para reducir las emisiones de CO₂ de los turismos y los vehículos industriales ligeros” (COM [2007] 19 final).

³⁰ DOUE L 120, de 15 de Mayo de 2.009. El plazo de transposición de esta regulación es el cuatro de diciembre de 2010.

³¹ El Parlamento Europeo también ha manifestado su apoyo a la integración de consideraciones sociales y ambientales en las licitaciones públicas, mediante Resolución del Parlamento Europeo sobre comercio justo y desarrollo (2005/2245(INI). En ella se “pide a las autoridades públicas europeas que integren criterios de comercio justo en sus licitaciones públicas y sus políticas de compra y pide a la Comisión que favorezca esta práctica con directrices para la compra de productos de comercio justo, entre otros medios” (punto 21). Requiere igualmente a las autoridades públicas territoriales para que “presten una atención especial a los productos del comercio justo” en sus licitaciones (punto 22).

³² Comunicación interpretativa de la Comisión “sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar los aspectos medioambientales en la contratación pública” (COM [2001] 274, final, Bruselas 4 de julio de 2001, p. 5).

³³ COMISIÓN EUROPEA. *Compras ecológicas. Manual sobre la contratación pública ecológica*, 2005.

³⁴ Véase el excelente sitio Web *Green Public Procurement* de la Comisión Europea: <http://ec.europa.eu/environment/gpp/index_en.htm>, visto a 6 de abril de 2010.

³⁵ Sobre el nivel de implantación de la CPV en la UE, véase *Green public procurement (2005), Status Overview*.

Alemania, Austria, Dinamarca, Finlandia, Reino Unido,³⁶ Holanda, Suecia o Francia³⁷ —, y también en algunos países emergentes como China.³⁸

En el caso particular del ordenamiento jurídico español, la legislación sectorial de medio ambiente ha integrado la referencia al fomento de la CPV desde finales de los noventa. Veamos algunos ejemplos.

La Ley 11/1997, de 24 de abril, de Envases y Residuos de Envases,³⁹ dispone que las Administraciones públicas adoptarán las medidas necesarias para favorecer el orden de prioridades de la norma,⁴⁰ y promoverán el uso de materiales reutilizables y reciclables en la contratación de obras públicas y suministros (Disposición adicional tercera, Ley 11/1997). La Ley 10/1998, de 21 de abril, de Residuos⁴¹ indica que las Administraciones Públicas promoverán en su contratación el uso de materiales reutilizables, reciclables y valorizables, así como de productos fabricados con material reciclado que cumplan las especificaciones técnicas requeridas (artículo 26.2). La Ley 37/2003, de 17 de noviembre, del

³⁶ En Reino Unido, las políticas horizontales (sociales o ambientales) no han tenido tanta importancia en la contratación pública, si bien, desde finales de los noventa, con el gobierno laborista, se aprecia un resurgir gradual de la contratación pública como un instrumento al servicio de estas políticas (ARROWSMITH, Sue. *The Law of public and utilities procurement*. London: Thompson-Sweet & Maxwell, 2005. p. 1225 y ss.). Reino Unido dispone de un plan de acción en materia de contratación pública ecológica vinculado a una serie de objetivos de sostenibilidad, particularmente alcanzar el objetivo de carbono neutro en 2012 y reducir las emisiones en una 30% hasta el 2020 (Comunicación de la Comisión “relative à des...”, ob. cit., p. 9).

³⁷ El Código de “Marchés publics” de 2006 incluye expresamente la variable ambiental en los procedimientos de licitación pública. Tal integración se aprecia fundamentalmente en los artículos 5, 6, 14, 45, 50 y 53. No obstante, pese a que la reforma de 2006 ha supuesto un paso en la integración de las consideraciones ambientales, se ha limitado a transponer las posibilidades abiertas por la Directiva, renunciando a un enfoque más ambicioso. Particularmente crítica por esta falta de ambición del texto se muestra DE LA VILLE-BAUGÉ, Maria-Laetitia. *Le développement durable Dans les marchés publics: une réforme ou un voeu Vieux?*. *Revue Lamy des Collectivités Territoriales*, núm. 6, sept. 2006, p. 23. En 2007 fue aprobado el *Plan national d’action pour des achats publics durables* (PNAAPD). Además, Francia ha creado un grupo permanente de estudios de los contratos, que ha publicado una Guía de compra pública eco-responsable en 2005 (ETRILLARD, C., *Comande publique et développement durable. Préoccupations environnementales, sociales et économiques dans les marchés publics*. *Petites Affiches*, núm. 49, 8 de marzo de 2007, p. 3).

³⁸ CAO FUGUO. *Development in China: the regulation implementing the chinese government procurement law, and progress towards GPA accession*, 15 PPLR, issue 6, p. NA 209; PING WANG. *China’s evolving legal Framework on public procurement*, 13 PPLR, issue 6, p. 313. En el año 2004 el gobierno chino ha hecho pública una política de contratación pública para priorizar la compra de productos que ahorran energía.

³⁹ BOE núm. 99, de 25 de abril de 1997.

⁴⁰ Prevención de la producción de residuos de envases, reutilización de los envases, reciclado y demás formas de valorización de residuos de envases, con la finalidad de evitar o reducir su eliminación (artículo 1, Ley 11/1997).

⁴¹ BOE núm. 96, de 22 de abril de 1998.

Ruido⁴² establece que las Administraciones Públicas promoverán el uso de maquinaria, equipos y pavimentos de baja emisión acústica (Disposición adicional novena). Finalmente, la Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de montes dispone que “En los procedimientos de contratación pública, las Administraciones públicas adoptarán las medidas oportunas para evitar la adquisición de madera y productos derivados procedentes de talas ilegales de terceros países y para favorecer la adquisición de aquellos procedentes de bosques certificados” (art. 35 bis).⁴³

Se trata de declaraciones genéricas de importancia, en la medida en que identifican la contratación pública como un instrumento al servicio de las políticas sectoriales, pero excesivamente vagas para esperar de ellas una incidencia relevante en la orientación de las compras públicas. Por otra parte, en la AGE se han aprobado, de forma puntual, ordenes de servicio (21.1, LRJAP-PAC) que incluyen las instrucciones oportunas sobre cómo los pliegos de cláusulas administrativas particulares deban incorporar, cuando corresponda, aspectos ambientales relacionados con el objeto del contrato.⁴⁴

Además de estas previsiones sectoriales del Derecho ambiental, en el ámbito del Derecho de contratos estatal, destaca la previsión del artículo 24.3 de la, ya derogada, Ley 48/1998, de 30 de diciembre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y las telecomunicaciones. Esta disposición contemplaba la “calidad ambiental” como criterio de adjudicación del concurso; referencia que no encontrábamos en la Directiva traspuesta por esta Ley, la Directiva 93/38/CEE, de 14 de junio.

⁴² BOE núm. 276, de 18 de noviembre de 2003.

⁴³ La Comisión ha identificado la contratación pública verde como un instrumento para generar demanda de madera procedente de la tala legal y sostenible y contribuir así a la gestión sostenible de los recursos forestales. Véanse, en este sentido, las comunicaciones de la Comisión “Aplicación de las leyes, gobernanza y comercio forestales (FLEGT) – Propuesta de plan de acción de la Unión Europea” (COM/2003/0251) y “Afrontar los desafíos de la deforestación y la degradación forestal para luchar contra el cambio climático y la pérdida de biodiversidad” (COM/2008/0645 final).

⁴⁴ Véase, en este orden de cosas, la Orden del Ministerio de Medio Ambiente de 14 de octubre de 1997 (BOE núm. 259, de 29 de octubre de 1997), por la que se fijaron criterios de modificación de los pliegos de cláusulas administrativas particulares que han de regir la contratación de dicho órgano y en los organismos públicos de él dependientes. Esta norma ha sido sustituida por la Orden MMA/2116/2007, de 10 de julio, criterios medioambientales a introducir en los pliegos de cláusulas administrativas que rijan en los contratos del Ministerio de Medio Ambiente y los Organismos Públicos de él dependientes (BOE núm. 167, de 13 de julio de 2007).

No obstante, ha sido realmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público (en adelante LCSP),⁴⁵ la que ha asumido en plenitud la CPV, yendo más allá en algunos aspectos que las propias previsiones de la Directiva. La LCSP⁴⁶ integra las variables ambientales (y sociales) en los contratos públicos, configurándolas “(...) como condiciones especiales de ejecución del contrato o como criterios para valorar las ofertas, prefigurando una estructura que permite acoger pautas de adecuación de los contratos a nuevos requerimientos éticos y sociales, como son los de acomodación de las prestaciones a las exigencias de un ‘comercio justo’ con los países subdesarrollados o en vías de desarrollo como prevé la Resolución del Parlamento Europeo en comercio justo y Desarrollo [2005/2245 (INI)], y que permitan ajustar la demanda pública de bienes y servicios a la disponibilidad real de los recursos naturales (...)” (apartado IV de la Exposición de motivos).

Con la finalidad de fomentar la integración efectiva del medio ambiente en las compras públicas, el Consejo de Ministros creó, mediante Acuerdo de 22 de mayo de 2006, la Comisión Interministerial para la Incorporación de Criterios Ambientales en la Contratación Pública. La Comisión tenía como cometido la elaboración de un Plan de Contratación Pública Verde con la finalidad de articular la conexión entre la contratación pública y la implantación de prácticas respetuosas con el ambiente, que fue definitivamente adoptado en el año 2008.⁴⁷ Este Plan de acción pretende dar apoyo específicamente a otros planes sectoriales ambientales, especialmente en materia de ahorro y eficiencia energética, residuos y cambio climático,⁴⁸ que a su vez identifican la CPE como

⁴⁵ BOE, núm. 261, de 31 de octubre de 2007.

⁴⁶ BOE, núm. 261, de 31 de octubre de 2007.

⁴⁷ Orden PRE/116/2008, de 21 de enero, por la que se publica el Acuerdo de Consejo de Ministros por el que se aprueba el Plan de Contratación Pública Verde de la Administración General del Estado y sus Organismos Públicos, y las Entidades Gestoras de la Seguridad Social (BOE núm. 27, de 31 de enero de 2008).

⁴⁸ El Plan de Contratación Pública Verde pretende dar apoyo a determinadas políticas sectoriales ambientales, particularmente al Plan de Ahorro y Eficiencia Energética en los edificios de la Administración General del Estado, el Plan Nacional Integrado de Residuos y la Estrategia Española de Cambio Climático y Energía Limpia (2007-2012). El Plan marca como objetivo alcanzar a finales de 2010 el nivel medio de contratación pública ecológica alcanzado por los Estados más sobresalientes de la UE en el año 2006. Establece metas ambientales cuantificadas para los grupos de productos, servicios y obras considerados como prioritarios por la Comisión Europea. Crea directrices para la incorporación de criterios ambientales en las distintas fases de la contratación. Se prevén igualmente una serie de medidas administrativas: desarrollar reglamentariamente la LCSP; informar y formar al personal encargado de la ejecución del Plan; dar publicidad al Plan; fomentar la participación de los agentes económicos y sociales implicados; diseñar un procedimiento de control para el seguimiento del Plan, cuya responsabilidad es de la Comisión Interministerial; elaborar

una medida más para el cumplimiento de sus objetivos.⁴⁹ Asimismo, fija objetivos ambientales para los grupos de productos, servicios y obras considerados como prioritarios (construcción y mantenimiento, transporte, equipos de oficina, papel/publicaciones, mobiliario, limpieza, eventos).⁵⁰ Para alcanzar estos objetivos se prevén toda una serie de medidas en cada uno de los sectores identificados como prioritarios. Se recogen diferentes medidas destinada a fomentar la información⁵¹ y la formación en materia de contratación pública, y a integrar las

cláusulas tipo para la elaboración de los pliegos de cláusulas administrativas; y llevar a cabo acciones de formación continua entre los funcionarios responsables de la aplicación del plan. Los responsables de la aplicación del Plan serán las Subsecretarías de cada Ministerio de la AGE.

⁴⁹ El Plan de Ahorro y Eficiencia Energética (2008-2011) establece distintas medidas de integración de las consideraciones ambientales en las compras de la Administración general del Estado, particularmente introduciendo criterios de valoración que prioricen los vehículos con los más bajos niveles de consumo y las empresas que acrediten una adecuada gestión energética. Véase el citado plan en el sitio Web del *Instituto de Diversidad y Ahorro de la Energía*, <<http://www.idae.es>>, visto a 6 de mayo de 2010. Por su parte el Plan Nacional Integrado de Residuos (2007-2015) prevé, entre sus medidas, “la elaboración y adopción de un programa de compras verdes para las distintas administraciones” (p. 203), con la finalidad de fomentar la adquisición de productos fabricados con materiales reciclados y de materiales reutilizados. Véase el Plan Nacional Integrado de Residuos en la página del Ministerio de Medio Ambiente, Medio Rural y Marino, <www.mma.es>, visto a 6 de abril de 2010. Finalmente, la Estrategia Española de Cambio Climático y Energía Limpia (2007-2012-2020) recoge, entre sus actuaciones, “establecer una estrategia de contrataciones públicas, que incorpore criterios obligatorios de sostenibilidad y de lucha contra el cambio climático (también a nivel municipal)”. Asimismo, también dispone la necesidad de introducir, en los concursos públicos de contratación de servicios, “un informe sobre medidas de eficiencia energética utilizadas por las posibles contratadas, favoreciendo a las empresas que presenten un modelo de funcionamiento sostenible (también a nivel municipal)” (p. 16).

⁵⁰ Entre los objetivos fijados destacamos los siguientes: ahorro energético del 9% antes de 31 de diciembre de 2010 y del 20% antes de 31 de diciembre de 2016, en coherencia con los objetivos del Plan de Ahorro y Eficiencia Energética; ahorro de agua de un 20% antes de diciembre de 2010; alcanzar el 38% consumo de biocombustibles respecto del total de combustibles consumidos en el PME; reducción del consumo de combustibles fósiles en un 20% con relación al año 2006; alcanzar un consumo de papel reciclado del 50% respecto el consumo total antes de 31 de diciembre de 2010 y del 90% antes de 31 de diciembre de 2015; estabilización del consumo del papel de oficina en relación al año 2006 en el período 2008-2010 y reducción de un 20% en el volumen total de consumo en el período 2010-2015; reducción de las publicaciones en soporte papel de un 40% respecto del año 2006 antes de 31 de diciembre de 2015; compra de madera de origen legal y procedente de explotaciones gestionadas de forma sostenible, y ausencia de sustancias tóxicas en la compra de mobiliario, en los productos con un contenido en madera superior al 10%; un 25% del mobiliario de oficina y derivados de madera adquiridos con garantía y disponibilidad de recambios de 5 años antes de 31 de diciembre de 2010 y un 50% antes de 31 de diciembre de 2015; 100% de los productos de papel de origen reciclado antes de 31 de diciembre de 2010; 100% de pequeños contenedores de origen reciclado antes de 31 de diciembre de 2015; etc.

⁵¹ En este sentido destaca la previsión de elaboración de códigos de buenas prácticas ambientales para, por ejemplo, los servicios de limpieza y los equipos de oficina, y sobre la calidad y ecoeficiencia para el mantenimiento y obras menores de edificios.

consideraciones ambientales en los pliegos de prescripciones técnicas, los criterios de valoración de las ofertas y las condiciones de ejecución del contrato.

Informação bibliográfica deste capítulo, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

PERNAS GARCÍA, Juan José. Apuntes Introdutorios sobre la Contratación Pública Verde en Europa y en España. *In*: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). *Globalização, direitos fundamentais e direito administrativo: novas perspectivas para o desenvolvimento econômico e socioambiental: Anais do I Congresso da Rede Docente Eurolatinoamericana de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 125-138. ISBN 978-85-7700-501-7.

FUNDAMENTOS FILOSÓFICOS DO DIREITO AO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL*

JANRIÊ RODRIGUES RECK

Este artigo tem por problemática a reconstrução da busca dos fundamentos racionais de um direito ao desenvolvimento sustentável. A primeira questão é saber por quais motivos seria necessária uma fundamentação racional do direito ao desenvolvimento sustentável. Poder-se-ia assumir uma posição do tipo proposta por Bobbio, segundo a qual a questão não é fundamentar os direitos, mas, sim, efetivá-los. Ocorre que, com isto, perdem-se três tipos de informações importantes: 1. as razões que levam à motivação para se agir em uma outra direção (isto é, em favor do Direito ao desenvolvimento sustentável); 2. uma autocompreensão sobre os valores da sociedade; 3. os argumentos que permitem a reconstrução do Direito em prol de uma interpretação mais complexa.

Assim, vislumbra-se razões suficientes para que o Direito e a Filosofia não abandonem o intento de fundamentação dos direitos fundamentais.

* Palestra apresentada no I CONGRESSO DA REDE DOCENTE EUROLATINOAMERICANA DE DIREITO ADMINISTRATIVO, no painel "Desenvolvimento sustentável e o direito fundamental ao meio ambiente equilibrado", às 9h45 do dia 23.02.2011, na Pontifícia Universidade Católica do Paraná.

Uma primeira tentativa fora efetuada a partir da tradição jusnaturalista, que ainda é a mais popular entre os juristas. Neste tipo de tradição, os direitos fundamentais apareceriam como uma outorga da natureza ou de Deus aos homens, ou então como uma evidência inevitável de um estado de coisas que levaria a um direito. Nos moldes do pensamento atual, é evidente que o Direito é fruto de decisão, e, assim, não pode ser deduzido de algum sistema de pensamento. Até por que deveriam existir critérios para julgar em termos de “dedução” “verdadeira” ou “falsa”, e tais critérios não existem, uma vez que o Direito não é uma questão de razão teórica, mas prática, como dissera Kant. Isto significa dizer que o Direito tem de ser decidido, e não somente conhecido.

Uma outra perspectiva oposta é justamente o decisionismo. Deve-se obediência aos direitos fundamentais por que assim fora decidido, e a mera decisão constitui o fundamento dos direitos fundamentais. Evidentemente, tal perspectiva abandona o lado cognitivo dos direitos, e, com isto, a perda da motivação, do autoconhecimento e da possibilidade de interpretação dos direitos são também aplicáveis a tal tipo de perspectiva.

A observação do tipo sentimentalista é uma observação que se estriba em um “sentimento moral” do indivíduo ou da comunidade. Observa-se que repugna aos participantes de uma dada comunidade os comportamentos que violam certos direitos, e isto é motivo suficiente para eles sejam defendidos. Este tipo de posição topa com a arbitrariedade dos sentimentos morais dos participantes. Ocorre que apenas se comunicam sentimentos, mas não se argumentam sobre eles. Deste modo, outra saída não há senão a discricionariedade: saída impossível diante do contexto do Estado Democrático de Direito.

A posição do tipo culturalista ou historicista também padece dos mesmos problemas de vagueza da linguagem e arbitrariedade dos argumentos, muito embora eles existam. Os direitos fundamentais são frutos de lutas históricas da comunidade e que se afirmam com o transcorrer dos anos. Atribuir-se os direitos à cultura de uma determinada comunidade é a mesma coisa que nada dizer, pois simplesmente a cultura das comunidades contemporâneas é incognoscível, dada a pluralidade de valores. A tentativa que vai em busca da afirmação histórica é mais interessante. Entretanto, a descoberta, que parece correta, de que os direitos são afirmados em lutas e ondas históricas não remete necessariamente à base argumentativa dos direitos. Que o direito ao desenvolvimento sustentável é um direito fundamental, não resta dúvida. Mas, entretanto, é necessário saber o por quê. Daí a razão pela qual parece

ser necessário uma teoria que leve em conta a base argumentativa dos direitos fundamentais.

Enfim, devem existir razões suficientes para o direito fundamental ao desenvolvimento sustentável. Estas razões, por um lado, residem na positividade do ordenamento. É preciso, contudo, ir além, ou seja, encontrar as razões que sustentam este direito.

Esperar-se que a Filosofia ou a ciência construam critérios de argumentação *a priori* de julgamento é um sonho de uma noite de verão. Simplesmente porque tal não é possível. A uma, porque a Filosofia ou a Teoria do Direito não podem substituir os participantes de uma argumentação, e porque os argumentos fazem parte de processos de decisão.

A Teoria do Direito, contudo, pode ajudar a elucidar o conteúdo das decisões já tomadas em uma dada comunidade, bem como reconstruir o conteúdo racional dos direitos fundamentais. Pode, finalmente, tentar fundamentá-los, mas sempre a título de uma contribuição à sociedade, e não na forma de uma argumentação que tivesse de descer desde cima aos participantes.

Habermas possui uma teoria dos direitos fundamentais que se amolda a estes requisitos de uma filosofia da contemporaneidade.

Uma vez que o Direito é posto por uma decisão que pode ser modificada a qualquer momento, é necessidade observar as bases da decisão para que seja possível alcançar uma resposta. O problema de fundo é a questão da decisão. Unidade surgida da relação entre alternativas criadas, e escolha da alternativa, a justificação da escolha da alternativa em um espaço de tempo determinado.

O problema que se coloca é o da pluralidade de concepções de mundo e de projetos de vida individuais. Com isto, gera-se uma fragmentação da cultura e dos meios não jurídicos de produção de solidariedade.

Voltando à pergunta de como é possível uma sociedade atuar sobre ela mesma. A hipótese é que, diante da fragmentação dos meios de solidariedade social existentes, o Direito acaba se sobrecarregando e assumindo este papel.

Isto remete para a segunda indagação: como é que o Direito, uma comunicação posta por decisão, que pode ser modificável a qualquer momento, é capaz de fazer tal proeza?

A resposta passa pela possibilidade de o Direito gerar solidariedade através do uso comunicativo da linguagem. O agir comunicativo, como propício ao entendimento, é o fio condutor de normas que, a despeito de serem criadas a partir de uma decisão, precisam ser corretas e racionais e, para serem corretas e racionais, é necessário que sejam

intersubjetivas. Essa intersubjetividade materializa-se em procedimentos de formação da vontade pública que fazem uso desta intersubjetividade para a estatuição de normas que sejam capazes de ser aceitas pelos destinatários.

A autonomia dos cidadãos não pode fazer eco diretamente na legislação, vez que a formação da vontade, como é idealizada a partir da compreensão de Estado de Direito, não prescinde do contraste de opiniões e do reconhecimento da maior influência que certos atores têm diante de outros. Esse poder comunicativo tem de passar por testes argumentativos para materializar-se em poder administrativo (atuação das organizações governamentais). Daí por que existirem procedimentos legislativos para a realização destes testes e posterior transformação em leis legítimas (ou não).

O Direito guarda analogias com a moral, mas também diferenças. Apesar de operarem deontologicamente, serem cognoscíveis e fruto de processos reflexivos de formação, o Direito é mais determinável que a Moral e possui apoio do poder administrativo. Deste modo, o Direito tanto é obedecido performativamente, através de uma autovinculação da vontade livre, quanto através de coações impostas pelo poder administrativo.

A argumentação que vai desembocar no Direito segue uma lógica de justificação. Desde a esfera pública, passando pela formação de um poder comunicativo, até a consagração em lei e posterior materialização administrativa, os procedimentos de formação do Direito seguem uma lógica de comportas que tem de deixar abertas potenciais de normas justificáveis, isto é, capazes de satisfazer o interesse dos participantes em jogos de linguagem regulativos. Daí por que ser necessária existência de canais abertos e direitos que protejam a esfera pública.

Esse procedimento é rígido por direitos fundamentais os quais, em uma perspectiva teórica, derivariam de uma situação ótima de fala, mas que, em realidade, são fruto de uma conjunção entre a autonomia privada com a autonomia pública dos cidadãos. Eles decidem quais serão seus espaços de mobilidade e seus direitos fundamentais, os quais são diretivas para todo o restante do ordenamento. Essa autonomia dos cidadãos ocorre a partir do entrelaçamento em princípio do discurso — todos os destinatários das normas têm de participar da sua formação —, com o princípio do Direito (forma da norma, estatuição por decisão, coação, poder administrativo, etc.), os quais, juntos, formam o princípio da democracia.

Retome-se o argumento. Ao mesmo tempo que não cabe à Filosofia ou a Teoria do Direito estatuir os direitos fundamentais, estas

disciplinas podem contribuir com argumentos. Habermas constrói uma argumentação do tipo contradição performativa, ou seja, um argumento que, mesmo não tendo uma pretensão de ser definitivo, essencial ou arquimédico, acaba sendo irresistível, porque inegável.

Os direitos fundamentais devem ser decididos. Porém, para que uma decisão social seja perfectibilizada nos moldes da ação comunicativa, é necessário que certas possibilidades comunicativas sejam preservadas. Habermas as constrói em analogicidade com a situação ideal de fala utilizada em questões de verdade. Se os direitos fundamentais devem ser decididos de forma comunicativa, então os participantes devem ter oportunidades de segurança da fala, liberdades comunicativas, padrões de dignidade, e assim por diante.

Então, Habermas fundamenta os direitos fundamentais a partir de um argumento de cooriginariedade entre direitos fundamentais e, precisamente, o Direito. Para que exista o Direito, é necessário direitos fundamentais, e para que existam direitos fundamentais a linguagem jurídica precisa estar disponível. Como direitos que são, por óbvio a explicação dos direitos fundamentais tem de levar em conta o meio do Direito, ou seja, Direito só se faz a partir do Direito. E é precisamente essa uma dificuldade: esses direitos têm de ser fortemente legítimos, mas essa legitimidade tem de estar ligada à legalidade nas condições pós-metafísicas. Neste sentido, os direitos subjetivos são cooriginários com o direito objetivo; pois este resulta dos direitos que os sujeitos se atribuem reciprocamente.

A tese de que existe uma oposição entre direitos humanos e soberania do povo é um argumento falacioso, uma vez que direitos humanos e soberania do povo só podem aparecer juntas. Isso porque são fruto de uma autonomia intersubjetiva, isto é, um exercício da razão ao mesmo tempo individual e com o outro.

Tais direitos seriam: (1) direitos fundamentais que resultam de uma configuração política onde exista um maior número de liberdades possível; para estribar este direito, seria necessário (2) *status* de membro de uma associação política e (3) possibilidade de reivindicação jurídica desses direitos; estes direitos garantem sua autonomia privada, todavia, como direitos, são criados e regulamentados por lei, daí um (4) direito à participação política para criação de um direito legítimo, *i.e.*, um direito cujos destinatários participam performativamente de seu processo de construção. Isso tudo não seria possível se não existisse (5) condições materiais para uma vida garantida social e ecologicamente.

Acerca de (1), Habermas fundamenta no sentido de que somente serão legítimas as normas que sejam compatíveis com o máximo de

iguais direitos para todos. Já em (2) tenta-se resolver o problema da solidariedade em uma situação de autolegislação, ou seja, quem se autolegisla. Obviamente só pode ser um grupo que reconhece seus membros como tais, e, mesmo que tal organização seja universal, ainda é limitada com relação ao tempo e ao espaço, ou seja, nunca existe inclusão total, de modo que não faça sentido um nós. Em (3), a fundamentação é óbvia: não faz sentido direitos se não é possível reivindicá-los. Em (4), criam-se os direitos a partir da participação e em (5) se os possibilitam.

Então, em realidade, nada vem antes da prática da autodeterminação dos civis, a não ser, de um lado, o princípio do discurso, que está inserido nas condições de socialização comunicativa em geral, e, de outro lado, o *medium* do Direito. Temos que lançar mão do *medium* do Direito, caso queiramos implementar no processo de legislação — com o auxílio de iguais direitos de comunicação e de participação — o princípio do discurso como princípio da democracia. Entretanto, o estabelecimento do código jurídico enquanto tal já implica direitos de liberdade, que criam o *status* de pessoas de Direito, garantindo sua integridade.

A partir do estabelecimento do código do Direito, é possível estabelecer os demais Direitos. Estes terão sua base argumentativa ou em argumentos pragmáticos, ou em argumentos éticos, ou em argumentos morais.

Os argumentos pragmáticos são argumentos que se referem a acordos de interesse, ou seja, fundamentam direitos que abrem espaço para que os participantes persigam seus fins individuais.

Os argumentos éticos baseiam-se nos valores que uma determinada comunidade professa. Estão baseados nos valores culturais arraigados e expressam a autenticidade de uma comunidade de Direito, a qual utiliza a linguagem para reproduzir sua cultura.

Os argumentais morais confundem com os argumentos de justiça para Habermas. Configuram-se eles em formas estruturais de argumentação com cunho universal. Ao contrário dos argumentos éticos, que estão ligados à autocompreensão de uma comunidade, os argumentos morais buscam universalidade desconectada de valores locais. Neste sentido, postulam o correto para todos os humanos em todos os tempos.

A pergunta, então, é: é possível fundamentar o direito ao desenvolvimento econômico e a preservação do meio ambiente de tal modo pragmático-habermasiano, isto é, como condição necessária para a existência do próprio Direito? Como direitos cooriginários ao próprio Direito? Ou os direitos fundamentais ao desenvolvimento e ao meio

ambiente já pertencem ao segundo estágio de positivação? E seriam normas pragmáticas, éticas ou morais?

Neste sentido, seria necessário argumentar que um direito ao desenvolvimento econômico e à preservação do meio ambiente são condições necessárias para que se estabelecesse um procedimento de alcance do consenso. Para que tal operação argumentativa seja bem-sucedida, é imperioso, assim, analisar no que a autocompreensão do conteúdo destes direitos se liga aos pressupostos de procedimento para a formação do Direito.

O direito ao desenvolvimento, em um primeiro momento, seria aquele direito caracterizado pela ideia de que os povos têm direito ao máximo de desenvolvimento econômico possível. Isto significa que sua busca por tecnologias, infraestrutura e pleno emprego deve ser estimulada e ao mesmo tempo protegida. Evidentemente que o estímulo não significa obrigatoriedade. Este é um direito que depende de uma vontade de exercê-lo, e pode muito bem dado povo preferir manterem-se em patamares menos avançados de desenvolvimento.

O entendimento do núcleo deste direito remete aos processos históricos de descolonização. Os povos africanos eram vistos como deliberadamente postos em um patamar menor de civilização. Esta atitude metrópole-colônia foi percebida como de impossível sustentação racional, e, por isso, abandonada. É a partir deste direito dos povos africanos a saírem de sua situação de dependência que se desenvolveu o direito ao desenvolvimento, o qual hoje possui significado diverso. Ele tem como conteúdos:

1. direito de um povo a não ser posto deliberadamente em condição menos vantajosa politicamente, militarmente e economicamente por outras potências estrangeiras ou atores econômicos de vulto;
2. direito de um povo a poder construir sua infraestrutura com o máximo de amplitude e liberdade possível;
3. direito de um povo ter acesso ao conhecimento e às tecnologias que foram parte do patrimônio da humanidade;
4. direito de um povo de não ser excluído do comércio e das demais relações internacionais;
5. direito de um povo poder intervir na sua própria economia, estabelecendo serviços públicos e buscando o pleno emprego.

O problema que se coloca, encerrando o debate sobre este direito, é sobre o conceito de povo. Sendo extremamente vago e fluido, parece

carecer de sentido. O único sentido possível é o de comunidade de Direito. Isto é, povo é aquela comunidade que é capaz de dar o direito a si mesma.

O direito ao meio ambiente ecologicamente sustentável tem uma fundamentação um pouco mais polêmica. A começar pela própria questão relacionada ao “povo”, trabalhada mais acima. Ocorre que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado não pertence a um povo, e sim à humanidade inteira, de modo que ele não pode ser circunspeto neste sentido. Uma violação ao equilíbrio ambiental em uma parte do planeta é sentida em todo o resto. O conceito de “povo” como direito a algo é inútil para o caso.

O conteúdo do direito ao meio ambiente é o de que seus aspectos bióticos e estéticos devem ser preservados na maior medida possível. A carga mínima de preservação é a ideia de justiça intergeracional, ou seja, a ideia de que as gerações devem poder conhecer, usufruir e decidir acerca do meio ambiente. Uma geração não pode privar a outra das suas possibilidades de interagir com a natureza.

Em uma primeira vista, ambos direitos parecem estar em conflito. Mas é necessário esclarecer e precisar linguisticamente a questão. Ambos direitos são absolutos em sua existência e não estão em conflito. O que ocorre é que possivelmente o âmbito de comportamento permitido e devido pelos direitos referidos provavelmente gerará efeitos que são incompatíveis um com o outro. Esta é a razão pela qual buscar os fundamentos racionais destas comunicações pode aclarar a compreensão que o Direito tem da questão.

O direito ao desenvolvimento tem uma raiz que, no final das contas, compreende o *têlos* das ciências e das técnicas de emancipação social, qual seja, a emancipação e a possibilidade da perseguição dos projetos de felicidade. Ocorre que não é necessário que um determinado povo alcance o máximo possível de desenvolvimento para que o exercício de direitos seja possível. Poderia ocorrer, por exemplo, de um determinado povo preferir manter-se tradicional ao invés de desenvolver tecnologias. Entretanto, o desenvolvimento deve estar disponível aos participantes de uma dada comunidade, e ninguém tem autoridade para impor desde fora limites. Mas como o direito ao desenvolvimento é um direito que se coloca entre povos, seria necessário achar um argumento que trespassasse tanto a ideia de uma aproximação pragmática como ética, uma vez que a fundamentação teria de ultrapassar tanto o marco do interesse individual quanto comunitário. Deste modo, assim como os demais direitos fundamentais, o direito ao desenvolvimento encontra fundamento moral, isto é, um fundamento de universalidade, e, por outro lado, um mínimo de desenvolvimento e de possibilidade de desenvolvimento é necessário para a própria democracia.

A moralidade é o fundamento do direito ao desenvolvimento porque, se se conectar os aspectos individual e coletivo deste direito, percebe-se ele como possibilitador de alcance dos projetos de felicidade tanto individuais quanto coletivos. Se a função do Direito, no final das contas, é esta, parece claro que se se partir da ideia de que o direito ao desenvolvimento permite maior desenvolvimento do sujeito, então está fundamentado o direito ao desenvolvimento, por que seria uma máxima generalizável temporalmente e espacialmente.

O direito ao meio ambiente equilibrado pode ser fundamentado ou como núcleo da democracia, ou como tendo fundamento pragmático, ético ou moral. De fato, o próprio Habermas dissera que é pressuposição do procedimento democrático condições “social e ecologicamente equilibradas”. De fato, é preciso segurança e estabilidade ambiental para que seja possível democracia. Todavia, como os danos são gerados a longo prazo, o direito ao meio ambiente não é uma medida necessária de pronto, como a liberdade de expressão, por exemplo.

Seria possível fundamentar o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado a partir de argumentos pragmáticos, ou seja, a partir de interesses próprios tomados a nível individual. Deste modo, a justificação recairia ou sobre a ideia de autopreservação do homem ou sobre a utilidade de manter incólumes os recursos naturais para futuro uso. Evidentemente, tais argumentos fazem pouco caso da real importância da natureza enquanto integrada ao homem.

Uma outra espécie de argumentação possível seria uma argumentação ética. Este tipo de argumentação, contudo, é de pouco uso, por que representa a ideia de autoentendimento de uma determinada comunidade. Muito embora seja possível que a preservação ambiental seja um valor protegido por uma cultura específica, o caráter universalista dos problemas ambientais necessariamente remete esta para o prisma moral.

Assim, é necessário achar uma justificação que tenha pretensão de universalidade espacial e temporal. Esta justificação pode ser encontrada basicamente em duas ordens de argumentos: o compromisso intergeracional e em uma antropologia integracionista humana. O último argumento tem por significado a ideia de que o homem, enquanto ser no mundo, é um ser em contato com a natureza. Se bem que de fatos não podem decorrer normas, a máxima é extraída a partir da ideia de que emancipar-se é integrar-se com a natureza, pois disto depende a realização do homem enquanto espécie. Já a ideia de solidariedade intergeracional também se fundamenta em pressupostos universalistas. Ocorre que, assim como as gerações atuais tiveram acesso aos recursos

naturais, à apreciação de sua estética e à sua integração, este acesso não pode ser tolhido unilateralmente por uma geração. Deste modo, satisfeitos os requisitos de universalidade espacial e temporal.

Em conclusão, pode-se dizer que os direitos não se encontram em conflito em suas justificações, que são diferenciadas. Entretanto, o exercício de um direito pode vir a limitar o exercício de outro direito. Deste modo, em princípio, é evidente que as justificações que envolvem o meio ambiente equilibrado são fortes o suficiente para limitar o desenvolvimento — se este necessariamente estiver conectado com processos de agressão desmedida ao meio ambiente. Entretanto, assim como o direito ao meio ambiente equilibrado é um elemento de racionalidade na aplicação do direito ao desenvolvimento, também o direito ao desenvolvimento é um elemento de interpretação, ao estipular que, como todos têm direito ao progresso, as limitações aos excedentes produzidos pelo progresso não podem ser distribuídas assimetricamente entre os povos da humanidade, mas sim de forma equânime, de modo que, assim como todos têm direito ao equilíbrio ambiental, também sofram os custos deste equilíbrio.

Informação bibliográfica deste capítulo, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

RECK, Janriê Rodrigues. Fundamentos filosóficos do direito ao desenvolvimento sustentável. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). *Globalização, direitos fundamentais e direito administrativo: novas perspectivas para o desenvolvimento econômico e socioambiental: Anais do I Congresso da Rede Docente Eurolatinoamericana de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 139-148. ISBN 978-85-7700-501-7.