

Reconocimiento y configuración del derecho al ambiente en Argentina. Algunos antecedentes relevantes

Mauricio Pinto, Mónica M Andino

Palabras clave:
derechos humanos,
derechos colectivos,
protección
ambiental
Keywords:
human rights,
collective rights,
environmental
protection

ABSTRACT

In Argentina, the Environment is now recognized as an object of constitutionally guaranteed right and, thus, it is susceptible to judicial protection. Its recognition process and its content configuration were evolutionarily analyzed through a contextual analysis of its reception as a legal precedent and its influence on the current legal paradigm. The aim of this work was to determine the effects of judicial activism on the recognition and the configuration of the right to the environment as a prerogative of collective action. It was hypothesized that regulations are the result of praetorian innovations acting as legal sources. It was possible to conclude that the regulatory recognition of the right to the environment is based on previous court decisions which have continued shaping its profile from a collective action perspective. As a result, evidence assessment, the consistency principle, and the res judicata effect have been innovated.

RESUMEN

El ambiente es reconocido actualmente en Argentina como el objeto de un derecho garantizado constitucionalmente, y por ello susceptible de tutela judicial. Sobre tal base, se analiza evolutivamente el proceso de reconocimiento de tal derecho, y la configuración de su contenido mediante una estrategia basada en el análisis contextual de su recepción jurisprudencial y su influencia en el actual paradigma legal. Se procura determinar la influencia del activismo judicial en el reconocimiento y configuración del derecho al ambiente como prerrogativa de incidencia colectiva, teniendo como hipótesis que las regulaciones materializan el resultado de una creación pretoriana innovadora que actúa como fuente normativa. Los resultados alcanzados permiten afirmar que el reconocimiento normativo del derecho al ambiente tiene una base en las decisiones judiciales previas, decisiones que han continuado moldeando el perfil de tal derecho dentro de una naturaleza colectiva, con efectos innovadores en relación a la valoración probatoria, el principio de congruencia y el efecto de la cosa juzgada.

INTRODUCCIÓN

Desde 1994 la Constitución Nacional argentina prescribe expresamente en su artículo 41 que todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado y apto para un desarrollo humano sustentable; y tienen el deber de preservarlo.

Con ello, el reconocimiento de un derecho a un ambiente adecuado es un hecho palpable desde hace tiempo en Argentina, aunque la evolución que ello conlleva ha tenido distintos matices a lo largo de los años.

Así, el enfoque desde el Derecho objetivo sobre el ambiente -es decir del conjunto de normas que prescriben conductas en relación al entorno- ha sido incuestionablemente superado por un enfoque basado en el derecho subjetivo al ambiente, perspectiva donde ya no sólo se atiende las conductas prescriptas normativamente en relación al entorno, sino especialmente la posibilidad de los individuos de reaccionar frente a un menoscabo ecológico.

Ese salto cualitativo en la materia, que refuerza la eficacia de la protección legal del ambiente al colectivizar la posibilidad de accionar frente a una afección ilegítima, tiene como presupuesto una situación de incumplimiento previo que hubiera sido preferible evitar: ha sido una realidad que el derecho objetivo en relación al entorno presenta falencias de eficacia (Pigretti, 1992), siendo usual que leyes con un contenido ambiental estricto presenten debilidad en su aplicación (Bec, 1995).

Pero esta evolución, que modula la debilidad de eficacia del orden jurídico, ha requerido tiempo y etapas, y lo que hoy es un concepto jurídico rotundamente aceptado no siempre tuvo tal aprobación universal.

En Argentina, el reconocimiento e implementación del derecho al ambiente se ha producido en el contexto de un desarrollo mayor, que involucra la transformación de las políticas públicas y su reflejo en la vida institucional a través de diversos hitos, como fue -por ejemplo- la creación en 1973 de la Secretaría de Recursos Naturales y Ambiente Humano de la Nación.

Desde una perspectiva jurídica, tal reconocimiento ha sido cincelado -a partir de una temprana doctrina- por una jurisprudencia progresista e indudablemente novedosa para su época, consolidándose luego en las normas positivas de forma gradual hasta alcanzar las de mayor jerarquía. La injusticia que importaba la desprotección del ambiente en el que existe el ser humano ha sido corregida a pesar de la resistencia -valorativa, conceptual, política, económica, etc.- que genera todo nuevo orden. Fue a partir de ello que se entendió que con la reforma constitucional de 1994 el país había evolucionado a un "Estado ecológico de derecho" (Quiroga Lavié, 1996).

El presente trabajo analiza el proceso de reconocimiento del derecho al ambiente en Argentina, atendiendo la trascendencia que el activismo judicial ha presentado en su evolución y consolidación, permitiendo determinar el aporte del derecho judicial al paradigma vigente, y a la vez comprobar casuísticamente la existencia de un Estado de Derecho construido en base a una consideración de los derechos más que de las normas que los reglamentan, con decisiones adoptadas con posicionamiento político en la interpretación normativa.

MARCO TEÓRICO

Los derechos humanos como contexto conceptual

La evolución de las ciencias jurídicas ha dado lugar a una categoría de derechos denominada "humanos", también conocidos como derechos del hombre, derechos naturales, derechos innatos, derechos originarios, derechos fundamentales, libertades fundamentales, etc. Esta redundancia terminológica que pone énfasis en el carácter "humano" de algunos de los derechos que se reconocen a las personas, no es casual sino que -semánticamente- se ha procurado resaltar el carácter de fundamentalísimos para el hombre que presentan estos derechos, siendo por ello, humanos por antonomasia (Prado, 1997).

Por ello, los derechos humanos son aquellos

que corresponden a todos los hombres por el sólo hecho de ser tales (Gutiérrez Posse, 1988; Maljar, 2003), y aparecen como un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional (Pérez Luño, 2005).

La consagración de los derechos humanos en instrumentos internacionales –al igual que en las legislaciones locales–, si bien reflejan la conciencia jurídica de la Humanidad, no constituyen la fuente de tales derechos, pues ella no se encuentra allí sino en la dignidad esencial de todo ser humano (Castillo Daudi, 2006). Por ello, si bien los textos normativos regulan sobre estas prerrogativas, las mismas no surgen del derecho escrito, el que sólo las reconoce y reglamenta.

Esta concepción iusfilosófica, importa ante que todo un posicionamiento en el enfoque general de la temática. Sin embargo, no se deja de reconocer que existen otras posturas, donde se reduce el alcance jurídico de los derechos a una consideración meramente política que se presenta en forma previa a su conformación –positivización normativa mediante– como derechos fundamentales. Al decir de Gutiérrez Bedoya (2006), en este sentido, “los derechos fundamentales son conceptos jurídicos por cuanto están positivados en los ordenamientos jurídicos de los Estados, como tales, y los derechos humanos están dentro de un concepto político, histórico, socio-cultural e ideológico, que se utiliza en la teoría política, sobre todo en el aspecto internacional. Los derechos fundamentales recogen el contenido de los derechos humanos, es decir que hay continuidad de contenido, por cuanto antes de ser positivados en los ordenamientos jurídicos hay una lucha social que llega a un logro y se convierte en un proceso histórico, por cuanto el objeto de esa lucha es la dignidad humana que tiene varias facetas y contenidos”.

Aunque estas diferentes posturas ideológicas dan lugar a distintos abordajes conceptuales del tema, para el análisis del derecho

argentino la distinción es una mera cuestión abstracta, propia de la discusión dogmática pero sin implicancia práctica alguna, ya que no pueden caber dudas en cuanto a que el pensamiento jurídico que conformó el movimiento constituyente argentino estuvo imbuido en el marcado iusnaturalismo que caracteriza las ideas liberales de la época.

Un ejemplo en este sentido puede verse en la doctrina jurídica de Alberdi (1837), uno de los principales fundadores del orden constitucional argentino. “El principio y el fin, pues, del derecho, es el bien en sí, la realización del orden absoluto: y el motivo que nos hace seguir el derecho, es la obligación que nuestra razón concibe inmediatamente de proceder conforme al bien absoluto, en el instante en que este bien absoluto se hace conocer en ella”.

Existencia, fundamento y eficacia de los derechos no reconocidos explícitamente en Argentina

El régimen constitucional –que es la base de todo el andamiaje jurídico en Argentina– ha previsto la existencia de derechos fundamentales no expresados en los textos normativos, sino que se encuentran implícitos en la forma republicana de gobierno y en la soberanía popular (art. 33 de la Constitución Nacional).

Justamente, y a pesar de la inexistencia de norma jurídica que lo receptara expresamente, esta fue la base del inicial reconocimiento y configuración del derecho al ambiente en Argentina como derecho humano fundamental, hasta que finalmente la norma constitucional reguló la cuestión de manera expresa.

Ese desarrollo jurisprudencial, que supo encontrar de manera implícita un derecho al ambiente y definir su contenido y características, responde claramente al concepto de una judicatura activista, en el concepto que Kennedy (2013), quien identifica al juez activista como aquel que invierte una importante cantidad de energía y tiempo en elaborar una interpretación jurídica diferente a la tradicional, que satisfaga la

motivación extrajurídica que lo guía, de modo que el resultado del pleito sea más acorde a su preferencia sobre lo que derecho debiera amparar, y por ello -aunque no tiene una preferencia hacia una de las partes- no es neutral en el uso de sus recursos. En estos casos, hay un esfuerzo de la judicatura en lograr un resultado que es permitido por el derecho, aunque no necesariamente era el mandato que la norma parecía contener en su origen.

Aún así, no puede evitarse la referencia a que los derechos fundamentales en cuanto derechos subjetivos hacen referencia a dos aspectos que deberían presentarse de manera conjunta y simultánea, como inherentes al concepto mismo de derecho subjetivo: por una parte, la facultad o poder de disposición que le corresponde a una persona respecto de una cosa y/o frente a otras personas, y que puede esgrimirse frente a los tribunales para su protección; y por otra parte, que esa facultad que detenta el sujeto la tiene precisamente por su condición de ser humano. Cada uno de estos aspectos -en caso de que no se presenten simultáneamente- afecta a un plano distinto de la prerrogativa; el primero al de la eficacia y el segundo al de la fundamentación (Sánchez Sánchez, 2002).

En esta línea de ideas, cuando los operadores jurídicos fracasan en conectar ambos planos, los derechos pierden su eficacia en perjuicio del interés que jurídicamente aspira a proteger el instituto del derecho subjetivo. Esto, sobre todo, si se considera que los derechos subjetivos -en cuanto institución jurídica- hoy se señalan como una estructura capaz de superar la perspectiva exclusivamente individualista que les otorgó el pensamiento liberal, articulando su estructura a la exigencia de los valores sociales y -consecuentemente- de solidaridad que imponen las segunda y tercera generación de derechos humanos.

En este sentido explica Sánchez Sánchez (2002), al referir que el concepto moderno de derecho subjetivo -ius- que se configura a partir de Guillermo de Occam contemplaba una relación jurídica trilateral que comprendía al titular del derecho como sujeto activo, a los individuos que integran la comunidad como obligados o sujetos pasivos, y a la

autoridad pública como sujeto garante. Sin embargo, en un momento posterior, ante el triunfo de la burguesía liberal la relación se transformó en bilateral, coincidiendo el papel de garante y obligado en el Estado, adecuándose así la estructura del derecho al contenido que el ideario liberal les otorgó. Con ello, las declaraciones liberales de derecho, reaccionarias ante la monarquía, configuran un elenco de facultades que garantizan al ser humano una serie de derechos cuyo principal adversario se consideraba que era el poder público. El problema de esta estructuración de los derechos subjetivos se presentará con el advenimiento de los derechos económicos, sociales y culturales, donde la autoridad debe presentar nuevamente su papel de garante en forma diferenciada a otros sujetos pasivos que pueden resultar obligados.

Esta representación conceptual, es plenamente aplicable al esquema del derecho al ambiente, donde más que una relación de derecho objetivo en la que el interesado se presenta como un mero "administrado" o ciudadano ante la Administración responsable de la aplicación de las normas ambientales, es una relación donde el interesado puede exigir a la Autoridad que garantice el cumplimiento de las obligaciones que presentan en la materia los individuos que integran la comunidad y el Gobierno mismo.

Claro está que esta concepción de derechos sociales como subjetivos y fundamentales ha sido receptada por el derecho político y constitucional mediante una evolución de sus postulados y consiguientes desarrollos normativos que se presentó a partir de la transformación del "Estado gendarme" en el "Estado de bienestar". El salto del constitucionalismo clásico al social, coherente con la superación de la filosofía individualista anterior y con el posterior surgimiento de los derechos de tercera generación, supuso que la función de control de la legalidad dejaba de plantearse exclusivamente desde las instituciones que conformaban la tríada de Montesquieu para reforzarse a través de la posibilidad de que los titulares de los derechos en juego accionen ante la justicia para que ésta impida el menoscabo (Sabsay, 2000; Amaya Navas, 2003).

Es en esta evolución, entonces, donde en el régimen argentino los derechos humanos de segunda y tercer generación se presentan como verdaderos derechos subjetivos fundamentales reconocidos -expresa o implícitamente- y tutelados. Y el derecho al ambiente en particular, con su desarrollo desde la Constitución de 1853 a la Constitución de 1994, resulta un paradigma de tal reconocimiento y tutela.

METODOLOGIA

En base a un diseño observacional no experimental basado en el uso de estrategias cualitativas, se efectúa un análisis casuístico del derecho judicial argentino vinculado a la existencia y características del derecho al ambiente, practicándose un análisis exegético de las resoluciones judiciales para establecer correlaciones influyentes en el actual paradigma legal. Se procura determinar la influencia del activismo judicial en el reconocimiento y configuración del derecho al ambiente como prerrogativa de incidencia colectiva, teniendo como hipótesis que las regulaciones materializan el resultado de una creación pretoriana innovadora que actúa como fuente normativa.

RESULTADOS Y DISCUSIÓN

Del desconocimiento al reconocimiento de un derecho implícito al ambiente

La evolución de los intereses y políticas de cada época ha ido mutando al ritmo de los cambios en el pensamiento y valores en torno a la relación entre el hombre y su entorno, reflejándose en un impacto en los conceptos y previsiones jurídicas. Aunque el reconocimiento del derecho al ambiente es actualmente una realidad en Argentina (art. 41 CN), en un comienzo la existencia de tal prerrogativa no era una cuestión clara, sino -más bien- se denegaba su existencia ante la falta de un régimen normativo expreso.

En este contexto, quienes afirmaban esa postura negatoria, partían de la clásica distinción entre derecho subjetivo, interés

legítimo e interés simple, para sostener luego que el cumplimiento de las normas de protección ambiental era un imperativo del derecho objetivo que no importaba un derecho ni un interés legítimo titularizado por la generalidad de los individuos, y por ello esas personas carecían de acción judicial para reclamar ante perjuicios ambientales. A lo sumo, ostentaban en estos casos un interés simple que les habilitaba únicamente a denunciar la ilegalidad ante la autoridad administrativa competente (Marienhof, 1983), autoridad que las más de las veces era responsable -por acción u omisión- del menoscabo que generaba el reclamo.

Este esquema restrictivo fue reflejado en la jurisprudencia, la que en sus primeros pronunciamientos rechazó la idea de que existiera algún tipo de derecho para cuestionar afecciones al ambiente. El Juzgado n° 5 de Primera Instancia Federal Contenciosoadministrativo (1982) rechazó una acción de amparo por la que se cuestionaba el establecimiento de una planta de sacrificio y procesamiento de pingüinos, por entender que el deber de proteger la fauna que establece la Ley 22421 se limita a un interés simple, y por ello no genera acción judicial. Igualmente, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil (1980) por idénticos motivos negó legitimación para reclamar aspectos vinculados a la calidad ambiental.

Es claro que en el siglo XIX, cuando se conformó el Estado argentino, el resguardo del equilibrio ecosistémico que debe presentar el entorno que contiene al ser humano no estaba en la mente de los fundadores del nuevo orden republicano.

Sin embargo, tampoco caben dudas en cuanto a que el pensamiento jurídico del movimiento constituyente -siguiendo la fuente constitucional norteamericana- recepitó expresamente la existencia de derechos no enumerados en el derecho positivo (art. 33 CN), de modo que aunque el texto constitucional de 1853 ostenta un listado de derechos fundamentales garantizados constitucionalmente, tal enumeración no importa la negación de otros derechos fundamentales que puedan deducirse

racionalmente a partir de la soberanía popular fundante de la República.

Sin embargo, todo proceso de reconocimiento de nuevas categorías de derechos conlleva una evolución, primero en el plano fáctico y su relación con las necesidades de las personas, y luego en la transformación cultural que importa modificar la formalidad del mundo jurídico. Ocurre que las necesidades del hombre no son estáticas en la historia, y las necesidades sociales han llevado a una constante evolución de los valores que – instrumentados normativamente- conforman la dignidad humana que tutela el orden normativo.

Desde el punto de vista axiológico, en el último tercio del siglo pasado tomó trascendencia la percepción de una crisis en el paradigma de desarrollo y sus consecuencias sobre el entorno y consiguientemente sobre quienes habitan ese entorno, preocupación que fue tomando distintas formas sociales que, como grupos de interés, presionaron sobre las instituciones responsables de la política que informa al sistema jurídico. Este fenómeno, manifestado universalmente, no estuvo ausente en la particularidad argentina.

Es así como en un contexto ideológico con estos nuevos elementos el derecho a un ambiente sano comenzó a ser esbozado en distintas manifestaciones sociales, tanto ciudadanas políticas, como académicas e incluso jurídicas (Pinto & Andino, 2008).

Desde la doctrina jurídica, tempranamente Cano (1974) propiciaba “el reconocimiento o legitimación de la calidad de obrar, esto es del derecho de accionar judicial o administrativamente a entidades cívicas o a cualquiera del pueblo, en interés de la protección ambiental”, lo que “parece ser un instrumento indispensable para contribuir a la efectiva aplicación de la legislación ambiental. El tema ... se centra alrededor de la naturaleza del derecho o interés legítimo lesionado que permita accionar en justicia”; “En mi opinión –de *lege ferenda*– los siguientes deberían ser algunos de los principios del derecho ambiental interno: ... e) para reconocer título para mover acción protectora o resarcitoria de los derechos

ambientales, no debería ser requerida la prueba de una lesión individualmente sufrida o esperada, debiendo bastar la del daño objetivo al entorno como bien de disfrute colectivo”.

Sin embargo, correspondió a la justicia brindar efectividad real a tal prerrogativa que no era contemplada expresa o claramente en el ordenamiento legal. Fue la temprana evolución de los pronunciamientos judiciales los que tutelaron inicialmente el derecho a un ambiente sano en el marco de los hoy consolidados principios de prevención y precaución, como se detalla en las siguientes secciones de este trabajo.

El derecho al ambiente en la incipiente jurisprudencia de la década de 1980

Durante la década de 1980 la jurisprudencia que comenzó a reconocer la existencia de un derecho tutelable en materia ambiental fue surgiendo paulatinamente. En este desarrollo, se produjeron algunos antecedentes donde se reconoció legitimación para reclamar, aunque a veces sin una resolución definitiva favorable a tal pretensión. Aún así, y desde la perspectiva evolutiva que interesa resaltar, es decir, el progresivo reconocimiento de un derecho tutelable en materia ambiental, todos ellos importaron aportes significativos a la cuestión.

Así, por ejemplo, en el caso “Quesada Ricardo c/Municipalidad de Buenos Aires”, aunque la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil (1980) revocaría luego la decisión por entender que no existía en el caso frustración de un derecho de rango constitucional, el fallo de primera instancia reconoció legitimación a un ciudadano para cuestionar una tala arbórea en una Plaza pública bajo el argumento que afectaba el derecho a “vivir en una ciudad habitable, oxigenada”, prohibiéndose al municipio continuar con tal actividad. El fundamento del juzgador se apoyó en lo dispuesto por los artículos 33 y 28 de la Constitución Nacional, entendiendo que todo ciudadano está facultado para ejercer acciones implícitas en la soberanía del pueblo.

Sin embargo, parafraseando a Cano (1983), el verdadero hito en la historia del Derecho Ambiental argentino resultó el pronunciamiento del Juzgado nº 2 de Primera Instancia Federal Contencioso-administrativo (1983) en la causa "Kattan, A. E. Y ot c. Gobierno Nacional (Poder Ejecutivo)", donde -ante un reclamo realizado por un ciudadano que cuestionaba una autorización gubernamental para la caza de 14 toninas overas sin estudios del impacto de tal práctica- el juez Oscar Garzón Funes anuló las autorizaciones de pescas otorgadas. En sus consideraciones, el juzgador entiende que "la legislación tiene previsto el caso y, en todo caso, considero que debe reconocerse a los actores el derecho a accionar como uno de los derechos implícitos que prevé el art. 33 de la Constitución Nacional" (considerando 6); para reafirmar luego "considero que el derecho de todo habitante a que no modifiquen su hábitat constituye -ya lo adelanté- un derecho subjetivo. En efecto, la destrucción, modificación o alteración de un ecosistema interesa a cada individuo; defender su hábitat constituye -a mi modo de ver- una necesidad o conveniencia de quién sufre el menoscabo, con independencia de que otros miembros de la comunidad no lo comprendan así y soporten los perjuicios sin intentar defensas. Si se altera el aire que se respira, el agua que se bebe o la comida que se ingiere, el afectado directo es cada uno de los potenciales perjudicados. Si la biosfera se modifica, cada persona verá alterada su forma de vivir, su existencia estará amenazada o reducida; no se trata de necesidades o conveniencias públicas, se trata de cada vida afectada y de quienes dependen de esta persona" (considerando 18).

Posteriormente, en dos análogos pronunciamientos del Juzgado Federal en lo Contencioso-administrativo de la Capital Federal (1983 y 1985) en las causas "Kattan, Alberto E. c/ Estado Nacional (Secretaría de Agricultura y Ganadería) s/venta de agroquímico 2.4.5-T" y "Kattan, Alberto E. c/ Comité Federal de Radiodifusión s/revocación de autorización a la publicidad del tabaco", se entendió que "este delicado tema debe

decidirse a la luz de lo que norma el artículo 33 de la Constitución Nacional en cuanto dispone que las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Ley Fundamental, no será entendido como negación de otros derechos y garantías no enumerados, pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno. Esta norma recuerda un principio fundamental, cual es aquel que advierte que el pueblo es soberano; de allí que no pueda negársele el derecho a accionar y defender las condiciones de vida, cuando éstas se ven amenazadas por hechos que puedan poner en peligro a la salud de las personas o al ambiente en que se desempeñan. El sólo peligro o posibilidad de que se desencadenen procesos de adquisición de enfermedades que disminuyan la plenitud de la salud, habilita la legitimatio ad causam activa a favor de cualquier habitante del entorno ambiental, alcanzado por los efectos de un producto que circula libremente en el comercio. Es aquí indispensable poner en claro que el actor no acciona aquí como un mero administrado o ciudadano, sino como titular de derechos humanos que son inherentes a su condición de tal, y que no han sido delegados a quienes los deban representar en las funciones de gobierno; de modo tal que no pueda argumentarse contra su legitimación lo que dispone el art. 22 de la Constitución Nacional, en cuanto establece que el pueblo no delibera ni gobierna sino por medio de sus representantes". A partir de este razonamiento el juzgador hizo lugar a la precautoria solicitada.

En "Morales, Víctor H. Y Rinaldi J.J. c/ Provincia de Mendoza p/Acción de Amparo", el 4º Juzgado Civil, Comercial y Minas de Mendoza (1986) se sostuvo que "el derecho a vivir en un ambiente sano y equilibrado es un atributo fundamental de los individuos. Toda agresión al medio ambiente se traduce, a la postre, en una amenaza a la vida misma, a la integridad psicofísica del hombre que se sustenta en el equilibrio ecológico, atributos aquellos integrativos del orden jurídico fundamental que contiene una enumeración no clausa de los derechos personalísimos (art. 33 de la CN). ... El decreto impugnado por los accionistas ordena el levantamiento de la

veda deportiva en la Laguna de Llanquanelo sin el previo e indispensable estudio acerca del impacto ambiental, según se verá más adelante. Tal medida nos coloca –a juzgar por la prueba rendida y que más adelante se analizará– frente a la probabilidad cierta de la degradación del entorno y del empobrecimiento de los recursos naturales. Esto compromete consecuentemente en forma directa la calidad de la vida de los habitantes. Desde esta óptica, la tutela del ambiente coincide con la protección al equilibrio psicofísico del hombre y, como tal debe considerarse garantizada constitucionalmente (art. 33 de la CN)”.

En “Bustos, Miguel c/Dirección de Fabricas Militares” (1986), el Juzgado Federal nº 2 de La Plata (1986) afirmó que “Es evidente que el daño ecológico tiene sanción legal en el derecho positivo, porque perjudica irritantemente la vida, la salud y la integridad psicofísica de quienes, por obligada proximidad, reciben alguna sustancia contaminante. Esos derechos fundamentales tienen raíz constitucional en el art. 33 de la Ley Fundamental, y en segundo orden de prelación (art. 31) en el Pacto de San José de Costa Rica o Convención Americana de Derechos Humanos (art. 4 inc. 1; 5 inc. 1 y 27 inc. 2)”.

Otro destacable caso resultó “Unión Comercial e Industrial de Mendoza p/ Acción de Amparo”, donde el 14º Juzgado Civil, Comercial y Minas de Mendoza (1988) entendió que el derecho que se decía violado en el caso era “el derecho a la preservación del medio ambiente, con agravio al sistema de tránsito urbano, y daño a los valores paisajísticos, culturales y ecológicos, que se encuentran implícitamente reconocidos por los arts. 33 de la Constitución Nacional y 47 de la Constitución de la Provincia de Mendoza”. A pesar de conceder por ello legitimidad para accionar, en la causa el sentenciante desestimó la acción en lo sustancial por no acreditarse la lesión a los valores ambientales que se invocaban.

Intertanto causaba su impacto en los sistemas legislativos, esta línea jurisprudencial fue engrosándose con numerosos precedentes que sabían ver la existencia de un derecho

al ambiente como una prerrogativa innata de los seres humanos, y por ello implícita en la soberanía popular. Claro está que junto a esta evolución jurisprudencial la doctrina no permaneció inmune, sino que acompañó este progreso ya sea cuestionando o aplaudiendo la pretoriana labor judicial.

La discusión doctrinal sobre el derecho al ambiente

Con el advenimiento de la preocupación ambiental generalizada y las primeras decisiones judiciales en la materia, a partir de la década de 1980 la discusión doctrinaria en relación a la existencia de un derecho al ambiente se presentó desde una variable eminentemente práctica, como es la propia del proceso judicial de tutela.

El quid de las distintas posturas radicaban en el alcance o naturaleza de la relación entre el hombre y el ambiente, ya que si la misma constituía un derecho subjetivo resultaría merecedora de tutela judicial, mientras que si era un mero interés de hecho –o incluso un interés legítimo en ciertos ordenamientos– carecería de acción, es decir, del poder jurídico de obtener una sentencia de un órgano jurisdiccional respecto a un derecho que se considera vulnerado. En base a esas distintas perspectivas parte de la doctrina sostenía la existencia de una prerrogativa jurídicamente tutelable, mientras que otra vertiente de pensamiento sostenía –al menos inicialmente– que la aspiración a la protección ambiental era un mero interés simple.

Los primeros sostenedores de la legitimación para proteger el equilibrio ecosistémico argumentaban que el derecho de todo habitante a defender su medio ambiente es un derecho natural humano, protegido por la Constitución, y por ello quien acciona en justicia por este derecho no lo hace como un “administrado” que observa el incumplimiento del derecho objetivo por parte de la Administración, sino como ser titular de derechos humanos naturales. En estos casos no hay ausencia de lesión directa a un interés o derecho, sino que esa lesión no es mensurable económicamente, pero sí ecológicamente, siendo la salud y a

la vida afectadas un derecho subjetivo tan digno de protección jurídica como los bienes patrimoniales (Cano, 1983).

Por su parte, entre quienes se oponían a reconocer legitimación para accionar jurisdiccionalmente a cualquier persona con motivo de necesidades de preservación ambiental, Marienhoff (1983, 1986, 1993) entendía que en tales caso sólo existía un interés simple que habilitaba a la reclamación administrativa. En su concepción, consideraba que "se ha querido considerar también al "interés difuso" como una diferenciada prerrogativa jurídica del individuo, entendiendo por tal al interés que no pertenece a personas determinadas, ni a grupos determinados de personas, sino a toda la sociedad, vale decir perteneciente al pueblo todo. De modo que, en definitiva, quien asuma la defensa de un supuesto "interés difuso" se estaría arrogando la tutela de una derecho perteneciente al "pueblo". Por regla general, las referencias a los intereses difusos aparecen cuando se habla del medio ambiente y su defensa. Pero en nuestro derecho el interés difuso no constituye una categoría jurídica específica. Debe considerárselo subsumido en la noción de "interés simple", recibiendo el tratamiento jurídico atinente a éste".

En este concepto, Marienhoff argumentaba que los intereses simples o de hecho –en los que incluía al interés por el ambiente adecuado– sólo podían ser defendidos judicialmente por el mismo Estado, negando que algún individuo pudiera arrogarse representación para la defensa de algo que era de todo el pueblo sin contravenir el principio de gobierno representativo que impone el art. 22 de la Constitución Nacional.

También se escucharon otras voces destacada, como es la opinión de Mairal (1984), quien comentando la controversia doctrinaria entre Cano y Marienhoff con motivo del asunto de las toninas observó cómo los juristas argentinos se apoyan en un concepto restrictivos de derecho subjetivo que responde a las teorías europeas a pesar de que el sistema constitucional y legal argentino responde a la tradición y derecho norteamericana, donde el derecho subjetivo

ha evolucionado jurisprudencialmente a un concepto comprendedor del interés legítimo a los fines de la legitimación. "La propuesta de ampliar la noción de derecho subjetivo es viable con nuestra Constitución y nuestras leyes: ni aquella ni éstas definen al derecho subjetivo a los efectos de la legitimación. Se trata, en definitiva, de optar entre una concepción estrecha, propia de sistemas jurídicos sustancialmente diferentes del nuestro, o una concepción más compatible con nuestro régimen constitucional que, además, satisface los valores que la comunidad mayoritariamente comparte"

La conceptualización de los derechos de incidencia colectiva

En el desarrollo de la controversia doctrinal referida, la original trilogía de Jellinek –elaborada bajo un pensamiento jurídico individualista en base al derecho subjetivo, al interés legítimo y al interés de hecho o simple– presentó alguna flaqueza que exigió su complementación con una cuarta categoría: la de los "intereses difusos", también llamados derechos públicos subjetivos, derechos de incidencia colectiva, etc. (Borassi, 1995; Rodríguez Salas, 1998; Caferatta, 2006).

Esta nueva categoría de conocimiento científico del derecho vino a explicar que hay algunos intereses que no son de un sujeto determinado sino que corresponden en su titularidad a todos y cada uno de los individuos que se encuentran en determinada situación, pero sin constituir una simple adición de prerrogativas individuales; se los señaló como "aquellos que pertenecen idénticamente a una pluralidad de sujetos, en cuanto integrantes de grupos, clases sociales o categorías de personas, ligadas en virtud de la pretensión de goce por parte de cada uno de ellos, de una misma prerrogativa. De forma tal que la satisfacción del fragmento o porción de interés que atañe a cada individuo se extiende por naturaleza a todos; del mismo modo que la lesión a cada uno afecta, simultánea y globalmente a los intereses de los integrantes del conjunto comunitario" (Flah & Smayevisky, 1993).

Estos intereses son "aquellos que no son ya sólo de uno o varios, sino, mejor, de todos los que conviven en un medio determinado y cuya suerte en lo que concierne al enrarecimiento, destrucción, degradación, vaciamiento o consumo sin reposición, angustia al conjunto en lo inmediato y en el porvenir vital de cada uno, sobremanera el de las próximas generaciones. Enmarca, por consiguiente, verdaderos y perentorios intereses de la sociedad" (Morello, 1978), y por ello pertenecen a una serie no precisada de personas, o de muy difícil o imposible determinación y que, además, no se hallan necesariamente unidas por un vínculo jurídico previo concertado (Morello *et al.*, 1982).

Claro que la tutela de estas prerrogativas fue conceptualmente resistida en un inicio por civilistas cultores del derecho subjetivo como presupuesto de toda acción jurisdiccional, y por administrativistas propiciadores de la trilogía de Jellinek, que veían con desconfianza el reconocimiento de los intereses difusos dentro de una nueva dimensión de democracia participativa.

Pero tal denominación como "difuso" no apuntaba a que el interés en sí mismo era indeterminado. La doctrina precisó que lo "difuso" de estos intereses no implicaba que los mismos resultaran algo evanescente, volátil o etéreo, es decir, no implicaban un interés sin peso o entidad real, y por ello sin atención jurídica en cuanto a su tutela, aspecto en nuestra opinión trascendente si conceptualizamos al derecho subjetivo en relación a un interés jurídicamente protegido y al poder que el derecho otorga a los individuos para satisfacer dicho interés.

Por el contrario, tales intereses resultan "difusos" en el sentido etimológico del término, lo que importa un interés "Ancho, dilatado" (RAE, 2001) en cuanto a su extensión subjetiva. Como explica en este sentido Rosatti (2004), de acuerdo a esta concepción (difuso como dilatado) "un interés difuso sería una pretensión colectiva o supraindividual" consistente en un verdadero derecho del conjunto de individuos, y no una mera aspiración o pretensión de bajo tenor.

Con esto, la pretensión ambiental como interés difuso fue sostenida progresivamente por la generalidad de la doctrina –con su correlato jurisprudencial, como hemos visto– como una verdadera prerrogativa exigible por todas las personas que pueden ser afectadas por una afección al entorno (Morello *et al.*, 1982; Greco, 1984; Cano, 1979), con lo que su jerarquización como derecho tutelable se consolidó y adquirió claridad conceptual, expandiendo la legitimación para su protección jurisdiccional como una consecuencia lógica.

En esta línea, las Novenas Jornadas Nacionales de Derecho Civil, celebradas en Mar del Plata entre el 10 y 13 de noviembre de 1983, resolvieron que el derecho a la preservación ambiental era una de las garantías implícitas en el artículo 33 de la Constitución Nacional, y recomendaron legitimación para hacerlas efectivas a cada uno de los miembros de la comunidad (Carranza, 1984).

Posiblemente el trasfondo de esta evolución se refleja en las palabras de Dromi (1994): "La concepción puramente formalista ha pluralizado las situaciones subjetivas. Ha hecho de las libertades varios derechos subjetivos, fuertes y débiles y hasta les ha dado distintos nombres: derecho subjetivo propiamente dicho, interés legítimo general, interés legítimo especial, interés simple, interés difuso. Tales categorías jurídicas de situaciones subjetivas, que fraccionan la libertad pública en diversos modelos jurídicos operativos (de más a menos o de menos a nada) según la pretensión y el alcance de lo reclamable, nacen de una interpretación restrictiva que hace primar erróneamente la voluntad del legislador, quién ha inventado las categorías jurídicas de derecho subjetivo, intereses legítimo, simple y difuso, por encima de la voluntad primaria del constituyente que ha instituido las categorías políticas: libertades públicas. Pretendemos que el derecho subjetivo sea todo y siempre. Pretendemos un Estado de derecho que consagre libertades públicas y que afiance con seguridad y celeridad su tutela por medios procesales idóneos para traducir en la realidad concreta la fuerza

potencial inmanente del individuo, que para la política se llama libertas, y para el derecho, derecho subjetivo”.

La Reforma Constitucional de 1994 –como consolidación positiva expresa del derecho al ambiente–, al igual que la evolución del constitucionalismo y derecho provincial, dará fin a cualquier cuestionamiento doctrinario sobre la existencia de la prerrogativa de toda persona a un ambiente sano y equilibrado.

Su primera evolución en el constitucionalismo y derecho público provincial

La delimitación que la doctrina y la jurisprudencia concretaban en relación al derecho que al ambiente repercutió en el sistema normativo provincial que regulaba el acceso a la jurisdicción para tutelar los intereses ambientales, tanto a nivel legal como constitucional.

Con jerarquía legal, la Provincia de Santa Fe dictó en 1986 la Ley 10000, en la que se regulaba una acción judicial contra cualquier decisión, acto u omisión de una autoridad administrativa provincial, municipal o comunal o de entidades o personas privadas en ejercicio de funciones públicas, que, violando disposiciones del orden administrativo local, lesionaran intereses simples o difusos de los habitantes de la Provincia en la tutela de la salud pública, en la conservación de la fauna, de la flora y del paisaje, en la protección del medio ambiente, en la preservación del patrimonio histórico, cultural y artístico, en la correcta comercialización de mercaderías a la población y, en general, en la defensa de valores similares de la comunidad.

Si bien esta norma no reconoce en forma expresa el derecho al ambiente, regula un instituto de protección que sólo puede entenderse en el marco del reconocimiento de tal derecho. Posteriormente, en Santa Fe en 1999, por Ley 11717 refiere expresamente a un derecho irrenunciable de toda persona a gozar de un ambiente saludable, ecológicamente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida y la dignidad del ser humano (art. 1 inc. b).

La legislación de la Provincia de San Juan en 1990 estableció por Ley 6006 un procedimiento judicial para la protección de los intereses difusos y derechos colectivos, considerando entre las situaciones tutelables mediante acciones de protección o reparación en especie al medio ambiente, a la conservación del equilibrio ecológico, los valores estéticos, históricos, urbanísticos, artísticos, arquitectónicos, arqueológicos y paisajísticos (art. 1 inc. 1).

La Provincia de Mendoza en 1992 dictó la ley 5961, donde se reconoció a todo habitante un derecho a gozar de un ambiente sano y ecológicamente equilibrado (art. 5 inc. d), estableciéndose en su Título IV un procedimiento para la defensa jurisdiccional del ambiente.

La ley 1352 de la provincia de La Pampa (14/ 11/ 1991) regula un procedimiento de Amparo para la protección de los intereses difusos o derechos colectivos, fijando una legitimación amplia en materia ambiental que abarca incluso a todo particular que accione en nombre de un interés colectivo (art. 7).

La ley 2.779 de la provincia de Río Negro (23/ 05/ 1994) regula el procedimiento para el ejercicio del amparo para la protección de los intereses difusos y/o derechos colectivos. Esta ley contiene disposiciones similares a las de la ley de la Provincia de La Pampa, por lo que se hace extensible al caso lo señalado para aquella.

El reconocimiento constitucional en los Estados provinciales del derecho en análisis comenzó en 1986. Ese año las provincias de San Juan (art. 58), Jujuy (art. 22 y 43.3), La Rioja (art. 66) y Salta (art. 30) modificaron sus cartas magnas en reconocimiento del derecho al ambiente. En 1986 también modificaron su carta la Provincia de Santiago del Estero (art. 30), aunque su texto fue más tibio que el de las restantes, contemplando únicamente un deber general en relación al ambiente.

En 1987 siguieron esta tendencia Córdoba (art. 66) y San Luis (art. 47); en 1988 Río Negro (Art. 84); en 1990 Tucumán (art. 41);

en 1991 Tierra del Fuego (art. 25) y Formosa (art. 38).

En el contexto ideológico-jurídico que potenció la reforma de la Constitución argentina que analizaremos infra, luego de la Convención Constituyente nacional de 1994, el derecho al ambiente se contempló en las Constituciones provinciales de Chaco (1994), Chubut (1994), La Pampa (1994), Buenos Aires (1994), Ciudad Autónoma de Buenos Aires (1996), Santa Cruz (1998), Corrientes (2001/2007) y Neuquén (2006).

Su reconocimiento constitucional expreso con alcance nacional (art. 41 y 43 CN)

La Constitución argentina sancionada en 1853 no contemplaba explícitamente el derecho al ambiente, aunque –como se ha reseñado– la jurisprudencia y doctrina supo encontrar tal prerrogativa implícita dentro de los llamados derechos no enumerados.

En 1993, la Ley nacional 24309 declaró la necesidad de reforma constitucional, dando formal inicio a dicho proceso, y delimitó las atribuciones que ostentaría la Convención Constituyente. En este sentido, y asumiendo las exigencias que en materia ambiental había tenido que consumir la jurisprudencia y doctrina antes analizada, habilitó a dicha Convención a debatir y resolver sobre preservación del medio ambiente (art. 3).

La Convención Constituyente discutió diversos proyectos fundados en un despacho por la mayoría y en diversos despachos minoritarios. A pesar de estas divergencias, en todos los casos los despachos coincidían en sus respectivas propuestas de redacción en el texto del futuro artículo en lo que hace al reconocimiento del derecho al ambiente (Convención Nacional Constituyente, 1994a). A pesar de dicha coincidencia, otros aspectos del articulado que delimitaban la conformación de tal derecho no resultaron tan pacíficos, como puede apreciarse de las posiciones y expresiones que los convencionales realizaron a lo largo del debate.

Así, por ejemplo, las ideologías que presentaban una visión crítica del antropocentrismo y las de mayor compromiso

con la solidaridad ambiental propiciaban un papel garante del Estado en el aseguramiento del derecho al ambiente. En este sentido, el cuarto despacho por la minoría –presentado por Schroeder y otros–, aunque mantenía la generalidad del texto propuesto por la mayoría en los restantes aspectos proyectados en la materia, pretendía que el Estado, más que “proveer” (como establece el texto propuesto por la mayoría y finalmente sancionado), “garantice” la utilización racional de los recursos naturales, la educación ambiental, la protección de las especies que configuran la flora y fauna silvestres contra los métodos que lleven a su depredación, el patrimonio natural y cultural, la diversidad genética, precautelando el interés nacional y el derecho a obtener y recibir información adecuada.

Al fundar esta postura, el Convencional Schroeder introdujo reflexiones sobre la necesidad de asociar la libertad a una responsabilidad social para corregir el despropósito de la Humanidad, lo que exigía reemplazar la visión del “desarrollo humano” por la del “desarrollo sustentable” en cuanto el eje ecosistémico no es el hombre. Con esta base de pensamiento, sostendrá que el Estado no debe proveer sino garantizar lo ambiental, ya que proveer no es asegurar a los ciudadanos el ejercicio del derecho, sino sólo tomar acciones que no son definitivas (Convención Nacional Constituyente, 1994a). Esta postura será reafirmada luego por otros convencionales como Cafiero, Barcesat, Martínez Llano y el mismo Schroeder (Convención Nacional Constituyente, 1994b), los que pondrán énfasis en que proveer limita la actividad estatal a disponer los medios para satisfacer lo que se procura, pero no asegura un resultado tutelar.

Como contraparte, las posturas que colocaban al hombre como elemento base de la discusión, o aquellas con ideales liberales que imponían un límite al papel intervencionista estatal, no sólo brindaron una visión filosófica distinta, sino que consecuentes con esta visión impulsaron un derecho al ambiente encauzado en límites regulables legalmente –como ocurre con la

obligación de recomponer el daño ambiental "según lo establezca la ley" que adoptó el texto sancionado- y donde al Estado corresponde una obligación de medios en cuanto "provee" a la protección de este derecho.

En estas últimas posturas, destaca la Convencional Roulet, que al fundamentar la postura del despacho mayoritario, sostuvo que lo que se quiere garantizar "no es una noción que se refiere a los equilibrios naturales del ambiente intangible, aquel donde el hombre no ha tenido ninguna actividad. Significa el equilibrio de los ambientes transformados por el hombre". La Convencional Peltier, también en esta línea, sostuvo a su vez que "no se debe olvidar que la protección del ambiente no tiene por finalidad el cuidado de la naturaleza en sí mismo sino el cuidado del hombre y el afianzamiento de su dignidad, que impone la satisfacción de sus necesidades" (Convención Nacional Constituyente, 1994a).

En definitiva, el artículo 41 del texto constitucional recogió un régimen que contempla que "Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley.

Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales.

Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquellas alteren las jurisdicciones locales.

Se prohíbe el ingreso al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos, y de los radiactivos".

Junto con el reconocimiento expreso del

derecho al ambiente en el texto constitucional, el artículo 43 de la Carta Magna reafirmó la efectiva protección jurisdiccional de tal derecho, al incluir lo "relativo a los derechos que protegen al ambiente" dentro del régimen de la acción expedita y rápida de amparo para la protección de los derechos y garantías constitucionales vulnerados.

De este modo, los artículos 41 y 43 del nuevo texto de la Constitución Nacional reconocen el derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; como también el consiguiente deber de preservarlo. Así, la República Argentina se sumó a una tendencia presente en el Derecho Constitucional comparado - Constituciones de Polonia, Yugoslavia, Portugal, España, Portugal, Brasil, Colombia, Costa Rica, Chile, Ecuador, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Venezuela, Corea del Sur, Turquía, entre otros-, dando lugar a la positivización expresa de prerrogativas individuales reconocidas por el derecho a partir de la doctrina, la jurisprudencia y el orden normativo provincial.

Objeto y contenido del derecho al ambiente en Argentina

El objeto del derecho de todos los habitantes es el ambiente en los términos regulados en el artículo 41 de la Constitución Nacional. La exégesis del mismo nos permitirá establecer el contenido que corresponde a la prerrogativa ambiental que ha sido reconocida en esa norma.

Como primer aspecto a resaltar, el ambiente al que se tiene derecho no importa un ambiente prístino, propio de una noción extrema que desconozca las necesidades productivas. Claro está que la realidad ambiental argentina es muy distinta a la de esa suerte de estado de naturaleza que encontró la colonización española en el siglo XVI o incluso de aquella que se presentó antes del desarrollo de los pueblos originarios, que ha sido descrito desde el historicismo ecológico por Brailovsky & Foguelman (2002) y Brailovsky (2006).

Por el contrario, el ambiente como objeto del derecho constitucionalizado es el entorno antropizado, donde se desarrollan las "actividades productivas". En este concepto, recordamos las distintas nociones que han definido a dicho ambiente, sea enumerando aspectos antrópicos dentro de sus componentes (Cano, 1978), o vinculando como ambiente a los sistemas o elementos naturales y culturales (Moyano, 1990; Cevallos de Sisto, 1994).

La idea de un ambiente antropizado se colige con la referencia a su aptitud para el desarrollo humano. Se trata de un ambiente que se conforma así para el desarrollo integral del hombre en todas sus dimensiones (Quiroga Lavié, 1996a), en cuanto la noción de desarrollo humano ha superado a las de desarrollo económico o social; e implica crear, promover y dinamizar condiciones sociales, económicas, políticas, culturales, ambientales y jurídicas que favorezcan la capacidad de todas las personas para su desarrollo (HSN, 1995).

Este desarrollo –más que el sustrato natural– debe atender sustancialmente al individuo en su dimensión humana. Para hablar de desarrollo humano es necesario contemplarlo en sus facetas económica, social, cultural y ecológica, las cuales deben actuar de consuno para evitar distorsiones que concluyan por afectarlas a todas ellas. Cualquiera que fuesen los diagnósticos que fundamentan las propuestas de políticas económicas en pro de la sustentabilidad socio-ambiental de desarrollo, deben optar por el desarrollo humano sostenible; todo plan de desarrollo que no comience por poner en el centro de su preocupación al ser humano y la posibilidad de su desarrollo integral, carece de mayor fundamento. No se puede ignorar la íntima relación existente entre desarrollo, calidad de vida y medio ambiente (Bergel, 1992).

De ahí que el ambiente, por sí mismo, no es el objeto de protección, sino en función del desarrollo humano mediante el aprovechamiento social, cultural y productivo de los elementos naturales.

Por ello, si bien esta aptitud del ambiente constitucionalizado también incluye al

desarrollo económico, no es sólo éste el objetivo que el constituyente tuvo en vista, sino que es el hombre el objeto principal de la protección (Quiroga Lavié, 1996b). En forma coincidente con la Carta Mundial de la Naturaleza aprobada por la Asamblea de Naciones Unidas en 1982, si bien resulta ahora indispensable recordar que el hombre es parte integrante de un ecosistema, que no está fuera ni por encima sino dentro de él (Cano, 1985), y que si bien la naturaleza es un valor y el hombre debe respetarla y ayudarla, el ser humano no pierde por ello su centralidad. Toda comunidad biótica resulta valiosa, pero en la cima de esta comunidad se halla precisamente el hombre (Maddalena, 1992), tal cual reconoce el Principio 1 de la Declaración sobre Medio Ambiente y Desarrollo adoptada en la Conferencia de Río en 1992.

Pero a su vez, ese ambiente desarrollado humanamente se encuentra condicionado a un grado de intervención que no lo altere de modo tal que pierda su cualidad de sano y equilibrado, cualidades que intrínsecamente no dejan de ser humanizantes del entorno natural.

En este sentido, resalta lo expresado por la Convencional Roulet al fundar el despacho mayoritario que dio lugar al actual texto constitucional, donde refirió a la cualidad de "sano", vinculándola no sólo a la preservación de los bienes ambientales de los que depende el hombre, sino también a todos los ámbitos construidos por el hombre: "sano significa una ciudad con cloacas, con agua corriente, control del ruido y de las emanaciones, y con espacios verdes suficientes en relación al espacio construido, ... vivienda adecuada..., ámbito de trabajo adecuado..., escuelas...", etc. En relación a equilibrado sostuvo que "no es una noción que se refiere a los equilibrios naturales del ambiente intangible, aquel donde el hombre no ha tenido ninguna actividad. Significa el equilibrio de los ambientes transformados por el hombre..." (Convención Nacional Constituyente, 1994a)

Esto último, denota un marco de sustentabilidad en las actividades antrópicas a efecto de que no comprometa tales caracteres no sólo

en consideración a los actuales habitantes, sino también en relación a los potenciales o futuros. La norma constitucional es expresa en este sentido, adoptando el principio del desarrollo duradero (Valls, 1994) al establecer que el ambiente como objeto de la prerrogativa tutelada debe ser apto "para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras".

Esta perspectiva humanista del ambiente ha llevado a sostener que el derecho al ambiente contemplado en la Constitución argentina importa el derecho de usar y gozar de los bienes ambientales, aunque estos bienes son jurídicamente tutelados en cuanto requieren cualidades como sano y equilibrado. Y consiguientemente, el derecho de uso y goce es acompañado por el deber de protección como una carga pública en cabeza de todos los individuos (Casabene de Luna, 2005).

Es entonces que tal ambiente -donde los valores naturales, culturales, sociales, económicos, etc, se complementan en función de la integralidad humana-, no sólo importa un derecho al mismo sino también un deber en su preservación. Y consecuentemente con esta obligación el daño ambiental según el texto constitucional genera la obligación prioritaria de recomponer, de volver las cosas al *status quo ante*.

La naturaleza colectiva del derecho al ambiente en el régimen argentino

El derecho al ambiente que reconoce la Constitución argentina ha sido identificado dentro de los derechos humanos de tercera categoría, siendo consecuentemente un derecho subjetivo, aunque su naturaleza presenta además un alcance colectivo.

Así, este derecho presenta en su naturaleza una doble faceta, donde convive lo individual con lo colectivo, lo que repercutirá necesariamente en los mecanismos de legitimación a través de los cuales el orden jurídico efectiviza a cada uno su derecho subjetivo al ambiente.

La protección jurisdiccional que otorgó expresamente el artículo 43 de la Constitución

Nacional de 1994, además de legitimar en el primer párrafo a toda persona que vea afectado su derecho subjetivo al ambiente reconocido constitucionalmente, reguló en el segundo párrafo el derecho al ambiente como "derecho de incidencia colectiva", legitimando a los efectos de su protección al afectado, al defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines.

Este doble régimen fue considerado claramente por Bustamante Alsina (1995), quien observó inicialmente que cuando se ve turbado el derecho subjetivo de cada persona que reconoce el art. 41 CN la legitimación corresponderá en el marco del amparo común que regula el primer párrafo del art. 43 CN; y sólo cuando sea afectado un valor colectivo que no implique un derecho individual sino un derecho supraindividual de incidencia colectiva -es decir, los llamados intereses difusos- cualquier persona que acredite un interés razonable y suficiente en lo colectivo podrá ser legitimada en los términos del segundo párrafo del art. 43 CN.

Cabe resaltar así que el afectado legitimado para accionar por derechos de incidencia colectiva no es entonces quien ostenta un interés personal y directo en la cuestión, sino cada uno de los individuos que -junto a otros interesados que conforman el círculo de afectados titulares de la acción- presenta un interés colectivo -aún cuando sea indirecto o reflejo- con respecto al acto u omisión lesivo del ambiente (Gozaíni, 1996; García Pullé, 2002; Bidart Campos, 2004). Este tema lleva a la estructura de los derechos subjetivos y del Estado que -como se refiere supra- ha debido amoldarse a las nuevas exigencias que los valores sociales y solidarios han impuesto al derecho.

Así, y debido a esa doble naturaleza del derecho al ambiente, el amparo ambiental resultó habilitado desde dos vertientes complementarias: a "todos los habitantes" -según rezaba el art. 41 CN al reconocer este derecho como prerrogativa personal y directa- en el marco del primer párrafo del art. 43 CN; y cuando no existan intereses personales y directos en juego a "el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que

propendan a esos fines” en los términos del segundo párrafo del art. 43 de dicha carta.

La Ley 25675, al regular la acción por daño ambiental, ha reconocido esta doble naturaleza, ya que además de los legitimados del art. 43 CN (ampliando la legitimación anómala del defensor del Pueblo a otras autoridades), legitima a la persona directamente damnificada por el hecho dañoso.

De esta forma, el régimen constitucional superó las formalistas posturas doctrinarias que restringían el acceso a la jurisdicción por temas colectivos y no sólo brindó tutela procesal a las situaciones individuales, sino que además amparó a las situaciones supraindividuales o colectivas mediante una técnica mixta que consiste por una parte en apoderar a determinadas instancias y asociaciones de representación colectiva de los intereses afectados, y por otra de legitimar individualmente a todos y cada uno de los afectados.

La naturaleza colectiva del derecho al ambiente y su desarrollo jurisprudencial

La configuración del derecho al ambiente como derecho de incidencia colectiva, trae consigo ciertas particularidades que inciden sustancialmente en su alcance y configuración práctica, con exigencias mayores a la mera legitimación ampliada que dispuso el texto constitucional. Conlleva mecanismos procesales que reestructuran los clásicos procesos de tutela que –además de la legitimación– implican cambios sustanciales en materia probatoria, en el rol judicial, e incluso en el alcance de las sentencias.

Gran parte de estos mecanismos, hoy han sido incorporados al derecho vigente. Aunque otros han sido inducidos y subsisten en base a una pretoriana labor jurisprudencial que acomodó las características de los procesos de tutela a la naturaleza colectiva del derecho al ambiente, adoptando mecanismos que recién fueron incorporados en el derecho positivo, en algunos casos, con la Ley 25675 de 2002.

Una de las manifestaciones de ese proceso es el principio precautorio, y su impacto en la acreditación de los hechos. De acuerdo a tal máxima, cuando haya peligro de daño grave o irreversible la ausencia de información o certeza científica no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces, en función de los costos, para impedir la degradación del medio ambiente. Mucho antes de que tal principio fuera incorporado en el art. 4 de la Ley 25675, la jurisprudencia aplicó su concepto: en el citado caso “Kattan” (1983), se consideró que era “[...] irrelevante que la actora haya probado -o no- que la caza de 14 delfines resulte depredatoria o altere el hábitat”, anulándose autorizaciones adoptadas sin estudios previos adecuados. Este criterio judicial, se replicó sistemáticamente hasta que fue explicitado en el derecho positivo.

Otra manifestación de este proceso consistió en la flexibilización del principio de congruencia, también por obra de la jurisprudencia, la que entendió que podían disponerse medidas de evitación del daño ambiental independientemente de que ello sea solicitado. Resaltan en esta línea diversos precedentes de la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata (1988), Cámara 1º de Apelaciones en lo Civil y Comercial de La Plata, (1992 y 1995), Cámara Federal de San Martín (1997) y Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires (1998). El derecho positivo trató de receptar esta tendencia en el art. 32 de la Ley 25675, aunque ello no tomó vigencia al ser vetado por el Decreto 2413/02; aunque su aplicación ha sido continuada por la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires (2010) incluso a pesar de dicho veto.

Otra variante del proceso refiere al efecto de la sentencia con alcance *erga omnes*. La Cámara 1a de Apelaciones en lo Civil y Comercial de La Plata (1994) fue la primera en entender que frente a pretensiones referidas a daños ambientales la sentencia debe dictarse con efectos “*erga omnes*”. Luego, esta característica expansiva de las sentencias ambientales se ha reflejado expresamente en el art. 33 de la Ley 25675, reforzado con la doctrina de la Corte

Suprema de Justicia de la Nación (2009) que diferenció dogmáticamente los distintos tipos de derecho de incidencia colectiva, y sostuvo que en tales supuesto el efecto de la sentencia se manifiesta erga omnes.

Estos casos de activismo judicial, que interpretando el sistema jurídico proporcionan soluciones que se adelantan a la norma, muestra que el Poder Judicial actúa en base a principios que contextualizan a las normas, generando un modelo de Estado de Derecho configurado bajo una perspectiva que, al decir de Dworkin (2012), se centra más en la consideración de los derechos que en la de los reglamentos, poniéndose por eje la consecución de la justicia sustantiva sobre la formalidad legal.

CONCLUSIONES

El derecho al ambiente es un derecho humano que en Argentina presenta recepción constitucional expresa desde 1994 como una prerrogativa cuyo objeto y contenido importa un ambiente antropizado, cualificado como sano y equilibrado, y cuya finalidad es el desarrollo sustentable del hombre. Con anterioridad, fue reconocido por la doctrina y jurisprudencia como una prerrogativa implícita de todo habitante que, proveniente de la soberanía popular y la forma republicana –democrática– de gobierno, era merecedora de tutela jurisdiccional.

Además del reconocimiento expreso por parte de la Carta Magna nacional, el derecho provincial que caracteriza al régimen federal argentino resguardó la prerrogativa ambiental como un derecho subjetivo tutelable.

La naturaleza de tal derecho que surge de la regulación constitucional importa una doble faceta. La primera de ellas –con sustento en los arts. 41 y primer párrafo del 43 CN– consiste en una configuración de corte individual; mientras la segunda, de tinte colectivo, ha sido contemplada por el segundo párrafo del art. 43 CN para situaciones supraindividuales donde –obviamente– los intereses pueden no ser personales ni directos.

La anticipación judicial que inició un proceso hacia la constitucionalización explícita del derecho al ambiente no concluyó allí, sino que la praxis jurisprudencial continuó generando bases para una posterior regulación legal, con incidencia en la valoración precautoria de la prueba, el alcance *erga omnes* de las decisiones y la flexibilización del principio de congruencia.

La influencia del activismo judicial en la configuración de dicha prerrogativa permite comprobar casuísticamente la existencia de un Estado de Derecho construido en base a una consideración de los derechos por sobre las normas, donde los decisores adoptan un posicionamiento desde los principios ambientales en la interpretación normativa.

Las implicancias de este proceso son notorias, no sólo por su mero impacto en las manifestaciones del derecho positivo, dando lugar a una alternativa frente a incumplimientos legales que en el pasado no podían ser cuestionados por los propios afectados, potenciándose así la eficacia de la normativa que las políticas públicas y la ciudadanía toda debe cumplir en temas ambientales. Sino especialmente por el alcance evolutivo que dicho derecho ha adquirido en una constante redefinición judicial, donde tal prerrogativa ha sido conceptualizada como un elemento esencial del ser humano, de corte colectivo, con mecanismos de tutela diferenciales frente a los cánones tradicionales que deben resultar eficaces más allá de las previsiones y limitaciones explícitas en el régimen vigente.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- 14° Juzgado Civil, Comercial y Minas de Mendoza. 1988. Causa Unión Comercial e Industrial de Mendoza p/Acción de Amparo, sentencia del 2 de mayo de 1988
- 4° Juzgado Civil, Comercial y Minas de Mendoza. 1986. Causa Morales, Víctor H. Y Rinaldi J.J. c/Provincia de Mendoza p/Acción de Amparo, sentencia del 2 de octubre de 1986
- Alberdi JB. 1837. *Fragmento Preliminar al Estudio del Derecho*. Imprenta de la Libertad, reimpresión 1955 (Librería Hachette), Buenos Aires, Argentina: 266 p
- Amaya Navas OD. 2003. La naturaleza jurídica del derecho a gozar de un ambiente sano en el derecho constitucional comparado. En: "*Lecturas sobre Derecho del Medio Ambiente*". Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia: IV: 11-52
- Bec E. 1995. El sistema legal argentino en materia de protección ambiental. *La Ley*. 1995-B: 1387-1395
- Bergel SD. 1992. Desarrollo sustentable y medio ambiente: la perspectiva latinoamericana. *Revista del Derecho Industrial*. 41: 303-344
- Bidart Campos GJ. 2004. La legitimación del afectado en materia de Derecho Ambiental. *La Ley*. 2004-D: 787-799
- Botassi CA. 1995. La defensa judicial del medio ambiente. *La Ley*, Buenos Aires. 1995: 935-955
- Brailovsky A & Foguelman D. 2002. *Memoria verde. Historia ecológica de la Argentina*. Sudamericana, Buenos Aires, Argentina: 384 p
- Brailovsky A. 2006. *Historia ecológica de Iberoamérica*. Capital Intelectual, Buenos Aires, Argentina: 240 p
- Bustamante Alsina J. 1995. *Derecho Ambiental. Fundamentación y normativa*. Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina: 316 p
- Cafferatta NA. 2006. Los derechos de incidencia colectiva. *La Ley*. 2006-A: 1196-1210
- Cámara 1a de Apelaciones en lo Civil y Comercial de La Plata. 1994. Causa Sagarduy, Alberto, pronunciamiento del 15/11/1994
- Cámara 1º de Apelaciones en lo Civil y Comercial de La Plata. 1992. Causa Almada, Hugo N. c. Copetro S. A. y otro; Irazu, Margarita c. Copetro S. A. y otro; Klaus, Juan J. c. Copetro S. A. y otro, auto interlocutorio del 22 de diciembre de 1992
- Cámara 1º de Apelaciones en lo Civil y Comercial de La Plata. 1995. Causa Almada, Hugo N. c. Copetro S. A. y otro; Irazu, Margarita c. Copetro S. A. y otro; Klaus, Juan J. c. Copetro S. A. y otro, sentencia del 09/ de febrero de 1995

- Cámara Federal de Apelaciones de La Plata. 1988. Causa Giménez, Domingo y otra c. Estado nacional -Ejército Argentino, pronunciamiento del 08 de agosto de 1988
- Cámara Federal de San Martín. 1997. Causa Meza, José Luis y Correa de Meza, Ramona c/ C.E.A.M.S.E. s/Daños y perjuicios, pronunciamiento del 16/ de diciembre de 1997
- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil. 1980. Causa Quesada Ricardo c/Municipalidad de Buenos Aires, sentencia del 22 de agosto de 1980
- Cano G. 1974. Introducción al Derecho y Administración Ambientales Argentinos. *La Ley*. 154: 914-930
- Cano G. 1978. *Derecho, Política y Administración Ambientales*. Depalma, Buenos Aires, Argentina: 352 p
- Cano G. 1979. El orden público ambiental. *La Ley*. 1979-A: 224-232
- Cano G. 1985. Política Ambiental y de los Recursos Naturales. *Revista Ambiente y Recursos Naturales*. II (2): 105-112
- Carranza J. 1984. La protección jurídica del medio ambiente y la responsabilidad por daño ecológico de la IX. Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Mar del Plata, 10 a 13 de Noviembre de 1983). *La Ley*. 1984-A: 1062-1071
- Casabene de Luna S. 2005. Ambiente y desarrollo en la Constitución Nacional de 1994. *Revista de Derecho Ambiental*. 4:115-138
- Castillo Daudí M. 2006. El Derecho Humano al agua en el Derecho Internacional: aspectos generales. P 57-88 En: Embid Irujo A (dir) *El derecho al agua*. Thomson Arazandi, Navarra, España
- Cevallos de Sisto MC. 1994. *Dos décadas de legislación ambiental en la Argentina*. AZ Editores, Buenos Aires, Argentina: 656 p
- Convención Nacional Constituyente. 1994a. *Diario de Sesiones, 13º Reunión, 3º Sesión Ordinaria, 20 de julio de 1994*. <http://www1.hcdn.gov.ar/dependencias/dip/Debate-constituyente.htm>
- Convención Nacional Constituyente. 1994b. *Diario de Sesiones, 14º Reunión, 3º Sesión Ordinaria, 21 de julio de 1994*. <http://www1.hcdn.gov.ar/dependencias/dip/Debate-constituyente.htm>
- Corte Suprema de Justicia de la Nación. 2009. Causa Halabi, Ernesto c. P.E.N. Ley 25.873 DTO. 1563/04, sentencia del 24 de febrero de 2009
- Dromi R. 1994. *Derecho Administrativo*. Ciudad Argentina, Buenos Aires, Argentina: 910 p
- Dworkin R. 2012. *Una cuestión de principios*. Siglo Veintiuno, Buenos Aires, Argentina: 494 p
- Flah L & Smayevisky M. 1993. La regulación procesal en Derecho Ambiental Americano. *La Ley*. 1993-E: 935-944

- García Pullé F. 2002. *Acumulación de procesos o procesos de clase*. Ad Hoc, Buenos Aires, Argentina: 176 p
- Gozaíni OA. 1996. La noción de "afectado" a los fines de acreditar la legitimación procesal en el amparo. *La Ley*. 1996-D: 1004-1026
- Greco CM. 1984. Ensayo preliminar sobre los denominados intereses difusos o colectivos y su protección judicial. *La Ley*. 1984-B: 865-884
- Gutiérrez Bedoya CI. 2006. *Derecho al medio ambiente adecuado como derecho humano*". Centro Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, Colombia: 124 p
- Gutiérrez Posse H. 1988. *Los Derechos Humanos y las Garantías*. Zavalía, Buenos Aires, Argentina: 202 p
- HSN (Honorable Senado de la Nación). 1995. Programa Argentino de Desarrollo Humano, "Informe Argentino sobre Desarrollo Humano 1995. Libris, Buenos Aires, Argentina: 251 p
- Kennedy, D 2013. Izquierda y derecho. *Ensayos de teoría jurídica crítica*. Siglo Veintiuno, Buenos Aires, Argentina: 160 p
- Juzgado Federal en lo Contencioso-administrativo de la Capital Federal. 1983. Causa Kattan, Alberto E. c/ Estado Nacional (Secretaría de Agricultura y Ganadería) s/venta de agroquímico 2.4.5-T, auto del 21 de noviembre de 1983
- Juzgado Federal en lo Contencioso-administrativo de la Capital Federal. 1985. Causa Kattan, Alberto E. c/ Comité Federal de Radiodifusión s/revocación de autorización a la publicidad del tabaco, auto del 5 de noviembre de 1985
- Juzgado federal nº 2 de La Plata. 1986. Causa Bustos, Miguel c/ Dirección de Fabricas Militares (1986), el Juzgado Federal nº 2 de La Plata, sentencia del 30 de diciembre de 1986
- Juzgado nº 2 de Primera Instancia Federal Contencioso-administrativo. 1983. Causa Kattan, A. E. y ot c. Gobierno Nacional (Poder Ejecutivo), sentencia del 10 de mayo de 1983
- Juzgado nº 5 de Primera Instancia Federal Contencioso-administrativo. 1982. Causa Kattan. A. E. c. Estado nacional, auto de marzo de 1982
- Maddalena P. 1992. Las transformaciones del derecho a la luz del problema ambiental: aspectos generales. *Revista del Derecho Industrial*. 41: 345-372
- Mairal HA. 1984. Sobre legitimación y ecología. *La Ley*. 1984-B: 779-790
- Maljar DE. 2003. Teorías de los Derechos Humanos. Primera Entrega. *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*. 298:19-34
- Marienhoff M. 1983. Delfines o toninas y acción popular. *El Derecho*. 105: 244-255

- Marienhoff M. 1986. La legitimación en las acciones contra el Estado (Acción popular. Interés simple. Interés difuso. Acto administrativo discrecional). *La Ley*. 1986-C: 899-919
- Marienhoff M. 1993. La Acción Popular. *La Ley*. 1993-D: 682-673
- Morello A. 1978. La defensa de los intereses difusos y el derecho procesal. *Jurisprudencia Argentina*. III: 321-339
- Morello M, Hitters J & Berozonce R. 1982. La defensa de los intereses difusos. *Jurisprudencia Argentina*, IV: 700-730
- Moyano A. 1990. *Acciones de preservación y desarrollo del patrimonio ambiental*. Ediarium-Universidad de Mendoza, Mendoza, Argentina: 30 p
- Pérez Luño AE. 2005. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Tecnos, 9º ed., Madrid, España: 363 p
- Pigretti E. 1992. La protección legal del ambiente: estado actual de la contaminación en la Argentina y contexto regional sudamericano. *Revista del Derecho Industrial*, 41: 425-437
- Pinto M & Andino M. 2008. El derecho humano al ambiente en Argentina y su relación con el sistema interamericano de derechos humanos. P 489-543 En: Embid Irujo A (dir) *El derecho a un ambiente adecuado*. Iustel, Madrid, España
- Prado JJ. 1997. *Derechos Humanos. Conceptos introductorios para su estudio*. CBC – UBA, Buenos Aires, Argentina: 167 p
- Quiroga Lavié H. 1996a. La protección del ambiente en la reforma de la Constitución Nacional. *Diario La Ley*. 55: 1-4
- Quiroga Lavié H. 1996b. El estado ecológico de derecho en la Constitución Nacional. *La Ley*. 1996-B: 950-960
- RAE (Real Academia Española). 2001. *Diccionario de la lengua española*. Espasa Calpe, 22º ed., Madrid, España: 2384 p
- Rodríguez Salas A. 1998. Informe sobre la defensa ciudadana del ambiente en la Provincia de Mendoza. *La Ley Gran Cuyo*. 1998: 388-404
- Rosatti H. 2004. *Derecho Ambiental Constitucional*. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, Argentina: 160 p
- Sabsay D. 2000. Constitución y Ambiente en el marco del desarrollo sustentable. P 67-82 En: Walsh JR, *Ambiente, Derecho y Sustentabilidad*. *La Ley*, Buenos Aires, Argentina
- Sánchez Sánchez J. 2002. El encaje de los derechos sociales en la estructura original del derecho subjetivo. *Asamblea - Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*. 6: 49-94
- Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires. 2010. Causa Fundación Ecosur Ecología Cultura y Educación para los Pueblos del Sur v Municipalidad de Vicente López y otro, sentencia del 28 de diciembre de 2010

- Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires. 1998. Causa Almada, Hugo N. c. Copetro S. A. y otro; Irazu, Margarita c. Copetro S. A. y otro; Klaus, Juan J. c. Copetro S. A. y otro, sentencia de 19 de mayo de 1998
- Valls MF. 1994. Primeras reflexiones sobre la cláusula ambiental de la Constitución. *El Derecho*. 158: 1065-1070
biodeterioration of photographs. *International Biodeterioration and Biodegradation*, 64 (2): 139-145