

EL ESTADO AMBIENTAL DE DERECHO.

Por José Alberto Esain

“¿Por qué ha sido instituido el gobierno? Porque las pasiones de los hombres no se ajustan a los dictados de la razón y la justicia sin una fuerza coercitiva”.

(Alexander Hamilton)

1. Introducción.

El tema cobra actualidad desde que la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la reciente sentencia en autos “Asociación Argentina de Abogados Ambientalistas de la Patagonia e/ Santa Cruz, Provincia de y otro s/ amparo ambiental” del 26 de abril de 2016 por las represas "Néstor Kirchner" y "Jorge Cepernic" en el río Santa Cruz, se refiere expresamente al concepto de *Estado ambiental de derecho*. No ha sido casual la utilización del mismo. Por este motivo, primero queríamos llamar la atención al respecto, indagar algunos aspectos que pertenecen a la temática proponer una suerte de hoja de ruta para su profundización a futuro.

2. El proceso de juridificación de lo ambiental.

El derecho ambiental es un sello de la posmodernidad, de los días que pasaron; mientras su consolidación se percibe como clima para los tiempos por venir. Las fases de la juridificación de lo ambiental son un signo de nuestra era.

Lo hemos dicho ya, pero vale la pena conmemorar. No podemos en este momento de la disciplina dejar de recordar la evolución que hemos vivido desde aquel derecho enfocado en proteger el ambiente de modo oculto, a partir de limitaciones al ejercicio de las libertades individuales y en defensa de la salubridad pública (un buen recuerdo para este período es la sentencia de la Corte Argentina en “Saladeristas Podestá”¹), hasta la preservación de nuevos bienes colectivos (primer paso del derecho ambiental) que enfoca sus esfuerzos tuitivos

¹ Fallo sobre Saladeristas de Barracas (1887) del 14 de mayo de 1887 autos “SALADERISTAS SANTIAGO, JOSE y JERONIMO PODESTA Y OTROS v. PROVINCIA DE BUENOS AIRES” (Fallos 51:274).

dirigidos a los llamamos micro-bienes (agua, aire, suelo, flora, fauna) y el macro-bien ambiente a escala global.

La génesis del nacimiento del derecho ambiental como disciplina autónoma indica que a partir de un problema de la realidad que ocupaba a las materias clásicas, se pasó a un gran conflicto que ocupa (“invita a la fiesta” en palabras de binomio Lorenzetti-Cafferatta) a todos los juristas a verificar un nuevo bien jurídico de bisoños contornos, el que se protege con herramientas también originales. Este proceso cronológico también se vivió en paralelo en el ramo de los modelos de Estado de derecho, los que se transformaron al ritmo del avance de estas prerrogativas.

En algunos cuerpos normativos ello reposa entre las obligaciones del Estado², en otras como un derecho fundamental del ciudadano³, en otras se lo vincula a la calidad de vida o al modelo del desarrollo sostenible. Las constituciones más nuevas, latinoamericanas lo enlazan con modelos más locales de desarrollo como el “buen vivir”, en casos puntuales con el reconocimiento de subjetividad a la naturaleza. Todos estos aspectos forman parte del derecho al ambiente.

Esto es muy interesante porque nos permite augurar los perfiles de la figura. Es que desde la teoría general de los derechos fundamentales debemos reconsiderar los pasos del modelo de Estado de Derecho. Recordemos que esta tesis se caracteriza por una estructura del poder para asegurar mediante una distribución interna, el control de los operadores, resguardándose de este modo la libertad del ciudadano. *A posteriori* a este aspecto orgánico se le suma que el Estado debe estar enfocado en la satisfacción de los derechos del hombre. En este segundo aspecto afinca la estructura del derecho al ambiente como *derecho humano fundamental*, que verificamos en el marco de un *sistema de derechos humanos*.

Y así llegamos al cuenco en que debemos vaciar el contenido del derecho al ambiente, el espacio donde morará. El mismo se inserta en lo que denominaremos **Estado ambiental de derecho** y apunta básicamente a presentar una *organización que permita la satisfacción del derecho al ambiente, es decir el Estado Ambiental de Derecho*.

² El paradigma de este tipo de normas constitucionales que protegen de modo indirecto el ambiente es el artículo 20.a de la Constitución alemana, pero son varias las cláusulas, y podemos anotar el artículo 31 de la Constitución de Bulgaria de 1971; el artículo 24 de la Constitución de Suiza de 1971; el artículo 24 de la Constitución de Grecia de 1975; el artículo 27 de la Constitución de Cuba de 1976; el artículo 97 de la Constitución de Guatemala de 1985 con las enmiendas de 1993 entre otras.

³ Francia, Carta del Medio Ambiente del año 2005; el artículo 45 de la Constitución de España de 1978; artículo XXI.1 de la ley fundamental de Hungría de 2013; artículo 225 de la Constitución de Brasil de 1998, o el artículo 41 de la Constitución nacional.

3. Del Estado constitucional al Estado social de derecho.

Comencemos por entender la teoría general del Estado, con base en las enseñanzas clásicas de Carré de Malberg⁴. Recordemos que para la teoría clásica, el Estado se compone de tres elementos: primero la comunidad humana, porque el Estado es una agrupación social una agrupación pública que se sobrepone a todas las agrupaciones particulares. El segundo elemento es el territorio. Una relación de vinculación nacional no puede adquirir consistencia más que entre hombres que están en contacto por el hecho mismo de su convivencia permanente sobre uno o más territorio comunes. Una comunidad nacional no es apta para formar un Estado sino mientras posea un suelo, una superficie de tierra sobre la cual pueda afirmarse como dueña de sí misma e independiente. Los autores modernos concuerdan en afirmar que la relación jurídica que se establece entre el Estado y su territorio no consiste en un derecho de *dominium*, sino realmente de *imperium*: el Estado no tiene sobre su suelo una propiedad, sino únicamente una potestad de dominación a la cual se le da habitualmente, en la terminología francesa, el nombre de soberanía territorial.

La noción de *Estado constitucional de derecho* el maestro francés la describe cuando dice que “el Estado debe su existencia ante todo, al hecho de que posee una Constitución. Si la organización de la comunidad nacional es en efecto el hecho primordial en virtud del cual se encuentra erigida en Estado, hay que deducir de ello que el nacimiento del Estado coincide con el establecimiento de su primera Constitución, sea o no escrita, es decir, con la aparición del estatuto que por primera vez ha provisto a la colectividad de órganos que aseguran su voluntad y que hacen de ella una persona estatal”. Aclara el autor más adelante que “la existencia de una Constitución es la condición absoluta y la base misma del Estado, en el sentido de que éste no puede existir si no es gracias a un estado de cosas orgánico que realiza la unión de todos sus miembros bajo la potestad de su voluntad superior”⁵.

Cuando Carré de Malberg dice “estado de cosas orgánico que realiza la unión de todos sus miembros bajo la potestad de su voluntad superior” abre la ventana hacia el necesario *enfoque* que el Estado debe tener *hacia el desarrollo de la persona* y de los *derechos fundamentales*.

Bidart Campos alecciona sobre el puente que debemos tejer entre la doctrina más clásica y la moderna, y para ello propone su tesis que incardina a la Constitución con el marco

⁴ Seguiremos en este párrafo de R. CARRÉ DE MALBERG, *Teoría general del Estado*, (Primera edición en francés 1922), Trad. De Lión Depetre José, Fondo de Cultura Económica, México, 1998, tercera reimpresión, 2013, ps. 21/27.

⁵ R. CARRÉ DE MALBERG, cit., p. 76.

organizativo que el *Estado democrático* abre. Decía el maestro que “Un *estado democrático es un Estado que asume la organización social y política de la libertad*, colocando en su centro a la persona humana con su *dignidad* y sus *derechos*. Para ello ordena el poder –con sus órganos y funciones- con un contorno de limitación, de separación o no concentración, y de control. El poder es imprescindible y es inexorable, pero bebe su justificación y su razón de ser en la finalidad servicial que tiene para la sociedad y para quienes la componen. Nunca en sí mismo ni para sí mismo. El Estado democrático pervive en una atmósfera de libertad, en un clima de libertad, con una filosofía de libertad”⁶.

Bidart Campos continúa explicando que “se entiende bien que un Estado democrático adapta a su organización un plexo de principios y valores que, salvados los estilos y las idiosincrasias culturales de cada sociedad, responde a una matriz esencial que es constitutiva de toda forma democrática, y que ya antes diseñamos: inserción del hombre en la comunidad política de conformidad con su *dignidad de persona* y con sus *derechos*, y *organización* de un *poder limitado, distribuido y controlado*”⁷ (el destacado nos pertenece).

El *Estado democrático* enfoca sus instituciones en la protección de la persona y de sus derechos. Por este motivo un Estado devenido en tiempos de la posmodernidad no puede dejar de repensar sus instituciones enfocándolas en la *promoción y garantía de los derechos de esos tiempos*. Esto explica entonces la necesidad de encajar Estado y protección del ambiente.

La evolución histórica nos permite advertir dentro del constitucionalismo clásico, de ritmo liberal, constituciones acotadas⁸ mostrando un Estado constitucional de derecho que se enfoca en libertades decimonónicas. En años del Constitucionalismo social, con el advenimiento del Estado de bienestar se adensa el contenido, porque en lugar de pretenderse la conservación de la situación social, económica o cultural establecida, se aspira a su transformación para lo que se exige violentar o modular intereses varios. La Constitución ha de autorizar esa ponderación entre bienes jurídicos.

⁶ BIDART CAMPOS GERMÁN, *La interpretación del sistema de derechos humanos*, Ediar, Buenos Aires, 1994, p. 63.

⁷ BIDART CAMPOS GERMÁN, *La interpretación...* cit., p. 65.

⁸ NÉSTOR PEDRO SAGÜÉS las clasificaría como “cortas” en contraposición a las que él llama constituciones extensas, de las que pone como paradigmas las de India y Yugoslavia. De las primeras la Constitución federal de los Estados Unidos de América, de 1787 (ver *Teoría de la Constitución*, Astrea, Buenos Aires, 2004 p. 247; Elementos de derecho constitucional, Astrea, Buenos Aires, 2003, p. 100).

En años de la tercera evolución del Estado constitucional de derecho, alumbramos un modelo en que se pasa del Estado social al Estado ecológico de derecho o como lo distingue la Corte federal argentina con mejor precisión: el *Estado ambiental de derecho*. Esta descripción historicista del concepto, que es producto de una suma de etapas en el devenir del tiempo nos permite conocer el perfil del modelo de Estado ambiental de derecho. Como las pinturas rupestres de esas cuevas que suman colores de diversas épocas, el modelo actual no aniquila al Estado liberal ni al social, es una versión que los amalgama. Protegerá la propiedad, la libertad de comercio, pero se obligará a diseñar políticas activas de satisfacción de derechos como la vivienda, la salud y además garantizará la protección y conservación de las condiciones para el goce de bienes colectivos -como el ambiente- que permite la vida a la generación presente y las futuras.

Allá por el año 2001 escribimos una ponencia que se denominaba “La interpretación ambiental de la constitución, valores y principios ambientales acuñados por el artículo 41”⁹. En ella planteamos que existen dos principios que se desprenden del “derecho al ambiente”, que rodean la estructura orgánica constitucional para enfocarla en la satisfacción de estas noveles prerrogativas. Decíamos en ese momento que se esconde detrás del derecho al ambiente la “faz colectiva del valor vida, supervivencia humana”; así, “la toma de los recursos, la forma de vida, nuestro desarrollo, las instituciones jurídicas todas deberán someterse a este nuevo límite: el desarrollo sostenible”. La propuesta es que debe propugnarse un “Desarrollo económico sostenible”. Aparece implícito detrás de esta idea como un fin perseguido por la norma, este modelo que no implica un no-desarrollo, pero sí una mutación en la raíz de éste, como vemos uno de los elementos expansivos del concepto lo hallamos en el modelo de desarrollo.

La palabra *desarrollo* se emplea en 7 ocasiones (arts. 41 CN; 75 incisos 17 y 19 CN donde se menciona 3 veces; arts. 124 y 125 CN); la voz *progreso* sólo se nombra una vez (art. 75.19 CN). Emparentada a este término están las palabras *prosperidad* (preámbulo y art. 75.18 CN) y *crecimiento* en el art. 75, 19 CN¹⁰. Pero esa forma de desarrollo deberá ser otra. Vemos entonces cómo la vis expansiva del nuevo sistema de derechos posee implicancias

⁹ Ponencia a presentarse en el encuentro de Profesores de Derecho Constitucional, realizado en Mar del Plata los días 8, 9 y 10 de noviembre de 2001 en el panel Los Valores en la Constitución.

¹⁰ ESAIN JOSÉ ALBERTO, “La interpretación ambiental de la constitución, valores y principios ambientales acuñados por el artículo 41” ESAIN JOSÉ ALBERTO, “La interpretación ambiental de la constitución, valores y principios ambientales acuñados por el artículo 41” ponencia presentada en el XV ENCUENTRO DE PROFESORES DE DERECHO CONSTITUCIONAL en homenaje a la memoria del Dr. Alberto Spota, Mar del Plata, 8, 9 y 10 de noviembre de 2001.

impensadas. Se producen modificaciones sustanciales en todo el sistema. Esta nueva visión de las normas nos impone una *interpretación ambiental de la Constitución*, con nuevas relaciones de derechos, un programa bisoño para la Administración pública, competencias y organización de poderes de perfiles desconocidos.

Raúl Canosa Usera califica esta como la *época del constitucionalismo existencialista* desde que el foco se pone en la preocupación por las *condiciones materiales y espirituales de vida*. Como dice Lucas Verdú, los ciudadanos que piensan este nuevo Estado de derecho deberían acrecentar su “sentimiento constitucional”¹¹.

El rumor se hace ruido. Son días en que el Estado de derecho se enfoca en las nuevas condiciones de vida del ciudadano, modificando el perfil de gestión de los bienes colectivos. Del *debido proceso legal en la toma de decisiones* asoman retazos de *ciudadanía activa*. En el marco del *acceso a la información pública* (y en esto la ambiental será una especie) y la *participación ciudadana* (mediante instrumentos orales –consulta- o escritos –audiencia pública-) se contrasta la nueva forma de gestión de los concepciones de ciudadanía.

Otro punto para comprender cómo funciona el nuevo modelo de *Estado ambiental de derecho* es reconsiderar las prestaciones *obligacionales correlativas de derechos*. Hay derechos fundamentales que se satisfacen mediante la sola *abstención* de impedimento o interferencia por parte del sujeto pasivo; y los hay que el sujeto pasivo *haga o dé algo* a favor del sujeto activo. Por este motivo, en el constitucionalismo clásico liberal, para los derechos civiles las obligaciones correspondientes aparecían como obligaciones de omisión, en las que el sujeto pasivo debía abstenerse de dañar el bien jurídico protegido, o de turbar e impedir que el titular del derecho lo ejerciera. En el caso del constitucionalismo social del siglo XX irrumpen retoques que implican obligaciones de dar o de hacer¹². Esto hace que Estado Social de derecho piense en “leyes promotoras”, que pretenden remover obstáculos, que tienen pretensión de cambiar la realidad. El derecho al ambiente programa este tipo de normas.

Peter Haberle afinca en la teoría moderna del Estado a la versión del *Estado social de derecho* comprensivo de la edad que nos ocupa. Nos parece muy interesante cómo modula su enfoque dogmático-histórico basado en enormes y monolíticos autores alemanes que constituyen el concepto que el maestro de Friburgo pone en valor. Desemboca la tesis en el reconocimiento

¹¹ VERDÚ LUCAS, *El sentimiento constitucional*, Reus, Madrid 1985.

¹² BIDART CAMPOS GERMÁN, *La interpretación...* cit., p. 32.

de un *estado ambiental de derecho* y por este motivo nos parece de enorme valor la cita, que no deja de ser una muestra del proceso general que describimos.

Dice Haberle que “haber resumido en un principio constitucional único la fórmula del “Estado social de derecho” (conf. art. 28 inciso 1, frase 1 de la Ley Fundamental) es una conquista colectiva de la ciencia jurídica y la práctica constitucional alemanas. Sus clásicos son F. J. Stahl y R. V. Mohl por un lado, en la medida en que fueron precursores científicos de la idea del Estado de derecho en el siglo XIX¹³, H. Heller, por otro lado, porque propagó al “Estado social” en general y con vistas a la Constitución de Weimar¹⁴. Nadie menos que Carl Schmitt uno de los más influyentes padres de la Ley Fundamental de Bonn, hacía remontar expresamente, en los debates constituyentes, esta fórmula de H. Heller, propuesta por H Von Mangoldt al “*pathos* social de la tradición republicana”¹⁵. Bien visto, el *Estado social de derecho* es una “prórroga” congenial, para el siglo XX, del antiguo concepto de Estado de derecho, y actualmente, es de preguntarse si no requiere una nueva prórroga, tomando en cuenta que el Estado constitucional es responsable también por las *futuras generaciones* y en tal medida se encuentra obligado a la *protección del ambiente* (“Estado constitucional o de derecho ecológico”). En todo caso, en la actualidad el “Estado social de derecho” es un elemento esencial¹⁶ en el conjunto del Estado constitucional, y su evolución de etapas textuales dán testimonio de ello. Así se encuentran ejemplos de textos en la mayoría de las Constituciones recientes, ya sea en los Estados reformados de Europa oriental (artículo 1 Constitución de Macedonia de 1991, “*social state*”; artículo 2 de la Constitución de Polonia de 1997; “Estado democrático de derecho que realiza los principios de la justicia social”; artículo 1 de la Constitución de Ucrania de 1996; “*social, law-based state*”) o en África (artículo 1 inciso 1 de la Constitución de Guinea Ecuatorial de 1991); “Estado social y democrático”: preámbulo de la Constitución de Madagascar de 1995: “Estado de derecho”; asimismo el artículo 8 inciso 1 de la Constitución de Níger de 1996: “Estado de derecho”). Las fórmulas varían pero en el fondo quieren decir los mismos: el Estado constitucional comprometido con la *justicia social*. Ciertamente es que esta es una fórmula demasiado general y abstracta por lo que es susceptible y requiere de una configuración (política) y de interpretación múltiple.

¹³ De la bibliografía véase STERN K., *Staatsrecht*, I, 2da edición de 1984, p. 882.

¹⁴ Cfr. HELLER H. *Rechtsstaat oder Diktatur*, 1930, p. 11; véase al respecto, de la bibliografía SCHLUCHTER, W. *Entscheidung für den sozialen Rechtsstaat. Hermann Heller und die staatsrechtliche Diskussion in der Weimarer Republik*, 1968; Denhart A., *Dimensionen staatlichen Handelns*, 1996, ps. 33 y subsiguientes.

¹⁵ Consejo Parlamentario, Informe estenográfico, p. 172 al respecto ver STERN, cit. p. 880.

¹⁶ SCHMID C., cit. habla también del “contenido esencial”.

En Europa el maestro alemán rememora el proceso que dice “se vislumbra en las constituciones reformadas de Italia (‘Estado social de derecho’, art. 35, 36, 38 Constitución de 1947) Grecia (artículos 21 a 23 de la Constitución de 1975) España y la Constitución de Portugal de 1976 (artículo 1 ‘Sociedad libre, justa y solidaria’ artículo 63 inciso 1)¹⁷. También las constituciones cantonales suizas contienen una rica paleta de textos normativos comprometidos con la idea del Estado social así la Constitución del Cantón de Aargau de 1980 (§ 25, inciso 1: ‘El Estado promueve el bienestar general y la seguridad social’ por último la Constitución de Berna d 1993 (artículo 29 ‘Derechos sociales’ artículo 30: ‘Objetivos sociales’).” Agrega Haberle una mirada por Sudamérica en donde cita la Constitución de Brasil (1988), Perú (1979) con bases de esta nueva mirada también.

El portugués Gómez Canotilho yendo más allá aún ha descubierto lo que él denomina *principio de la sostenibilidad*, como elemento estructural que tiñe el Estado constitucional de derecho. Dice el profesor lusitano que este principio de sostenibilidad recibe una consagración expresa en el texto constitucional portugués: (i) en el art. 9.e como tarea fundamental (“defender la naturaleza y el ambiente, preservar los recursos naturales y asegurar el correcto ordenamiento del territorio”); (ii) como principio fundamental de la organización económica en el art. 80.d (“Propiedad pública de los recursos naturales...”); (iii) como incumbencia prioritaria del Estado en los arts. 81.a) (“...promover el aumento del bienestar social (...) en el marco de una estrategia de desarrollo sostenible”), 81.m) (“Adoptar una política nacional de agua, con aprovechamiento, planeamiento y gestión racional de los recursos hídricos”); (iii) como derecho fundamental en el art. 66.1 (“Todos tienen el derecho a un ambiente de vida humano, saludable y ecológicamente equilibrado”); (iiii) como deber *iusfundamental* del Estado y de los ciudadanos, en el art. 66.2 (Para asegurar el derecho al medioambiente, en el marco de un desarrollo sostenible, incumbe al Estado, por medio de organismos propios y con la participación de los ciudadanos...”); (iiii) como principio rector e integrador de políticas públicas en el art. 66.2 c, d, e, f, g (política de ordenamiento del territorio, política cultural, política económica y fiscal, política educativa, política regional)”¹⁸. Este elemento revoca las paredes del Estado de derecho clásico tiñendo el escenario de ambiental.

¹⁷ HÄBERLE PETER, *El Estado constitucional*, (Primera edición 2001), Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2003, ps. 224/226.

¹⁸ GOMEZ CANOTILHO JOSÉ JOAQUIM, “Direito constitucional ambiental português e da Uniao Europeia”, en GOMEZ CANOTILHO JOSÉ JOAQUIM y MORATO LEITE JOSÉ RUBENS (Organizadores), *Direito constitucional ambiental Brasileiro*, Saraiva, Sao Paulo, 2010, ps. 21/26.

Un reflejo de este pensamiento tan sofisticado ha sido receptado por el legislador argentino en la sanción del nuevo Código Unificado Civil y Comercial (CU en adelante), cuando dispone la consagración del principio de sostenibilidad como ordenador del sistema de derechos individuales en el derecho privado (ver arts. 3 y 4, 14, 240 CU). Estos aspectos de coordinación de fuentes alertan sobre un concepto que es irradiado desde el texto constitucional para redefinir los aspectos internos del derecho privado. Esto por el espacio del que proviene el principio de sostenibilidad (máxima jerarquía) por su vocación conglobante y unificadora de contenidos dispersos, y tercero porque se apuesta en el modelo de Estado ambiental de derecho.

Del recorrido surge patente la figura consolidada en el derecho comparado. Veamos su contenido.

4. El Estado ambiental de derecho.

Como bien se ha dicho en España hace años por el profesor López Ramón, estamos recorriendo un camino que conduce hacia el estado ecológico y social de derecho, prestando atención fundamentalmente a las clases más desfavorecidas, que son aquellas que más padecen los impactos del cambio climático¹⁹.

En Argentina, Humberto Quiroga Lavié fue quien inauguró el concepto de *estado ecológico de derecho* en un artículo clásico (“El estado ecológico de derecho en la Constitución nacional” en *La ley 1996-B-950*, publicado también en Cafferatta Néstor, *Tratado jurisprudencial y doctrinario de derecho ambiental*, Tomo II: textos completos, La Ley, 2012, ps. 535/6.) escrito allá por el año 1996.

Se exponía en ese señero aporte la tesis de que “Es tan rico y completo sistema normativo introducido por el constituyente en la reforma de 1994, regulando tanto la sustancialidad del ‘ambiente’ en función de precisos objetivos de ‘salud’, ‘equilibrio’ y tutela de la ‘diversidad biológica’, así como en relación con su ‘utilización racional’, no sólo respecto de los ‘recursos naturales’, sino con expresa inclusión del patrimonio cultural, que bien podemos sostener que estamos en presencia de un verdadero ‘estado ecológico de derecho’, de carácter pleno e integral. Si así lo ha podido definir la doctrina alemana a la vista de normas mucho más escuetas que las nuestras –las últimas reformas a la ley fundamental sólo hablan de la

¹⁹ MARRACO ESPINÓS JOSÉ MANUEL, “El estado ecológico de derecho”, 30.11.2015 (<http://www.abogacia.es/2015/11/30/el-estado-ecologico-de-derecho/>)

obligación del Estado de ‘proteger y cuidar la cultura y las bases naturales de la vida’- de acuerdo al informe presentado por el profesor de Frigurg Thomas Wutemberger en el Seminario sobre Reforma del Estado organizado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM (febrero de 1996) pues el conjunto de reglas contenidas en nuestra Constitución ponen de manifiesto, con mucha mayor evidencia, dicha calificación”²⁰.

“El constituyente ha diseñado otro modelo de mercado en función ecológica, haciendo de la solidaridad generacional el núcleo de su normativa: ‘para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras’. Todos los habitantes tienen el deber de preservar el ambiente’, las autoridades primero que nadie y entre ellas los jueces, quienes deberán reconocer en el ‘Estado ecológico de derecho’ la clave de bóveda del nuevo sistema constitucional. Ese ‘Estado ecológico de derecho’ es profundamente ‘ecocéntrico’ y no ‘antropocéntrico’, como se esmera en predicarlo el economicismo que nos gobierna. En todo caso el ‘antropocentrismo’ no puede estar en función de ‘titanes musculosos’ que degluten y dejan en el camino a quienes no pueden competir con ellos, sino un ‘antropocentrismo igualitario’, lo cual ya es algo muy diferente, pues está en función de la protección del hábitat natural, del sistema cultural de la sociedad y de la ‘información y educación ambientales’. Lo ecológico es naturaleza y cultura, es decir también información y comunicación ambientales. Si el hombre es naturaleza pero también cultura, el ‘Estado ecológico de derecho’ lo protege en ambos sentidos, y no sólo como una animalidad sobreviviente de una libre pero desigualitaria competencia económica”²¹.

Estamos ante un trabajo fundacional para el derecho ambiental argentino, aunque provenga de un autor de derecho constitucional: Humberto Quiroga Lavié. El mismo alumbró un concepto que como él dice, nació en Alemania pero se esparció por muchas diversas regiones de modo simultáneo. Completa esta conceptualización el mismo autor cuando en su Derecho constitucional más cercano en el tiempo alerta: “tantas referencias explícitas a la tutela ambiental en el texto supremo introducido en 1994, hacen que bien podamos sostener que estamos en presencia de un verdadero ‘Estado Ecológico de Derecho’ como lo ha definido recientemente la doctrina alemana (Wütemberger) a las vistas de una solitaria norma, mucho más escueta que la nuestra incorporada el 27 de septiembre de 1994 a la Ley Fundamental de Alemania a continuación de la norma que caracteriza a esa república federal (art. 20.a (...))

²⁰ QUIROGA LAVIÉ HUMBERTO, “El Estado ecológico de derecho en la Constitución nacional”, La ley 1996-B-950, publicado también en Cafferatta Néstor, *Tratado jurisprudencial y doctrinario de derecho ambiental*, Tomo II: textos completos, La Ley, 2012, ps. 535/6.

²¹ QUIROGA LAVIÉ HUMBERTO, “El Estado...”, cit., p. ps. 536.

Esto supone un giro copernicano que desplaza el antropocentrismo dominante por el paradigma ecocéntrico basado en la solidaridad intergeneracional, como orientación global del modelo de sociedad al que se desea ajustar su desenvolvimiento actual y futuro. Esta conceptualización de Estado Ecológico de Derecho (última etapa del Estado de Bienestar) traduce el sentido general que conlleva la protección ambiental, que infiltra todas las actividades públicas como privadas (especialmente en materia patrimonial), y se convierte en verdadera pauta interpretativa de indudable jerarquía constitucional para desentrañar el sentido de la propia Constitución en cualquiera de sus partes como su proyección sobre todo el derecho infraconstitucional”²².

Es la doctrina alemana quien se explaya sobre el *Estado ambiental de derecho* en su cuna es Rainer Wahl²³ que dice: “la política medio ambiental y su derecho se definieron y concibieron como expresión de una específica *función del Estado*. La evolución histórica conducente al derecho medio ambiental se presentó como una modificación de la percepción de las funciones del Estado y como el descubrimiento de una nueva e importante función. El Derecho medioambiental como materia y la política medioambiental se reencontraron en el plano superior de las funciones estatales más importantes; en el plano, por tanto concerniente a los principios mismos. Los conceptos de medio ambiente, precaución y prevención fueron entendidos como expresión de funciones centrales del Estado en el último tercio del siglo XX. En este contexto, nada tiene de sorprendente que se modificase la Constitución para introducir en ella la protección del medio ambiente como función del Estado (art. 20.a de la GG). Desde este punto de vista, la política medioambiental o la protección del medio ambiente aparecían como expresión de un tipo especial de Estado: el *Estado medioambiental*²⁴ o el Estado de la adopción de precauciones para el futuro²⁵. Una amplia serie de publicaciones reunió

²² QUIROGA LAVIÉ HUMBERTO, BENEDETTI MIGUEL ÁNGEL, CENICACELAYA MARÍA DE LAS NIEVES, *Derecho Constitucional Argentino*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2001, ps. 297/298.

²³ WAHL RAINER, *Herausforderungen und Antworten*, Walter de Gruyter GmgH, Berlin Boston, Traducción de José Carlos Mardomingo para Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales SA Madrid, 2006, ps. 101/102.

²⁴ KLOEPER (ed.) *Umweltstaat* (nota 165); Hofmann, “Umweltstaat: Bewahrung der natürlichen Lebensgrundlagen und Schultz vor den Gefahren und Risiken von Wissenschaft und Technik in staatlicher Verantwortung“ en Badura Dreier (Eds.), *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, 2001, ps. 873 y ss. (con referencias a sus trabajos anteriores); Callies, *Rechtsstaat und Umweltstaat*, 2001, ps. 153 y ss.; Wahl Appel, “Prävention” (nota 154), ps. 13/24; Steinberg, *Der ökologische Verfassungsstaat*, 1998, en cada caso con referencias; Bosselmann, *Im Namen der Natur. Der weg zum ökologischen Rechtsstaat*, 1992; Baumeister (Ed.), *Wege zum ökologischen Verfassungsstaat. Umweltschutz ohne Öko-Diktatur*, 1994; Wolf, „Der ökologische Rechtsstaat als prozedurales Programm“, en Rossnagel/Neuser (Eds., *Reformperspektiven im Umweltrecht*, 1996, ps. 57 y ss. Todo citado por ps. 101/102, citado por WAHL RAINER, cit., p. 101.

²⁵ Al hilo del concepto de las precauciones para el futuro y el desarrollo se abordan y elaboran conceptualmente la sostenibilidad y la justicia entre las generaciones; fundamental a ese respecto: APPEL Staatliche Zukunfts- und Entwicklungsvorsorge (nota 156), citado por WAHL RAINER, cit., p. 102.

numerosos trabajos bajo ese signo. El Estado medioambiental y el Derecho constitucional medioambiental fueron tematizados como tales”²⁶.

Es importante entonces saber que todo el andamiaje público debe reconsiderarse en cortejo de las pautas internas del derecho al ambiente. Detrás impone y dá fuerza a este nuevo desarrollo hermenéutico la estructura de contenidos que rodean al derecho al ambiente de modo integrado: acceso a la información, participación ciudadana, énfasis preventivo, precautorio, progresivo (y no regresivo), entre otros elementos.

Como dice Canosa Usera, “lo ambiental posee una textura distinta a la de otros intereses integrados en el Estado social. Es más complejo y su realización, en armonía con los otros, más costosa. Y ello porque el bien jurídico ambiental está en potencial conflicto con cualquier otro bien constitucional (clásico o social). La capacidad de lo ambiental para converger yuxtaponerse, su carácter poliédrico y su *vis expansiva* obligan a un replanteamiento completo del Estado social que lo asuma impregnando las políticas sociales y económicas de componentes ambientales. Se trataría de lograr un Estado social ambientalmente orientado”²⁷.

Es que el ambiente a diferencia de los derechos económicos, sociales y culturales clásicos (DESC en adelante), es un derecho con otra silueta. Por un lado obliga al Estado a una serie de actividades promotoras del goce de este bien colectivo, pero además muchas de las medidas de protección terminan reflejando límites a actividades u otros intereses jurídicamente relevantes, como el derecho al trabajo, a la industria.

Si pensamos en la actividad que encara el Estado para lograr el goce del ambiente por los ciudadanos, desde el origen (Estocolmo 1972) era evidente que la prioridad estaba en planificar el desarrollo, para hacer compatible el ejercicio de las prerrogativas clásicas con la viabilidad del entorno. Aparecen entonces estándares de vertidos de efluentes líquidos, gaseosos, organismos para el otorgamiento de licencias ambientales, entre otros. Se mezclan mecanismos de administración clásica, compatibilización en el ejercicio de los derechos individuales con el entorno, incorporación de la variable ambiental en la sociedad de mercado como valoración de las externalidades. Este elemento se mantiene hasta la fecha, alojado en el artículo 240 CU.

²⁶ Sobre esto el ciclo de cursos acerca del “Estado medioambiental” organizado desde 1988 en Ladenburg por Michael Kloepfer bajo los auspicios de la Fundación Gottlieb Daimler y Karl Benz y sus 20 volúmenes de *Studien zum Umweltstaat*.

²⁷ CANOSA USERA RAÚL, *Constitución y medio ambiente*, con Prólogo de Lucas Verdú, y presentación y selección de jurisprudencia a cargo de Susan Ynes Castañeda Otsu, Jurista editores, Lima, Perú, 2004, p.43.

Dice Canosa Usera –y plena razón tiene- que lo ambiental es todo lo contrario con los derechos clásicos y los sociales porque “aquí en cambio sucede que la preservación de los recursos naturales choca frontalmente con un sistema económico fundado en su sistemática explotación²⁸”.

Como se puede advertir, es necesario ir más allá del Estado social de derecho, para alcanzar objetivos universales, mundiales, globales, intergeneracionales. Esto sumará al modelo social la tesis de las obligaciones positivas, prestacionales, un modelo que pretende mejorar las condiciones existenciales. Por este motivo, se ven constituciones en aquellos primeros años de reconocimiento del derecho al ambiente que alojan la prerrogativa a modo de obligación del Estado. La Constitución alemana en su artículo 20.a es paradigmática en este aspecto. Pero no podemos dejar de llamar la atención al respecto, porque es esta morfología iniciática la que demuestra el contacto que este derecho tiene con los DESC clásicos y prestacionales.

En un primer momento se pensó que estábamos ante un DESC de los clásicos, que exigían del Estado actos positivos, obligaciones, prestaciones. A poco de andar nos dimos cuenta que eso no alcanzaba. Este derecho implica para el Estado resguardar un bien jurídico nuevo, de características nóveles, mediante legislación concurrente entre los diversos órdenes jurídicos internos, administración y sobre todo una novedosa materia limitante de los derechos de los particulares que en su ejercicio comprometen el ambiente. De todos modos, será en la etapa final en la que se exigirá de estos derechos no sólo un Estado prestacional, de policía, sino también un Estado que pueda encarar una agenda que se proponga una transformación profunda y radical en el sistema económico global, tema harto complejo.

Un buen ejemplo de este modo de pensar el derecho al ambiente como usina de desarrollo de un nuevo modelo de Estado de derecho, *el Estado ambiental de derecho*, es el Artículo 5 de la nueva Constitución de la República de Polonia de 1997. Si uno analiza la norma, por su ubicación se encuentra entre los contenidos estructurales de la Carta Fundamental polaca, y así lo podemos identificar como un elemento que mutará todos los aspectos del Estado de derecho. Dispone el mencionado artículo 5: “La República de Polonia salvaguardará la independencia y la integridad de su territorio y garantizará los derechos y libertades de las personas y de los ciudadanos, la seguridad de los ciudadanos, la herencia nacional y la *protección del medio ambiente* de conformidad con los principios del *desarrollo sostenible*”. Se enfoca la actividad de la República en todos sus aspectos en la protección del ambiente

²⁸ KRÄMER L., *Derecho ambiental y Tratado de la Comunidad Europea*, Marcial Pons, Madrid, 1999, p. 111.

como uno de los aspectos centrales del Estado Polaco. Entendemos este puede ser uno de los estadios más avanzados del derecho al ambiente, cuando no sólo está previsto como derecho fundamental, obligación de los poderes, sino política estructural del Estado constitucional de derecho. Desde este contenido, la norma de máxima jerarquía distribuye la función en todos los canales internos y externos de actuación del Estado.

La influencia de los procesos de integración también ha sido de capital trascendencia para el desembarco de la figura. La organización Europea ha insuflado derecho ambiental en sus miembros; primero desde sus clásicos programas comunitarios de acción ambiental, en segundo lugar mediante una copiosa regulación en la que se destacan las Directivas que obligaron a la transposición en los órdenes internos. De este modo se ha terminado de moldear una suerte de *dogmática del Estado ambiental de derecho*²⁹.

Estos aspectos definen el nuevo formato del Estado, que lo hacen mudar a una modalidad de protección del derecho al ambiente. Veamos entonces el derecho al ambiente como derecho humano fundamental y su influencia en el sistema para reverdecerlo.

5. El nacimiento del derecho humano al ambiente.

Desde 1948 la civilización humana ha comenzado a recorrer un camino muy fructífero en el reconocimiento de los derechos humanos. En ese año las Naciones Unidas proclaman por escrito mediante la Declaración Universal de Derechos Humanos la que sería la piedra basal del sistema de protección de derechos.

²⁹ López Ramón describe el proceso de introducción de la temática ambiental en el sistema europeo cuando dice que “ante la falta de referencias directas al medio ambiente en los Tratados constitutivos de la Comunidad Europea, el origen concreto de la decisión política de comprometerse en la protección del medio ambiente parece encontrarse en la Comunicación de la Comisión de 22 julio 1971, que subrayó la exigencia de tener en cuenta la calidad de los recursos naturales y de las condiciones de vida en la misma definición y organización del desarrollo económico. El Parlamento Europeo acogió favorablemente la iniciativa, «convencido de la necesidad y la urgencia de la puesta en marcha, a nivel comunitario, de medidas eficaces de protección del medio ambiente». EL I Programa de acción de la Comunidad Europea sobre el medio ambiente, al que han seguido cuatro programas más e incluso un par de reformas de los Tratados constitutivos, a fin de proporcionar un marco jurídico estable a la política ambiental. Tras la incorporación del capítulo sobre la política ambiental al Tratado CE, el IV Programa (1987-1992) inició la creación de los instrumentos adecuados para el desarrollo estable de tal política, tanto con elementos organizativos (Agencia Europea del Medio Ambiente, 1990) y de participación (Directiva de libertad de acceso a la información ambiental, 1990) como con elementos financieros (Instrumento LIFE, 1992). Al final del IV Programa se pusieron en marcha también nuevos procedimientos de actuación fundados en el fomento de la iniciativa privada (Reglamento de eco-etiqueta) y se produjo una formidable extensión de las técnicas de intervención sobre los espacios naturales (Directiva de hábitats). En la actualidad, la consideración de la política ambiental como una función pública de las instituciones comunitarias europeas no plantea ningún problema, dado el tenor de los artículos 130.R a 130.T del Tratado de la Comunidad Europea” (LÓPEZ RAMÓN FERNANDO, “Caracteres del derecho comunitario europeo ambiental”, en *Revista de Administración Pública* Núm. 142. Enero-abril 1997, p. 53).

Será recién en el **Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales**, adoptado por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966 donde se reconoce en su artículo 12.1 que “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”. Se agrega en el apartado dos las medidas que deben adoptar los Estados para satisfacer el derecho. Dispone el art. 12.2 “Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para: (...) b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del *medio ambiente*” (el destacado nos pertenece). Como se puede apreciar, el formato de la protección del ambiente surge entre el sistema regional (interamericano) es el que caracteriza los DESC, entre las obligaciones que tiene el Estado para el mejoramiento del goce del derecho.

El Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales ha elaborado su Observación General 14 con el objeto de interpretar el derecho a la salud reglado por el artículo 12. Entre otras cosas ha considerado este órgano:

"4.- Al elaborar el artículo 12 del Pacto, la Tercera Comisión de la Asamblea General de las Naciones Unidas no adoptó la definición de la salud que figura en el preámbulo de la Constitución de la OMS, que concibe la salud como ‘un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente como ausencia de afecciones o enfermedades’. Sin embargo, la referencia que en el párrafo 1 del artículo 12 del Pacto se hace al ‘más alto nivel posible de salud física y mental’ no se limita al derecho a la atención de la salud. Por el contrario, el historial de la elaboración y la redacción expresa del párrafo 2 del artículo 12 reconoce que el derecho a la salud abarca una amplia gama de factores socioeconómicos que promueven las condiciones merced a las cuales las personas pueden llevar una vida sana, y hace ese derecho extensivo a los factores determinantes básicos de la salud, como la alimentación y la nutrición, la vivienda, el acceso a agua limpia potable y a condiciones sanitarias adecuadas, condiciones de trabajo seguras y sanas y un medio ambiente sano”³⁰.

“11.- El Comité interpreta el derecho a la salud, definido en el apartado 1 del artículo 12, como un derecho inclusivo que no sólo abarca la atención de salud oportuna y apropiada sino también los principales factores determinantes de la salud, como el acceso al agua limpia

³⁰ Consejo Económico y Social, El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud: 11/08/2000. E/C.12/2000/4, CESCR OBSERVACION GENERAL 14, General Comments

potable y a condiciones sanitarias adecuadas, el suministro adecuado de alimentos sanos, una nutrición adecuada, una vivienda adecuada, condiciones sanas en el trabajo y el medio ambiente, y acceso a la educación e información sobre cuestiones relacionadas con la salud, incluida la salud sexual y reproductiva. Otro aspecto importante es la participación de la población en todo el proceso de adopción de decisiones sobre las cuestiones relacionadas con la salud en los planos comunitario, nacional e internacional”.

El segundo instrumento con jerarquía constitucional que se refiere al ambiente aunque también de modo indirecto, es el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 1 cuando dispone que “1. Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural. 2. Para el logro de sus fines, todos los pueblos pueden disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales, sin perjuicio de las obligaciones que derivan de la cooperación económica internacional basada en el principio del beneficio recíproco, así como del derecho internacional. En ningún caso podrá privarse a un pueblo de sus propios medios de subsistencia.”

En el espacio de los instrumentos internacionales con jerarquía supra legal (primer párrafo art. 75.22 CN) referidos a los derechos humanos recién en el año 2003 (el 23/10/2003) se da ingreso al derecho al ambiente expresamente. Citamos dicha fecha porque es aquella en la que la Argentina ha procedido a depositar en Washington el instrumento de ratificación del Protocolo Adicional a la CADH en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, llamado Protocolo de San Salvador (suscripto en 1988) en la que se incluye el derecho al ambiente en su artículo 11.

La versión del derecho al ambiente del artículo 11 del Protocolo de San Salvador es interesante porque dispone las que veremos son las dos versiones del derecho, tanto la subjetiva como la objetiva. Dice: “Derecho a un Medio Ambiente Sano “1. Toda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos. 2. Los Estados Partes promoverán la protección, preservación y mejoramiento del medio ambiente”. En el primer numeral la norma reconoce el *derecho al ambiente* (quien mejor lo explica resulta ser Gómez Canotilho³¹) es decir la *situación jurídica subjetiva* en su *dimensión*

³¹ Ver GOMEZ CANOTILHO JOSÉ JOAQUIM, “Direito constitucional ambiental português e da União Europeia”, en GOMEZ CANOTILHO JOSÉ JOAQUIM y MORATO LEITE JOSÉ RUBENS (Organizadores), *Direito constitucional ambiental Brasileiro*, Saraiva, São Paulo, 2010, ps. 21/26, o las referencias que al mencionado trabajo haremos a continuación en el análisis del sistema portugués.

colectiva en terminología de Bidart Campos. Al indicar que “toda persona” tiene el derecho a vivir en un ambiente sano”, se reconoce el derecho colectivo sobre un bien de idénticas características. Recordemos que lo colectivo se puede configurar a) de modo subjetivo cuando un solo elemento afecta a un sinnúmero de personas (perjuicios individualizables y divisibles) o b) de modo objetivo con la afección de un objeto único e indivisible. En ambos casos el representante de la clase afectada sólo satisface su interés en la medida que sea satisfecho el interés de los demás en razón de la recíproca interdependencia que existe entre ellos³². El otro aspecto que incluye la norma, novedoso es la mención a los servicios públicos, que en materia ambiental gozan de una especialidad que ha sido analizada por alguna doctrina española de modo sagaz³³. En relación al texto, cuando proteja el objeto que satisface sus que además implica el deber de protección aunque la norma no lo indique. Interesante la referencia al ambiente como *sano*, elemento que repetirá la cláusula ambiental de la Constitución argentina. En el segundo numeral el citado artículo se dispone de la versión objetiva de ambiente, como lo menciona Gómez Canotilho el *derecho del ambiente*³⁴. Los tres mandatos que San Salvador trae sintetizan bastante bien la complejidad de la gestión. Dice el estado debe proveer a la “protección, preservación y mejoramiento” del medio ambiente.

Pero estas indicaciones genéricas del sistema interamericano se sofistican cuando ingresamos en la estructura específica del derecho ambiental. Siguiendo un criterio cronológico podemos decir que el derecho al ambiente ha tenido dos momentos de impulso trascendente³⁵: la

³² Para ver una impecable caracterización de estos derechos se puede consultar QUIROGA LAVIÉ HUMBERTO, BENEDETTI MIGUEL, CENICACELAYA MARÍA DE LOS ANGELES, *Derecho Constitucional Argentino, T I*, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2000, ps. 293/4.

³³ SANTAMARÍA ARINAS RENÉ JAVIER, “Los servicios públicos”, módulo 5 del Master a Distancia Interactivo de Derecho Ambiental, Servicio de Documentación de la Corte Internacional de Arbitraje Ambiental (CIACA), p. 1. En España, el artículo 26.1d de la Ley básica del Régimenes Locales (LBRL) establece la categoría de los servicios públicos ambientales en algunos casos obligatorios para las autoridades.

³⁴ Ver GOMEZ CANOTILHO JOSÉ JOAQUIM, “Direito constitucional ambiental português e da União Europeia”, en GOMEZ CANOTILHO JOSÉ JOAQUIM y MORATO LEITE JOSÉ RUBENS (Organizadores), *Direito constitucional ambiental Brasileiro*, Saraiva, São Paulo, 2010, ps. 21/26, o las referencias que al mencionado trabajo haremos a continuación en el análisis del sistema portugués.

³⁵ Dice Gabriel Real Ferrer que el enfoque cronológico de desarrollo del derecho ambiental se puede ordenar por *impulsos* que provocan el desarrollo de la disciplina. Dice el autor: “En lo que denomino las *olas*, la primera ola corresponde a la primera vez que hay un acuerdo mundial sobre la necesidad de tomar medidas debido a que transitamos un camino que nos lleva directamente al colapso ambiental y por lo tanto a un fracaso social. Esta primera ola la podemos visualizar en la Conferencia de Estocolmo de 1972, y cuyo trasunto legislativo fue la irrupción de lo ambiental en las Constituciones que se aprobaron desde esa fecha. Veinte años después ocurrió la segunda, la de Río, que se vio reflejada en las legislaciones de todos los países. La importancia de Río 92 es evidente, pues es a partir de entonces cuando se generalizaron una serie de instituciones jurídico-ambientales en las legislaciones de la mayoría de los países. La tercera ola -Johannesburgo 2002- debió introducir un cambio conceptual de primera magnitud del que debía inferirse la gran revolución jurídica que veníamos demandando pero que aún no se produjo. Así, el mero enunciado de las sucesivas conferencias de Naciones Unidas nos muestra la evolución que ha habido en la interpretación del problema ambiental” (REAL FERRER GABRIEL, “El

Conferencia de Estocolmo 1972 y la de Río 1992. La primera fue la fecha de nacimiento, la segunda la de su mayoría de edad.

Es verdad que antes de esa fecha se pueden encontrar normas que se refieren a la protección del entorno en términos parciales, es decir enfocadas sobre sistemas particulares. Anotamos, en 1916 la *National Park Service Act* de Estados Unidos; en Francia la ley del 21 de abril de 1906 que seguía el modelo de la ley de 30 de marzo de 1887, relativa a la protección de los monumentos históricos y megalíticos, continuando en la ley de 2 de mayo de 1930, que contemplaba conjuntamente la protección de los monumentos naturales y de los sitios de carácter artístico, histórico, científico, legendario o pintoresco; en Italia la ley de bellezas Naturales de 29 de junio de 1939. Ya más entrado el siglo XX, durante la década del cincuenta en EEUU se dictan una serie de normas de protección de los diversos sistemas. Anotamos la *Air Pollution Control Act* de 1955³⁶ (Ley de Control de la Contaminación del Aire) primera ley promulgada por el Congreso americano que aborda el problema ambiental en relación a la contaminación del aire. En segundo lugar tenemos *the Federal Water Pollution Control Act*, ley que fue significativamente reorganizada y extendida en 1972 con la *Clean Water Act*³⁷. La característica de este período es que se enfoca en porciones aisladas del entorno, no en su globalidad. El primer gran paso hacia la sistematización de la normativa lo da EEUU con la NEPA (*National Environmental Policy Act*, 42 U.S.C. §4321 et seq., 1969). Estamos en una época de ebullición. En Europa el mayo francés, del otro lado del océano los movimientos hippies, los textos y la conciencia cultural nueva, las revoluciones en Latinoamérica. Aparecen prosas señeras como *Silent Spring* de Rachel Carson; los informes del Club de Roma, institutos científicos que alertan sobre la fragilidad del planeta y sobre todo culturalmente el hombre llega a la luna y puede apreciar a la Tierra como un objeto abarcable. Este es –como dice James Lovelock– el reconocimiento de un nuevo órgano, la Tierra que vive y reacciona ante los estímulos negativos que como especie le damos. Como en el Aleph de Borges, será la sumatoria de todos estos fenómenos por un período muy corto lo que provoca la eclosión del sistema jurídico para alumbrar el derecho al ambiente en la Conferencia internacional convocada por Naciones Unidas en 1972. *Estocolmo no es casual*.

Es la Declaración de principios alumbrada en la Conferencia de Estocolmo 1972 la que reconoce el *derecho del hombre* a gozar de “condiciones de vida satisfactorias en un ambiente

Derecho ambiental y el derecho de la sostenibilidad”, Editado por Programa Regional de Capacitación en Derecho y Políticas Ambientales).

³⁶ Pub.L. 84-159, ch. 360, 69 Stat. 322.

³⁷ 33 U.S.C. §1251 et seq. (1972)

cuya calidad le permita vivir con dignidad y bienestar”. En ese mismo principio se regla el *deber solemne de protección* y mejora del ambiente para las generaciones presentes y futuras. Esta es la *piedra basal del derecho humano fundamental al ambiente*. La infancia del derecho pasa por la Carta de la Naturaleza de 1982, y ya entrados los ochentas el Informe de la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo “Nuestro futuro común” de 1987 (también llamado “Informe Brundtland”). El mundo seguía en crisis y por lo tanto resultaba necesario consolidar el derecho con otros aspectos. Forjado en 1972 este derecho tiene una adolescencia que se termina de consolidar en la Conferencia de Río 1992 que piensa en la fijación de un derecho fundamental al goce de condiciones adecuadas para el ambiente. Es la Declaración de Río 1992 la que en su primer principio asienta que todos los seres humanos tienen *derecho a una vida saludable, productiva en armonía con la Naturaleza*. Como en esos films de Roman Polanski en los que el recorrido es elíptico (*El inquilino, La muerte y la Doncella*), Río 92 es el punto de cierre, el final de ciclo en que la comunidad internacional vuelve sobre el espacio normativo y al ritmo de Estocolmo a apuntalar la figura del *derecho al ambiente*. Lo hace clausurando de un módulo virtuoso, que encuentra en esos morros cariocas tan singulares como paisaje inspirador, para dar respuestas a los elementos más básicos de la disciplina y el mejor modo que hasta la fecha se ha conseguido. De hecho el mundo se lo ha pasado intentando emular Río 92 (de eso se trató Johannesburgo 2002 o la reedición fallida de Río+20) con pocos resultados. Pasemos revista a todos estos pasos.

Como bien lo explica Real Ferrer³⁸, la “oleada de Estocolmo 1972” se puede verificar por su influencia *a posteriori* que es lo que podríamos denominar la constitucionalización del derecho al ambiente, que reconociendo origen en la mencionada declaración, se refleja durante las décadas del 70 y 80 del siglo XX en las constituciones europeas y latinoamericanas enmendadas por esos años.

Entre las normas europeas que responden al impulso de Estocolmo encontramos la Constitución de Grecia de 9 de junio de 1975 que centra en el Estado la obligación de proteger el ambiente natural; la Constitución de Portugal de 1979 que dispone que “Todos tendrán derecho a un ambiente humano de vida saludable y ecológicamente equilibrado y el deber de defenderlo”; la Constitución de España de 1978 que dispone en su artículo 45.1:

³⁸ REAL FERRER GABRIEL, “Del derecho ambiental al derecho de la sostenibilidad”, conferencia dictada 17 de julio de 2007 en el Cuarto Programa Regional de Capacitación en Derecho y Políticas Ambientales, San Salvador, El Salvador, del 17 al 27 de julio de 2007, organizado por Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA), el Ministerio de Medio Ambiente y Recursos Naturales de El Salvador, Ministerio de Medio Ambiente de España y Naciones Unidas

“todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo” entre otros contenidos. Hemos dado un rápido peneo porque en el punto que sigue analizaremos las diversas normas referidas a derechos fundamentales y sus tipologías.

En *Francia*, a pesar de que la Constitución de la Quinta República (1958) no contiene norma alguna, en el año 1985 la Asamblea Nacional sancionó el Código Ambiental. Para mejorar el nivel de protección en este país, se dictó mediante ley orgánica constitucional la titulada Carta del Medio Ambiente (ley constitucional 2005-205) que constituye, desde la reforma constitucional del 2005 el tercer pilar del Preámbulo de la ley suprema, adicionándosele a la Carta de los Derechos Económicos y Sociales, complementaria de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. Con ella adquirió jerarquía Constitucional la problemática ambiental y la preocupación por el desarrollo sostenible³⁹.

En *Alemania* la Ley Fundamental de Bonn (1949) traía un numeral referido a la legislación básica de la federación sobre caza, protección de la naturaleza y estética del paisaje (ξ75), lo que se consolidó con las enmiendas posteriores que incorporaron el ξ20.a.

En cuanto al desarrollo en Europa del derecho humano al ambiente, es importante reconocer el enorme rol que ha cumplido la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sobre todo con el leading case “López Ostra”⁴⁰.

³⁹ Para profundizar estos aspectos de derecho comparado recomendamos la lectura de LÓPEZ ALFONSÍN MARCELO, *Derecho ambiental*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2012, ps. 84/5.

⁴⁰ El caso es que la señora Lorca vivía en la ciudad de Murcia en Murcia, España. La ciudad posee una elevada concentración de industrias del cuero. Ellas y el Municipio realizan la construcción de una planta depuradora de agua y residuos sólidos a doce metros de la casa de la demandante y además sin estudio previo ambiental. Las autoridades locales a un año del funcionamiento ordenan la suspensión de una parte de las actividades - depuración de residuos químicos y orgánicos- pero autoriza la continuación de la actividad de depuración de aguas residuales. Los informes periciales y las testimoniales permitían a los magistrados percatarse de que aún con ésta acotada actividad había peligro de afectación a la salud. Para poder ingresar en el estudio del caso el TEDH tuvo que entender que la pretensión respecto a las afecciones del ambiente trataba sobre la potencial afectación de un derecho fundamental. En esto radica la importancia de la sentencia, que en los considerandos 52 y 58 extiende el derecho al ambiente como parte del elenco de derechos fundamentales aunque de modo incipiente y no autónomo, vinculado al derecho a la integridad del domicilio y la salud. Para comprender la trascendencia de la sentencia “López Ostra” veamos el considerando 51 que dice: “No obstante, va de suyo que algunos ataques graves al medio ambiente pueden afectar al bienestar de una persona y privarla del derecho al disfrute de su domicilio a través de un daño en su vida privada y familiar sin que, sin embargo, se ponga en grave peligro la salud del interesado. Tanto si, como lo desea la demandante, se aborda la cuestión bajo el ángulo de las obligaciones positivas de los Estados - adoptar las medidas razonables y adecuadas para proteger los derechos del individuo en virtud del párrafo 1 del artículo 8 - como si se aprecia desde la perspectiva de las injerencias de las autoridades públicas en los términos del párrafo 2 los principios aplicables son muy parecidos. En ambos casos y a pesar del amplio margen de apreciación con que cuentan los Estados, ha de procurarse un justo equilibrio entre los intereses concurrentes del individuo y de la sociedad. Además incluso para las obligaciones positivas que resultan del párrafo 1, los objetivos enumerados en el párrafo 2 pueden jugar un cierto

En *Latinoamérica* la oleada de Estocolmo 1972 ha sido muy importante e incluye las siguientes cartas fundamentales⁴¹: Panamá (1972), Cuba (1976), Perú (1979, sustituida en 1993), Ecuador (1979, sustituida en 1998), Chile (1980), Honduras (1982), El Salvador (1983), Guatemala (1985), Haití (1987), México (1987), Nicaragua (1987), Brasil (1988), Colombia (1991), Paraguay (1967-1992). La oleada que siguió a Río 1992 se puede considerar como responsable de las cláusulas ambientales de Argentina (1994), República Dominicana (1994), Ecuador (1998) Venezuela (1999) entre otras. La última oleada en Latinoamérica se ha dado con las reformas de las Constituciones de Ecuador (2008) y Bolivia (2009) donde surge la idea más vanguardista aún de *naturaleza o pacha mama* como *sujeto de derechos*.

Este recorrido nos ilustra sobre la calidad del *derecho al ambiente* como *derecho humano fundamental* en todo el mundo, proceso que tuvo durante las últimas décadas del siglo pasado su desarrollo en casi todos los Estados del mundo, en consonancia con los vientos que soplaban desde las Conferencias internacionales enfocadas al tema que fueron aggiornando desde fuera los contenidos de las normas internas de cada país, protectoras del ambiente.

Su formulación en la Argentina (artículo 41 CN) tiene antecedentes varios: a) en los instrumentos internacionales referidos al ambiente, sobre todo las *Declaraciones de Estocolmo 1972* y *Río 1992* que son las más emblemáticas; b) las Constituciones provinciales que cuando la Argentina ingresa a la enmienda constitucional de 1994 ya habían sido dadas a lo largo de la década del 80⁴²; c) causas judiciales emblemáticas de la década del ochenta entre otras el *leading case* “Kattan”⁴³.

En cuanto al *derecho al ambiente como derecho fundamental*, específicamente en la Argentina reconoce fuente primogénita es el artículo 41 de la Constitución nacional, ingresado con la reforma de 1994. En dicha norma se incorpora el “derecho” que tienen

papel en la búsqueda del deseable equilibrio entre el interés general y el derecho individual”. (TCE 41/1993/436/515, sentencia del 9 de diciembre de 1994).

⁴¹ Seguiremos en esto BRAÑES RAÚL, *Informe sobre el desarrollo del derecho ambiental latinoamericano, su aplicación después de diez años de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el medio ambiente y el desarrollo*, Editado por el PNUMA Oficina regional para América Latina y el Caribe, México 2001.

⁴² Siguiendo ese análisis recordamos entre otras, las constituciones de Catamarca (1988), San Juan (1988), Córdoba (1987), Río Negro (1988), Formosa (1991) (hasta su reforma de 2003), Tierra del Fuego Antártida e Islas del Atlántico Sur (1991).

⁴³ Juzgado Nacional de 1a Instancia en lo Contencioso-administrativo Federal Nro. 2 (JN Fed. Contencioso administrativo) (Nro2), “Kattan, Alberto E. y otro c/ Gobierno Nacional -Poder Ejecutivo”, 10/05/1983, LA LEY 1983-D, 576; Guillermo Cano, “Un hito en la historia del derecho ambiental argentino”, publicado en La Ley, 1983-D-568.

“todos los habitantes” a *gozar* de “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” incorporando en simultáneo “el deber de preservarlo”, con lo que se deja sellada una de las características distintivas de los derechos de tercera generación que son derechos deberes.

El segundo espacio a considerar es el de los *instrumentos internacionales* referidos a los derechos humanos que en la Argentina -conforme la organización dada por nuestra Carta Magna- poseen diferentes jerarquías, algunos la máxima –constitucional- (conforme segundo párrafo, art. 75.22 CN) en otros casos de segundo grado, superior a las leyes nacionales (conforme primer párrafo, art. 75.22 CN). A ellos nos hemos referido.

6. El perfil incipiente del Estado ambiental de derecho en Argentina.

La cláusula ambiental argentina emerge en 1994 con la reforma constitucional, pero como parte de una estructura más amplia. Ella puede pensarse desde el punto de vista dogmático (derechos) y también desde el espacio de los poderes (orgánico) y con pleno reenvío entre ambos, porque el derecho al ambiente se rodea de contracciones tanto en el sistema de derechos como en el sistema del nuevo Estado de derecho ahora *Estado ambiental de derecho*.

Básicamente el magma del que emerge la cláusula se puede describir del siguiente modo:

1. *Formas semidirectas de democracia*: se reglan las figuras del plebiscito y la consulta en el artículo 40 CN, y la iniciativa legislativa en el art. 39 CN que es la posibilidad de que los ciudadanos puedan presentar proyectos de leyes en determinadas materias.
2. *Reconocimiento de derechos de incidencia colectiva*: se reconocen dos nuevos derechos que ingresan en este páramo con artículos específicos (ambiente, art. 41 CN; usuarios y consumidores, 42 CN), pero sobre todo, en el artículo 43 se incluye otra tipología relacionada con la igualdad (la norma se enfoca en contra de cualquier forma de discriminación), a la que se anexan menciones directas a “derechos de incidencia colectiva en general” en ese mismo artículo.
3. *Federalismo de concertación*: se disponen una serie de nuevas pautas en la relación Gobierno Federal y provincias, tales como nuevas facultades en favor de las provincias: a) celebración de convenios internacionales o b) para la creación de regiones (art. 124 CN), c) facultades de policía en materia de establecimientos de utilidad nacional (art. 75.30

CN), d) autonomía municipal (art. 124 CN), competencias concurrentes en materia ambiental (art. 41 tercer párrafo CN), reconocimiento de autonomía personal en favor de los pueblos originarios (75.17 CN), nuevas facultades provinciales en materia impositiva y tributaria, así como la regulación de la ley convenio (art. 75.2 CN), nuevas facultades del Congreso en materia de regiones y desarrollo del territorio nacional (75.19 CN) nueva competencia complementaria en materia de educación (art. 75.19 CN).

4. *Jerarquización de convenios internacionales de derechos humanos que pasan a tener rango constitucional.* Se elevan a jerarquía constitucional varios tratados sobre derechos humanos (segundo párrafo del artículo 75.22 CN) que rodearán la nueva concepción de ciudadanía en el Estado ambiental de derecho.
5. *Democracia representativa, enriquecida por fórmulas participativas, y de consenso.* El artículo 22 CN pervive perfectamente, motivo por el cual nuestro pueblo sigue siendo el depositario de la soberanía y sus representantes son quienes gobiernan y deliberan en su representación. Pero este modelo clásico es sofisticado por remozados mecanismos de participación ciudadana adquiridos por nuestro sistema constitucional en varios de los instrumentos internacionales de derechos humanos que han sido dotados de jerarquía constitucional⁴⁴.

Describe el contenido general de la cláusula la Convencional Roulet (presidenta de la Comisión de Nuevos Derechos y Garantías encargada de la redacción del proyecto de norma) en su presentación ante el pleno de la Convención que: “se trata, en efecto, de un nuevo derecho de los llamados de tercera generación, que tienen que ver con la conciencia cada vez más amplia que se ha ido formando en las últimas décadas sobre la crisis gravísima que está afectando la supervivencia del planeta Tierra, lo cual significa la supervivencia del género humano”⁴⁵.

⁴⁴ La participación aparece reglada en nuestra Constitución Nacional a través de los pactos internacionales de derechos humanos que poseen jerarquía constitucional. Enumeramos a) art. 21 de la Declaración Universal de Derechos Humanos donde dice que toda persona tiene derecho a 1.- “participar en el gobierno de su país directamente o por medio de representantes libremente escogidos”; b) art. 23 inciso 1 ap. a) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, donde se exige que todos los ciudadanos deben gozar – entre otros derechos y oportunidades – de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos”; art. 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; d) art. 20 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

⁴⁵ Completa los antecedentes de la norma la Presidenta de la Comisión Roulet cuando dice: “El hombre es, en gran medida, el responsable de las alteraciones que padece el planeta. Durante casi toda su existencia las grandes perturbaciones fueron producto de fenómenos naturales —catástrofes como los terremotos, las inundaciones, etcétera—. En los dos últimos siglos el hombre es el responsable directo de esas perturbaciones y también es su víctima. La toma de esa conciencia ha tenido manifestaciones, en particular comenzando por acciones de las Naciones Unidas, en las que los gobiernos, por ejemplo, a través de la Conferencia de Estocolmo de 1972,

Quiroga Lavié, Benedetti y Cenicacelaya cuando dicen que la reforma de 1994 plasma una amplia tutela al ambiente en diversas normas: una central (art. 41 CN) que en cuatro párrafos excede largamente la mera consagración a nivel federal del derecho al ambiente; otra procesal (art. 43 CN) y variadas referencias incidentales: artículo 75.17 (Pueblos indígenas), artículo 75.19 y 125 párrafo 2 (desarrollo humano) artículo 124 (dominio originario de los recursos naturales). Además, con el otorgamiento de jerarquía constitucional a una amplia lista de instrumentos de derechos humanos internacionales (artículo 75.22) entendemos que fortalece el derecho humano al ambiente, que encuentra fundamento en especial en el artículo 12.b del Pacto internacional de Derechos Económicos Sociales y en el sistema americano, artículo 11 del Protocolo de San Salvador⁴⁶.

Humberto Quiroga Lavié, Cenicacelaya y Benedetti califican este sistema que rodea a la norma como la expresión de un verdadero Estado Ecológico de Derecho” tal como lo ha definido definitivamente la doctrina alemana (Würtemberger)⁴⁷.

En cuanto a los contenidos generales la cláusula ambiental se divide en cuatro párrafos que se pueden distribuir a grandes rasgos así:

empezaron la discusión de lo que en aquel momento se llamó la "Conferencia del hombre y la biosfera", es decir, las relaciones del hombre con el planeta. Durante el período que va de 1972 a 1992, año en que se realiza la Cumbre de Río de Janeiro, una muy importante acción científica clarificó muchos de los problemas que están afectando a la Tierra. Allí, sobre la base de un informe muy conocido —el informe Brundtland— se pudo establecer un conjunto de principios y se prepararon varios convenios que fueron suscriptos por los casi ciento cincuenta jefes de Estado que asistieron a dicha Cumbre. En primer lugar, la Declaración de Río sobre Ambiente y Desarrollo; en segundo lugar la "Agenda XXI"; en tercer lugar el Convenio sobre las Forestas; en cuarto lugar el Convenio sobre el Cambio Climático; y, por último, el Convenio sobre la Biodiversidad. En esa primera Declaración sobre Ambiente y Desarrollo se estableció lo que puede ser considerado un principio fundamental, es decir, el derecho del hombre a una vida saludable y productiva, en armonía con la naturaleza. Todas las constituciones recientes —España, Portugal, Perú— y las constituciones provinciales reformadas después de 1993 contienen el tema. En la comisión que ha tratado este tema debimos analizar 122 proyectos de señores convencionales, 6 proyectos presentados por instituciones no gubernamentales y 3 proyectos de instituciones gubernamentales externas. Entre los proyectos externos quiero destacar el de Greenpeace, el del Premio Global 500 de Naciones Unidas, el de la Federación Argentina de Arquitectos y el del Parlamento Ecológico Nacional, que fueron tenidos en cuenta en los trabajos que realizamos en cada bloque de acuerdo con la metodología establecida, y luego en los trabajos del plenario. Muchas organizaciones no gubernamentales enviaron comunicaciones de distinto tipo y solicitaron entrevistas. Como criterio general se determinó la no realización de reuniones de la comisión con las distintas instituciones debido a la falta de tiempo y no a desinterés, no obstante lo cual hubo una presentación muy breve del Parlamento Ecológico Nacional en el seno de la comisión y la Presidencia recibió a autoridades de Greenpeace, quienes entregaron cinco mil firmas autógrafas que acompañaban el proyecto que anteriormente nos habían hecho llegar” (Intervención de la Convencional por Buenos Aires, Elva Roulet, presidenta de la Comisión de Nuevos Derechos y Garantías, el día 20.7.1994 en el plenario de la Convención Reformadora).

⁴⁶ Al respecto se puede consultar QUIROGA LAVIÉ HUMBERTO, BENEDETTI MIGUEL, CENICACELAYA MARÍA DE LOS ÁNGELES, *Derecho Constitucional Argentino*, T I cit. ps. 296/7. Esta visión sistémica también es considerada por Néstor Cafferatta en su *Tratado jurisprudencial y doctrinario de derecho ambiental*, (cit., en su página 203).

⁴⁷ QUIROGA LAVIÉ HUMBERTO, BENEDETTI MIGUEL, CENICACELAYA MARÍA DE LOS ÁNGELES, *Derecho Constitucional Argentino*, T I cit. ps. 297/9.

- el primero con la regulación del derecho-deber al ambiente en el marco del desarrollo sostenible y una captura final sobre la figura del daño ambiental;
- el segundo los mandatos a las autoridades;
- el tercero la fórmula competencial en materia ambiental para las autoridades constituidas de la Nación y las provincias;
- y finalmente el cuarto párrafo la prohibición de policía respecto al ingreso de residuos peligrosos y radiactivos al territorio nacional.

En segundo término tendremos el macro sistema constitucional, que es aquel que expande los contenidos ambientales al resto del articulado de la Constitución nacional. Entre varios de estos aspectos surgen contenidos muy variados, desde los aspectos referidos a los nuevos “tributos verdes” (arts. 4/75.2 CN) los referidos a establecimientos de utilidad nacional que pueden servir para la gestión de la conservación estricta del ambiente (art. 75.30 CN) así como los aspectos relacionados con pueblos originarios (art. 75.17 CN), dinámica del federalismo de concertación ambiental (arts. 5, 8, 9, 10, 11,12,13, 75.13, 75.18, 75.19, 121, 123, 124, 125 CN) entre otros.

Daniel Sabsay con claridad explica que la reforma de 1994 operó ampliamente sobre el sistema de derechos y garantías, pese a las dificultades que se planteaban al constituyente con la modificación de la parte doctrinaria de la Constitución, ya que recordemos que la ley 24309 vedaba bajo pena de nulidad todo cambio en los arts. 1 a 35. Asimismo, cabe señalar que la ley declarativa de necesidad de reforma habilitaba a la Convención a realizar varias modificaciones a la parte dogmática de la Constitución, nuevos derechos y garantías y regímenes de los tratados internacionales. En función de este mandato el constituyente de reforma asumió la decisión de incorporar nuevos derechos y garantías y de agregar otros contenidos doctrinarios a los ya existentes, a través de la atribución de nuevas facultades del Congreso, de modo tal que la redacción de la ley Fundamental exhibe un nuevo perfil institucional en la materia”. Y concluye Sabsay: “la introducción en 1994 de la voz ‘desarrollo humano’ al cuerpo de la Constitución se inscribe dentro del marco de la ampliación de su ‘techo ideológico’ e importa la incorporación de un nuevo valor que irradia tanto sobre la parte dogmática como sobre la parte orgánica de la ley fundamental. Estamos

frente a un nuevo modelo de desarrollo que integra la noción de orden público ambiental que la Corte Suprema ha tomado en varios de sus fallos⁴⁸.

Específicamente en materia legislativa ambiental la ley general del ambiente 25675 (en adelante LGA) dispone de prerrogativas que se interrelacionan al derecho apuntalando este nuevo perfil de “ciudadano ambiental”: artículo 16 para el derecho de acceso a la información pública ambiental y artículo 19 para el derecho a la participación ciudadana, y estos nuevos modos de ejecución ciudadana en procesos de toma de decisión estratégicas OAT y EIA.

Lorenzetti –hábilmente- nos da algunas pistas sobre los contenidos que podría tener la noción en la barriada ambiental: a) interrelación entre derechos subjetivos clásicos y paradigma ambiental, lo que reconduce la autonomía de la voluntad y el contrato liberales desde lo que él describe –siguiendo la tesis de Loperena Rota que así lo refería- como límite externo a los mencionados derechos decimonónicos, configurado por las normas ambientales; b) el orden público de coordinación en donde las leyes ambientales se muestran como una expresión del mismo; c) principio de sociabilidad compuesto por la función social como adecuación del vínculo privado a la justicia social, como utilidad social, y función económico-social. En este sentido los derechos subjetivos se deben coordinar con las demás creaciones individuales, sin llegar a un intervencionismo, pero sí habilitando al Estado a adecuar coordinando⁴⁹; c) la función ambiental que se compone del derecho al ambiente, el deber de no contaminar y la obligación de recomponer, resarcir y no comprometer a las generaciones futuras; d) el uso sustentable y la gestión sustentable; e) uso racional⁵⁰.

Todos estos elementos que forman la cosmovisión de Lorenzetti, pero entendemos coinciden con este esquema que proponemos que refunda cada espacio del Estado de derecho en clave ambiental.

Enseña Horacio Rosatti que “sólo un sistema democrático completo, que propicie la participación de todos y se proponga la consecución de fines valiosos, será capaz de comprender la complejidad del tema ambiental y su vinculación directa con la calidad de vida social (actual y futura). Una perspectiva *axiológica procesal o procesal axiológica* no sólo

⁴⁸ SABSAY DANIEL ALBERTO, “El modelo de desarrollo sustentable”, en Sabsay Daniel (Director) Manilli Pablo (coordinador), *Constitución de la Nación Argentina Tomo 2*, Hammurabi Depalma José Luis, Buenos Aires, 2010, ps. 207/218. También se puede consultar SABSAY DANIEL ALBERTO y DI PAOLA MARÍA EUGENIA, “El Federalismo y la Nueva Ley General del Ambiente”, *Doctrina Judicial*, ADLA LXIII-A.

⁴⁹ Para profundizar estos aspectos en el nuevo código unificado se recomienda LORENZETTI PABLO, “Compatibilización entre la esfera pública y la privada y entre el ámbito colectivo y el individual, en el Código Civil y Comercial de la Nación”, Publicado: SJA 2015/09/30-3 ; JA 2015-III

⁵⁰ LORENZETTI RICARDO, *Teoría del derecho ambiental*, La ley, Buenos Aires, 2008, ps. 39/49.

garantizará tomar las mejores decisiones (a mayor cantidad de opiniones sobre cuestiones no reservadas a las ciencias exactas menor margen estadístico de error) sino que asegurará la defensa social de esas decisiones frente al poder de los intereses sectoriales (siempre se está dispuesto a defender aquello en lo que se ha participado, pero difícilmente aquello que no se conoce por no haber intervenido en su gestación)⁵¹.

Néstor Cafferatta aporta su visión cuando describe lo que él llama orden público ambiental. Dice que “En este contexto, no hay dudas de que en la problemática o cuestión ambiental, existe algo más que los clásicos o tradicionales derechos individuales (en su tipo derechos subjetivos o intereses legítimos), referidos a bienes propios o bienes disponibles, o que incluso exceden los bautizados o identificados como categoría intermedia, de intereses plurales individuales de un grupo de gentes, porque en pureza, los derechos ambientales son supraindividuales, impersonales o de masa, referidos al bien colectivo ambiente. Por lo que en la mayoría de los casos, están en juego los intereses del conjunto social que además representan un orden intergeneracional. La propia Ley 25675 General del Ambiente (que presenta una regulación colindante con la reglamentación del artículo 41 de la Constitución Nacional), enuncia como principios básicos del derecho ambiental, los muy singulares principios de sustentabilidad y de equidad intergeneracional. Que en el fondo, implica la necesidad de armonizar, coordinar, compatibilizar, articular, conjugar, buscar el equilibrio, entre diversos intereses, actividades, o sectores, igualmente protegidos por el derecho, en forma proporcionada, racional o razonable, mediante un juicio de ponderación, que nos lleva de la mano, una vez más, al concepto de ‘orden público de coordinación’, que asoma de manera relevante, en el artículo 240 del Código Civil y Comercial, con base en los artículos 1, 2 y 3 del título preliminar. Porque según esta nueva normativa unificada del Derecho Privado, la labor del operador jurídico, en especial del juez, en la resolución de los casos que rige el Código, no se agota en subsumirlo en las leyes que resulten aplicables, sino es necesario que dicha aplicación, mediante ‘una decisión razonablemente fundada’, sea ‘conforme con la Constitución y los tratados de derechos humanos’, porque la ley deber ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, la leyes análogas, las disposiciones de los tratados sobre derechos humanos, los principios y valores jurídicos de modo coherentes con todo el ordenamiento. El Derecho Ambiental no es un derecho neutral (contiene una obligación de resultado), es esencialmente ‘valorista’ (el valor es un bien final, una meta, permite señalar una finalidad a la acción), es decir, establece una orientación a la razón

⁵¹ ROSATTI HORACIO, *Derecho ambiental constitucional*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2004, p. 62.

técnica (Ricardo Lorenzetti)⁵² explica Cafferatta y continúa explicando que “También es un nuevo derecho, cargado de principios, que constituyen normas jurídicas ‘prima facie’ o en ‘estado germinal’, no conclusivo, pero que orientan las acciones y las decisiones, y se levantan como axiomas del orden jurídico, que proporcionan un argumento, presionando en una dirección”⁵³.

Pablo Lorenzetti al analizar el nuevo Código unificado nos advierte que “en materia medioambiental se ha sostenido que la preservación de este macro bien opera como una suerte de presupuesto o prerequisite para el disfrute de los demás derechos, motivo por el cual, en casos de colisión de normas tuitivas, debe estarse siempre a privilegiar la protección del ambiente. Las generaciones futuras como sujetos de derecho constitucional se hallan también amparadas por el artículo 41 de la Carta Magna, al igual que lo están los consumidores y usuarios por el artículo 42. De manera contundente, entonces, el equilibrio entre derechos colectivos e individuales posee sustento normativo en la Constitución Nacional, circunstancia que es receptada por el Código en cada uno de los preceptos que hemos comentado. En nada desvirtúa el nuevo Digesto en este punto lo ya vigente a partir de la reforma constitucional de 1994 en nuestro ordenamiento jurídico; circunstancia por la cual, prima facie, no aparecerían como fundados aquellos temores vinculados a la posibilidad de avasallamiento de ciertos derechos individuales que facilitarían el Código Civil y Comercial.

Otro autor que advierte sobre este aspecto es Federico Zonis en un trabajo que pudo haber pasado desapercibido en relación a este punto, pero que se aplica perfectamente. Porque plantea la calidad de las democracias a partir de la eficacia con que se goza el derecho al ambiente. Básicamente la tesis del autor es que “la calidad de la democracia debe medirse no sólo en el efectivo goce de los derechos civiles y políticos, sino también en la totalidad de los derechos del ciudadano y en general de aquellos que corresponden a los habitantes de la Nación”. El autor expresamente reflexiona que el derecho ambiental es un derecho humano. Siendo que “la eficacia ambiental de un Estado está dada por el efectivo y real derecho de los ciudadanos a gozar de un ambiente sano y equilibrado” para Zonis la forma en que se proteja

⁵² LORENZETTI, Ricardo, cit., p. 20.

⁵³ CAFFERATTA, NÉSTOR A., "Orden público en el derecho ambiental", publicado en: LA LEY 12/11/2015, 12/11/2015, 1 - LA LEY2015-F, 819

el ambiente a través de las diferentes expresiones del Estado de derecho serán componentes esenciales del sistema⁵⁴.

En el ámbito jurisprudencial ha sido la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina la que ha hecho desembarcar esta figura recientemente cuando se sostuvo:

“Estamos en nuestro caso ante las puertas de lo que es un *Estado ambiental de derecho*.

La Constitución Nacional tutela al ambiente de modo claro y contundente y esta Corte Suprema ha desarrollado esa cláusula de un modo que permite admitir la existencia de un componente ambiental del estado de derecho. Por esta razón, cabe señalar que la efectividad que se reclama para todos los derechos fundamentales, también debe ser predicada respecto de los de incidencia colectiva y en particular del ambiente. Ello es así, pues le corresponde al Poder Judicial de la Nación buscar los caminos que permitan garantizar la eficacia de los derechos, y evitar que estos sean vulnerados, como objetivo fundamental y rector a la hora de administrar justicia y de tomar decisiones en los procesos que se someten a su conocimiento. No debe verse en ello una intromisión indebida del Poder Judicial cuando lo único que hace es tender a tutelar derechos, o suplir omisiones en la medida en que dichos derechos pueden estar lesionados (Fallos: 328: 1146).

Que de tal manera, el Tribunal como custodio que es de las garantías constitucionales, y con fundamento en la Ley General del Ambiente, en cuanto establece que "el juez interviniente podrá disponer todas las medidas necesarias para ordenar, conducir o probar los hechos dañosos en el proceso, a fin de proteger efectivamente el interés general" (artículo 32, ley 25.675), ordenará las medidas que se disponen en la parte dispositiva de este pronunciamiento”.

(CSJ 5258/2014 ORIGINARIO “Asociación Argentina de Abogados Ambientalistas de la Patagonia e/ Santa Cruz, Provincia de y otro s/ amparo ambiental” resolución del 26.4.2016).

Esta sentencia es el final de un camino. A modo de filmografía, como una poética, las palabras de la sentencia de la Corte cobran sentido cuando detrás guardan ese recorrido. Empezamos en Carré de Malberg, pasamos por Haberle, Bidart Campos, en determinado momento afincamos en Quiroga Lavié, que es quien acuña el concepto y finalmente pasamos a Canosa Usera. Llegamos a ella porque primero pasamos por un Estado de derecho clásico, en una segunda etapa, un estado social, y finalmente llegamos al Estado ambiental de derecho como última evolución de vanguardia.

Como reconoce la Corte, estamos ante “las puertas de lo que es un *Estado ambiental de derecho*”, frase que en el caso sirve para entender aquello a lo que la sentencia se refiere en este considerando 3.

⁵⁴ ZONIS FEDERICO, “La calidad de las democracias y la eficacia del derecho ambiental”, SJA 9.2.2011, también en CAFFERATTA NÉSTOR, *Tratado jurisprudencial y doctrinario de derecho ambiental, Tomo II: textos completos*, La Ley, 2012, ps. 625/634.

Analicemos cada parte del considerando que resulta de enorme sustancia para moldear el concepto. En primer término, la Corte dispone que “*La Constitución Nacional tutela al ambiente* de modo claro y contundente y esta Corte Suprema ha desarrollado esa cláusula de un modo que permite admitir la *existencia de un componente ambiental del estado de derecho*” (el destacado nos pertenece). La referencia al derecho fundamental al ambiente como base del nuevo modelo enfoca el modo del viraje de timón. El Estado social se hace ambiental por la necesidad de satisfacer el derecho fundamental al ambiente. Esta será la base del nuevo Estado constitucional.

En cuanto a la propuesta de “efectividad” “que se reclama para todos los derechos fundamentales, también debe ser predicada respecto de los de incidencia colectiva y en particular del ambiente” la Corte pone énfasis no sólo en la declamación, normación del derecho; debemos avanzar sobre la *efectividad* en su goce. En esto el compromiso debe provenir de todos los espacio del Estado.

Sobre el final del considerando se dice “le corresponde al Poder Judicial de la Nación buscar los *caminos que permitan garantizar la eficacia de los derechos*, y evitar que estos sean vulnerados, como objetivo fundamental y rector a la hora de administrar justicia y de tomar decisiones en los procesos que se someten a su conocimiento. No debe verse en ello una intromisión indebida del Poder Judicial cuando lo único que hace es tender a tutelar derechos, o suplir omisiones en la medida en que dichos derechos pueden estar lesionados”. El objetivo de los órganos en un Estado de derecho es otorgar plena eficacia a las prerrogativas fundamentales lo que modula el perfil.

Esta sentencia –en perspectiva estructural junto a “Martínez” y “Salas”- muestran una tesis de federalismo ambiental con la que coincidimos pero que da un viraje respecto al que desde 2002 se viene ejercitando. Estamos ante un ensanchamiento de los controles ejercitados por el orden central sobre las autonomías locales. En “Salas” sucedió “en lo fáctico”, por la potencial responsabilidad internacional del Gobierno Federal gatillada desde las cláusulas federales de los convenios internacionales y por la agresión a un derecho fundamental por un conflicto pero que se sabe –*ab initio*- es local. En “Martínez” se va más allá y se interviene por un conflicto pero “en abstracto”, con claras derivaciones fáctica⁵⁵ y por la posible “desnaturalización” de un presupuesto mínimo por normas complementarias locales que

⁵⁵ Se enumeran problemas en la salud, el ambiente, pero el foco del caso es una norma local que no responde al esquema del artículo 6 LGA porque impide la uniformidad de los PMPA.

provocarían una pérdida de “tutela ambiental uniforme o común para todo el territorio nacional” desde la creación de licenciamientos ambientales no previstos en el artículo 12 LGA. Desde ese contorno, “Asociación de Abogados Ambientalistas de la Patagonia” un conflicto que pareciera no tener consecuencias federales hasta que se verifican los problemas que para espacios de interés federal pueden derivarse de este emprendimiento. Nuevamente muestra un ensanchamiento de la base de intervención de los poderes del orden federal o en realidad, recuerda que algún espacio debe poseer esta comunidad jurídica parcial central en nuestro federalismo ambiental.

A pesar de que hasta la fecha habíamos transitado por un modelo cuasi confederado en materia ambiental, desde que se desconociera el poder de la Nación de legislar o gestionar la mencionada uniformidad por el orden federal; con estas resoluciones que ha dictado la Corte en los últimos tiempos –un proceso que nace en 2008 y se viene fortaleciendo hasta hoy- verificamos el advenimiento –necesario- de un nuevo diálogo federal. Resta que el área ambiental de gestión de la Nación (hoy Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sustentable) se coloque en la misma sintonía que el Alto Tribunal y comience a ejercitar un rol más activo de defensa de las instituciones nacionales, de defensa de los PMPA sobre los complementos provinciales, y los conflictos puntuales pero que pueden generar interferencias en intereses federales relevantes.

7. Nuestra posición.

El recorrido de este Estado ambiental de derecho se desgrana en una nueva consideración del concepto de ciudadanía. Estamos ante un bisoño actor, activo, que titulariza derechos como ciudadano y no sólo como hombre. Esto lo convierte al sujeto titular en un personaje central de la película ambiental. Este hombre que es ciudadano habitante, sujeto activo, titular del derecho al ambiente, asume un rol protagónico, en que se le dispensan una serie de condiciones para facilitar el desempeño de actos conducentes para participar de la gestión de los bienes colectivos. El Estado es nuevo, el derecho es nuevo, transformando al titular de ese derecho.

Este punto se imbrica con el nuevo diseño de los órganos públicos en tiempos del Estado ambiental de derecho. Por un lado se muda el centro de actuación que en una democracia representativa estaba en cabeza del detentador del poder, pasando al destinatario. Es el ciudadano el eje central de la nueva modalidad que sume el Estado.

En cuanto al diseño hacia afuera, el nuevo Estado ambiental de derecho obliga a repensar la estructura en pleno diálogo de poderes. En el perfil horizontal es decir en la misma comunidad jurídica parcial de derecho, se exige la adecuación de la toma de decisión en un elevado grado de consenso e integración de los sectores específicos. Las políticas que se adopten en materia ambiental no pueden soslayar la necesidad de integración (art. 5 LGA) y en ese sentido, la conformación de mesas de diálogo, mecanismos de cuenca, o autoridades de saneamiento, permite asumir, coordinar y satisfacer los diversos puntos de vistas en materia de gestión del bien jurídico ambiental. La integración sea procesal como orgánica, serán los espacios más idóneos para este tipo de perfil. También los mecanismos de consulta vinculante al área ambiental la que debe, necesariamente ser fortalecida e integrada en toda toma de decisión sectorial con influencia sobre el entorno.

Será excluyente el requisito de concertación de políticas federales entre el orden nacional y los órdenes locales. Para ello la gestión que el Estado persiga sobre bienes colectivos debe permitir garantizar todos estos aspectos.

Surge un **federalismo ambiental novedoso**. De esto hemos escrito en abundancia⁵⁶, pero queremos advertir sobre algunos perfiles que no se han considerado aún, que son los estadios finales del mismo. Mucho se ha dicho respecto al diseño de competencias legislativas con un modo particular de *conurrencia*, bajo el prisma de la complementariedad, donde se comparte la producción de normas ambientales por el Gobierno federal (quien dicta los presupuestos mínimos de protección) y los gobiernos provinciales y municipales (quienes dictan las normas complementarias). En este esquema las normas inferiores se ajustan a las superiores en tanto y en cuanto su grado de protección sea más alto (complemento y optimización).

⁵⁶ Entre otras el libro *Competencias ambientales*, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008. Pero también una serie de artículos: “El federalismo ambiental. Reparto de competencias legislativas en materia ambiental en la constitución nacional y la ley general del ambiente 25.675” en *Lexis Nexis* del 7.1.2004, p. 3/30.16; “Federalismo ambiental: la competencia judicial en materia ambiental” en *Revista de Derecho Ambiental* de la editorial Lexis Nexis, julio septiembre de 2005, ps. 238/248.19; nota a fallo “Competencias ambientales y federalismo. La complementariedad maximizante ha llegado a la justicia”, en *Revista de Derecho Ambiental de Lexis Nexis*, número 6, abril/junio de 2006, Buenos Aires, ps. 191/207.33; “La competencia judicial ambiental en el artículo 7 de la ley general del ambiente”, en el número 31 de la *Revista de Derecho Ambiental de la Editorial Abeledo Perrot*, julio noviembre 2012, número especial a los diez años de la ley 25675; Nota a fallo, “La competencia judicial federal ambiental en razón de la materia y de las personas en una saludable disidencia de la Suprema Corte de Buenos Aires”, publicada en *Revista de Derecho Ambiental de Abeledo Perrot*, nro. 18, Buenos Aires, ps. 33/52; algunos capítulos en libros como “1er Conferencias Internacional sobre aplicación y cumplimiento de la normativa ambiental en América Latina”, editado por la Fundación Ambiente y Recursos Naturales (FARN), el Banco Mundial, y el Gobierno del Reino de los Países Bajos, con motivo de la conferencia desarrollada el 28 y 29 de mayo de 2002, en Buenos Aires, Argentina, coordinado por la Dra. María Eugenia Di Paola y el Dr. Daniel Sabsay, del trabajo “El federalismo ambiental, El reparto de competencias en materia ambiental en la Constitución Nacional Argentina, el principio pensar global actuar local”.

Otro aspecto de este federalismo ambiental novedoso y derivado de la complementariedad legislativa resulta ser la *congruencia* (art. 4 LGA), que la Corte recientemente ha aplicado en el caso “Martínez” para anular una norma local que desnaturalizando el presupuesto mínimo del artículo 12 LGA reguló una nueva categoría de declaración de impacto ambiental no prevista en la norma nacional (la llamada declaración de impacto ambiental condicionada)⁵⁷.

Para concluir el recorrido sobre novedades del federalismo ambiental, resta amoldar estas competencias legislativas con la *competencia administrativa*, desde que la autoridad ambiental nacional, desde el desembarco de este complejo sistema de concurrencia legislativa no ha sido dotada de competencia de coordinación y planificación complementaria general del ambiente de todo el país en defensa de la uniformidad que el legislador nacional pretende con los PMPA (ver art. 6 LGA). Por este motivo, en varias de las leyes nacionales se ha amputado la facultad de control del Gobierno federal sobre el ejercicio de complementos provinciales “desnaturalizantes” de los PMPA. Hemos visto en estos últimos años normas locales por ejemplo en materia de bosques que casi no prevén hectáreas territoriales en la categoría roja que es la de mayor grado de protección en la ley 26331. Normas de ese tenor que desnaturalizan el mínimo nacional impiden la uniformidad rezada en el artículo 6 LGA para el instrumento ordenamiento del bosque nativo (OBN) y deberían ser controladas desde el orden federal. Con la redacción actual de la ley 26331 pueden quedar al margen de un control por las autoridades del gobierno federal quien debería en el futuro ser dotado de capacidad para defender ese mínimo uniforme que para todo el país el Congreso ha dictado⁵⁸.

⁵⁷ Ver nuestra nota ESAIN JOSÉ ALBERTO, “La Corte y el conflicto por la minería en Catamarca. Principio de congruencia e imperatividad de los presupuestos mínimos de protección ambiental”, en La Ley Tomo 2016-b AÑO LXXX Nro. 64, miércoles 6 DE abril DE 2016, p. 6.

⁵⁸ Respecto a este tipo de mecanismos recuerda Giuseppe Vergottini que existe en Alemania la “Inspección federal” todas las veces que los estados miembros son llamados a intervenir por vía administrativa en ámbitos en los cuales el Estado federal tiene competencia legislativa. Nos referimos a la *Bundesaufsicht* disciplinada por la Ley Fundamental alemana, que unos autores extienden a las hipótesis en las cuales no existe la competencia legislativa del *Bund*, hasta que la inspección coincida con el más amplio y genérico poder de control sobre el principio de homogeneidad de los ordenamiento de los *Länder* frente al federal (art. 28, 3 Ley Fundamental) y sobre el principio no escrito de fidelidad (*Bundestreue*). La inspección federal en el ordenamiento alemán asume un carácter particularmente penetrante cuando la legislación federal es aplicada por los *Länder* en virtud de competencia procedente de un encargo federal (art. 85, Ley Fundamental). En este caso el control afecta tanto la legitimidad como la oportunidad de la ejecución (artículo 85, 4). En caso de que la misma sea parte de las competencias que la Constitución atribuye directamente a los *Länder* el control incluye los aspectos de legitimidad (art. 84, 3). La inspección comporta la facultad de enviar comisario, dictar instrucciones para la actuación de las leyes federales, promover procedimientos de condonación de actos ilegítimos y requerir informaciones (DE VERGOTTINI GIUSEPPE, *Derecho Constitucional comparado*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 2005, ps. 336/7). En Europa, en el marco del proceso de integración recordemos uno de los temas más sensibles fue el mecanismo de control del cumplimiento por los Estados miembros de las obligaciones generadas por el Derecho comunitario ambiental constituye uno de los problemas más graves de la materia, pudiendo decirse que existe una «laguna de ejecución», que afecta gravemente a la eficacia de la normativa

La Corte al intervenir en los conflictos locales en la causa “Salas”⁵⁹ por deforestación del bosque nativo en Salta, y “Martínez”⁶⁰ por una habilitación minera local condicionada están ensanchando el espacio de intervención del Gobierno federal en el control de las políticas locales cuando ellas agreden esta uniformidad nacional. Pensar de modo contrario es abonar una figura de Estado más cercado a la confederación que a la federación aunque se han escuchado voces en ese sentido durante varios años. Pero entendemos estos aspectos deben ocupar en tiempos futuros cercanos la agenda de la autoridad ambiental nacional para fortalecer el sistema de legislación ambiental nacional en su aplicación y efectividad en todo el territorio argentino.

Entendemos este balance de competencias legislativas y administrativas debería en el futuro mecanizarse para de este modo asegurar un mejor funcionamiento del federalismo y del Estado Ambiental de derecho.

Pero no sólo este diseño hacia fuera del módulo de gestión. Es clave rediseñar el modo en que se aparcen las definiciones ambientales: se debe poner foco en el nuevo *debido proceso legal ambiental*. Esta garantía clásica que suponía la necesidad de que de modo previo a la toma de decisión sobre un determinado derecho, sea escuchado el titular del mismo, en materia ambiental cobra nuevos perfiles. Estamos ante un bien jurídico colectivo que exige para garantizar la voz del titular del derecho, mecanismos administrativo-participativos de democracia de consenso. Esto no sigue la ruta clásica. Dos principios básicos desafían este nuevo componente: el acceso a la información y la participación ciudadana. Sin ellos cualquier toma de decisión en el nuevo estado de derecho, el *Estado ambiental de derecho* será nula.

La Corte ha comprendido cada uno de estos aspectos y los ha señalado en sendas sentencias:

ambiental de la Comunidad (CROCKET y SCHULTZ, 1991; RIECHENBERG, 1991; SOMSEN, 1996) Respecto al proceso comunitario ver LÓPEZ RAMÓN FERNANDO, “Caracteres del derecho comunitario europeo ambiental”, en *Revista de Administración Pública*, Núm. 142. Enero-abril 1997, p. 69.

⁵⁹ CSJN S. 1144. XLIV. ORIGINARIO “Salas, Dino y otros c/ Salta, Provincia de y Estado Nacional s/ amparo”.

⁶⁰ CS, 02/03/2016. - Martínez, Sergio R. c. Agua Rica LLC Sucursal Argentina y su propietaria Yamana Gold Inc. y otros s/ acción de amparo”, La Ley Tomo 2016-b AÑO LXXX Nro. 64, miércoles 6 de abril de 2016, ps. 6/9.

1. La modalidad integrada ha sido uno de los ingredientes claves dispuestos por la Corte en las sentencias del 20.6.06 y 8.7.08 en la causa “Mendoza Beatriz”⁶¹ por la Contaminación del Riachuelo. El Plan solicitado incluso lleva como título la palabra integrado.
2. La concertación federal ha sido exigencia central en dos resoluciones laudatorias: “Villivar”⁶² y “Martínez”⁶³ la primera con énfasis propositivo en favor de la promoción de complementos provinciales, y la segunda con énfasis coercitivo anulando ejercicios locales normativos que no se condicen con las pautas mínimas federales es decir por falta de concertación.
3. Finalmente, dos resoluciones claves en materia de debido proceso legal ambiental: primero “Giustinianni”⁶⁴ sobre acceso a la información y segundo “CIPES”⁶⁵ por participación ciudadana. En ambas se moldean los aspectos neurálgicos que deberá tener el nuevo Estado ambiental de derecho pero ahora dentro de cada toma de decisión.

En parte, este proceso de mutación verde de la justicia fue visto tiempo atrás por Cafferatta en un trabajo señero⁶⁶, tesis a la que hemos contribuido con un trabajo específico sobre la Corte argentina al momento en que comenzamos a verificar su perfil en favor del modelo de desarrollo sostenible⁶⁷ y un capítulo dedicado a los nuevos modos en que el sistema ambiental moldean la resolución de la conflictividad en los estrados judiciales⁶⁸.

Las consecuencias que trae esta visión se desgranar en varios tópicos que reconducen la Constitución nacional reformada en 1994. Muchos de los artículos que ella trae se pueden repensar desde esta clave ambiental mutando el enfoque, ahora hacia la protección del ambiente. Enumeramos algunos aspectos de enorme importancia:

1. El advenimiento de un derecho nuevo, a vivir en un ambiente sano y equilibrado en el marco del desarrollo sostenible (art. 41 CN).

⁶¹ CSJN M. 1569. XL. ORIGINARIO “Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza - Riachuelo)”, sentencias del 20.6.06 y 8.7.08.

⁶² CSJN "Villivar, Silvana N. v. Provincia del Chubut y otros" sen17 de abril de 2007

⁶³ CSJ 1314/2012 (48-M) /CSI RECURSO DE HECHO “Martínez, Sergio Raúl c/ Agua Rica LLC Suco Argentina y su propietaria Yamaha Gold Inc. y otros 5/ acción de amparo” resolución del 2.3.2016.

⁶⁴ CAF 37747/2013/CA1-CSI CAF 37747/2013/1/RHI “Giustinianni, Rubén Héctor el Y,P.F, S.A. s/amparo por mora”, sentencia del 10.11.2015

⁶⁵ FLP 8399/2016/CSI “Centro de Estudios .para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad y otros el Ministerio de Energía y Minería si amparo colectivo” sentencia del 18.8.2016.

⁶⁶ CAFFERATTA NÉSTOR, "El tiempo de las cortes verdes" en Revista Jurídica La Ley, 21/03/07, página 8.

⁶⁷ ESAIN JOSÉ ALBERTO, “Una Corte para el desarrollo sostenible”, en *Informe ambiental anual 2009* Guillermo Acuña... [et.al.]; edición literaria a cargo de DI PAOLA MARÍA EUGENIA; SANGALLI FEDERICO; CAORSI SILVINA; con prólogo de SABSAY DANIEL ALBERTO. Fundación ambiente y recursos naturales, Buenos aires, 2009, p. 289

⁶⁸ Ver ESAIN JOSÉ ALBERTO, *Competencias ambientales*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008, capítulo 4.

2. La nueva relación prestacional de este derecho que obliga a las autoridades a la protección del mismo, es decir al desarrollo de políticas de protección del ambiente.
3. Una nueva relación de limitación a los derechos clásicos en protección del nuevo bien jurídico –el ambiente- (arts. 14, 28 y 41 CN), el llamado poder de policía ambiental.
4. Una nueva vinculación interna en el rol de los poderes del Estado que deberán actuar la decisión política ambiental desde nuevos procedimientos de toma de decisión; el llamado debido proceso legal ambiental en el ámbito administrativo (artículo 18, artículo 43 segundo párrafo CN), el que regará los contenidos del reglamento interno de cada cámara dictado conforme la facultad que otorga el artículo 66 CN para mutar el procedimiento de formación y sanción de leyes de los artículos 77/84 CN (capítulo quinto de la Segunda Parte de la Constitución referida a las Autoridades de la Nación; Título Primero, Gobierno Federal; Sección Primera, Del Poder Legislativo). Este desembarco implica la llegada de mecanismos de participación ciudadana y acceso a la información, asegurados por los acuerdos internacionales con jerarquía constitucional y las normas de desarrollo que obligan a asegurar el acceso a la información pública y la participación ciudadana, conforme principio 10 Rio 92).
5. Una nueva forma de actuación del poder hacia afuera, a lo largo y ancho del territorio, con la mutación de las estructuras de toma de decisión en el marco de un federalismo de concertación ambiental, el que se expresa en a) complementariedad en la legislación (tercer párrafo artículo 41 CN), b) normativa de protección estricta con la regla de separación para establecimientos de utilidad nacional (75.30 CN), c) activas facultades competenciales para las provincias en el ejercicio de acuerdos interprovinciales, intrafederales, internacionales, creación de regiones, concertación de la gestión de sistemas ecológicos comunes, d) prohibiciones a barreras ambientales internas (arts. 9, 10, 11 y 12 CN), nuevo mecanismo para la solución de quejas o conflictos entre provincias en materia ambiental (art. 126 CN), e) contenidos de educación ambiental que deberán integrarse al programa federal de educación complementario entre la nación y las provincias (conforme art. 75.19 CN), legislación sobre pueblos originarios pero que además debería considerar aspectos ambientales en la gestión de sus recursos naturales (art. 75.17 CN); una reactivación de la competencia del comercio interprovincial e internacional, que faculta a la Nación a la regulación de actividades y sustancias ambientales desde la Federación (art. 75.13 CN); un rol activo en materia de legislación de fondo que integrará contenidos ambientales en el código penal, civil y comercial, de minería, trabajo y seguridad social (art. 75.12 CN).

6. Un nuevo rol del poder judicial en materia ambiental, donde las garantías del debido proceso se revitalizan (art. 18 CN), con un magistrado activo (art. 18 CN, y una redefinición del concepto de causa judicial del artículo 116 CN, reflejado en el art. 32 LGA) pero que no puede interferir en la división de poderes porque se iría en contra de la forma republicana de gobierno (art. 1) y con nuevos procesos colectivos (art. 43 segundo párrafo CN).
7. La nueva modalidad de tributación con tendencias en favor de la protección del ambiente (art. 4 y 75.1 y 75.2 CN).
8. Un esquema de federalismo ambiental que fortalezca los roles de todos los órdenes jurídicos implicados en la gestión del mismo. Así, deben surgir facultades para la Nación de protección de los presupuestos mínimos en razón de fenómenos locales desnaturalizantes del piso normativo, capacidad de ordenamiento del territorio global del Estado, formación de instituciones de control sobre el territorio local en caso de emergencias ambientales detectadas en espacios puntuales pero expresadas sobre intereses federales relevantes.

Desde este tipo de nuevos vientos es que se expresa la aparición de una forma nueva de Estado que viene a enriquecer al clásico, dotándolo de energía para enfrentar el enorme desafío de la sostenibilidad de la vida en el planeta.

BIBLIOGRAFÍA.

1. ABRAMOVICH VÍCTOR Y COURTIS CHRISTIAN, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2004.
2. BAZÁN VÍCTOR, “Impacto de la reforma constitucional en el ámbito de los derechos económicos, sociales y culturales”, SJA 25/8/2004; JA 2004-III-914.
3. BAZÁN VÍCTOR, *Control de las omisiones inconstitucionales e inconvencionales, recorrido por el derecho y las jurisprudencia americanos y europeos*, Fundación Konrad Adenauer, Bogotá, 2014.
4. BIDART CAMPOS GERMÁN, *La interpretación del sistema de derechos humanos*, Ediar, Buenos Aires, 1994, p. 63.
5. BRAÑES RAÚL, *Informe sobre el desarrollo del derecho ambiental latinoamericano, su aplicación después de diez años de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el medio ambiente y el desarrollo*, Editado por el PNUMA Oficina regional para América Latina y el Caribe, México 2001.
6. CAÇADO TRINIDADE ANTONIO, “Derechos de la solidaridad” en CERDAS CRUZ RODOLFO, Y NIETO LOAYZA RAFAEL (Comps.) *Estudios Básicos de derechos humanos*, TI Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH) San José de Costa Rica, 1994.

7. CAFFERATTA NÉSTOR, "El tiempo de las cortes verdes" en Revista Jurídica La Ley, 21/03/07, página 8.
8. CAFFERATTA, NÉSTOR A., "Orden público en el derecho ambiental", publicado en: LA LEY 12/11/2015, 12/11/2015, 1 - LA LEY2015-F, 819
9. CANOSA USERA RAÚL, *Constitución y medio ambiente*, con Prólogo de Lucas Verdú, y presentación y selección de jurisprudencia a cargo de Susan Ynes Castañeda Otsu, Jurista editores, Lima, Perú, 2004.
10. CARRÉ DE MALBERG R., *Teoría general del Estado*, (Primera edición en francés 1922), Trad. De Lión Depetre José, Fondo de Cultura Económica, México, 1998, tercera reimpresión, 2013.
11. CONTRERAS PELÁEZ, *Derechos sociales: teoría e ideología*, Madrid, 1994.
12. ESAIN JOSÉ ALBERTO, "La interpretación ambiental de la constitución, valores y principios ambientales acuñados por el artículo 41" ponencia presentada en el XV ENCUENTRO DE PROFESORES DE DERECHO CONSTITUCIONAL en homenaje a la memoria del Dr. Alberto Spota, Mar del Plata, 8, 9 y 10 de noviembre de 2001.
13. ESAIN JOSÉ ALBERTO, "Una Corte para el desarrollo sostenible", en Informe ambiental anual 2009 Guillermo Acuña... [et.al.]; edición literaria a cargo de María Eugenia Di Paola; Federico Sangalli; Silvina Caorsi; Fundación ambiente y recursos naturales, Buenos aires, 2009, p. 289.
14. ESAIN JOSÉ ALBERTO, *Competencias ambientales*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008, capítulo 4.
15. HÄBERLE PETER, *El Estado constitucional*, (Primera edición 2001), Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídica, México, 2003.
16. KRÄMER L., *Derecho ambiental y Tratado de la Comunidad Europea*, Marcial Pons, Madrid, 1999.
17. LIJPHART AREND, *Las democracias contemporáneas*, 2da Edición, Ariel Ciencia Política, Editorial Ariel, Barcelona, 1991.
18. LINARES QUINTANA, SEGUNDO V., *Reglas para la interpretación constitucional*, Editorial Plus Ultra, Buenos Aires, 1987.
19. LÓPEZ ALFONSÍN MARCELO, *Derecho ambiental*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2012.
20. LORENZETTI PABLO, "Compatibilización entre la esfera pública y la privada y entre el ámbito colectivo y el individual, en el Código Civil y Comercial de la Nación", Publicado: SJA 2015/09/30-3 ; JA 2015-III
21. LORENZETTI RICARDO, *Teoría del derecho ambiental*, La ley, Buenos Aires, 2008.
22. MARRACO ESPINÓS JOSÉ MANUEL, "El estado ecológico de derecho", 30.11.2015 (<http://www.abogacia.es/2015/11/30/el-estado-ecologico-de-derecho/>)
23. QUIROGA LAVIÉ HUMBERTO, "El Estado ecológico de derecho en la Constitución nacional", La ley 1996-B-950, publicado también en Cafferatta Néstor, Tratado jurisprudencial y doctrinario de derecho ambiental, Tomo II: textos completos, La Ley, 2012, ps. 535/6.
24. RABOSSI EDUARDO, "Las generaciones de derechos humanos: la teoría y el cliché", en *Lecciones y ensayos nro. 69-70-71*, 1997/8, Facultad de derecho y Ciencias Sociales Universidad de Buenos Aires, Abeledo Perrot Buenos Aires, ps. 43, 44, 52.

25. REAL FERRER GABRIEL, "El Derecho ambiental y el derecho de la sostenibilidad", Editado por Programa Regional de Capacitación en Derecho y Políticas Ambientales.
26. ROSATTI HORACIO, *Derecho ambiental constitucional*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2004.
27. VERDÚ LUCAS, *El sentimiento constitucional*, Reus, Madrid 1985.
28. WAHL RAINER, *Herausforderungen und Antworten*, Walter de Gruyter GmGH, Berlin Boston, Traducción de José Carlos Mardomingo para Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales SA Madrid, 2006.
29. ZONIS FEDERICO, "La calidad de las democracias y la eficacia del derecho ambiental", SJA 9.2.2011, también en CAFFERATTA NÉSTOR, *Tratado jurisprudencial y doctrinario de derecho ambiental, Tomo II: textos completos*, La Ley, 2012, ps. 625/634.

Antecedentes del Estado de derecho.

La teoría aristotélica sobre la constitución mixta, o Cicerón en tanto se prevé la moderación, la razón práctica y la vocación republicana o (Santo Tomás de Aquino) la medida del Gobierno y su sujeción a la ética y derecho debido.

En esta edad se supone el reconocimiento de derechos fundamentales de los ciudadanos (libertad civil, igualdad jurídica, independencia del poder judicial y garantía de la propiedad).

Robert von Mohl (1832) o El Federalista ya ponen de manifiesto la necesidad de un Estado donde la autoridad encargada de imponer la ley también se someta a ella. EL IMPERIO DE LA LEY.

En un segundo momento el Estado de Derecho implicó la extensión del control judicial a la actividad administrativa.

Luego de la primera guerra mundial el concepto de Estado de Derecho pasó a incluir legitimación DEMOCRÁTICA del poder.

Stahl y Mohl en Alemania agregan aditamentos: organización de la gestión desde el Estado, por encima de todas las clases sociales.

ESTADO DE DERECHO es la organización política de la vida social sujeta a procedimientos regulados por ley en la cual los actos del estado están limitados estrictamente por un marco jurídico supremo, guiados por el principio de legalidad y el respeto absoluto a los derechos fundamentales.

Tipologías de cláusulas ambientales.

1. Derecho del ambiente. Dimensión objetiva. Protección refleja o indirecta: la protección del ambiente no es un derecho sino una obligación del Estado sólo concretizable en las políticas internas del mismo.

2. Derecho al ambiente. Dimensión subjetiva. Protección directa, el derecho subjetivo. La segunda tipología es una primera evolución porque dispone –además de la obligación del Estado en defensa del ambiente- el derecho del habitante, ciudadano a vivir en un ambiente con determinadas condiciones.

3. El modelo de desarrollo: En otros tipos de constituciones–sobre todo a partir del informe Brundtland- se agrega a la protección del ambiente la relación que esto tiene con el modelo de desarrollo adoptado por el Estado.

4. Contenidos específicos incluidos en detalle - captura de instituciones específicas: existe una tipología de cláusulas ambientales más sofisticadas que suman a todos los aspectos precedentemente enunciados, alguna institución o figura particular de la disciplina, como la evaluación de impacto ambiental, el ordenamiento ambiental del territorio, la planificación, el daño ambiental, el acceso a la información ambiental, la educación ambiental, etc.

5. Instituciones locales: el grado más alto de sofisticación lo verificamos cuando la norma además de instituciones propias de la disciplina, agrega la protección de algún elemento particular del ambiente del lugar sujeto de normativa, como por ejemplo la norma constitucional brasilera que protege el amazonas.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

Artículo 12

1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.

2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para:

a) La reducción de la mortalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños;

b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente;

Constitución de Alemania (reforma 1990)

“El Estado protege también en su responsabilidad por las generaciones venideras los fundamentos vitales de la naturaleza, en el marco del orden constitucional, a través de la actividad legislativa y en la medida de la Ley y el Derecho, a través del poder ejecutivo y de la jurisprudencia”.

Constitución de Bulgaria de 1971

“La protección y la salvaguarda de la naturaleza y de las riquezas de las aguas del aire y del suelo, así como de los monumentos de la cultura constituye una obligación para los órganos del Estado, las empresas, las cooperativas y las organizaciones sociales, y un deber para todo ciudadano”

Constitución de Suiza de 1971

“La Confederación legisla la protección del hombre y de su medio ambiente contra los atentados perjudiciales o molestos que son de su competencia. En particular, la contaminación del aire y el ruido. La ejecución de las prescripciones federales incumbe a los Cantones, a menos que la ley la reserve a la Confederación”

Constitución de Cuba de 1976

“el Estado y la sociedad protegen la naturaleza...” (artículo 27 hoy reformado)

Constitución de Panamá de 1972 (hoy reformado)

“es deber fundamental del Estado velar por la conservación de las condiciones ecológicas, previniendo la contaminación del ambiente y el equilibrio de los ecosistemas en armonía con el desarrollo económico y social del país” (artículo 110)

artículo 5

«la protección del medio ambiente es uno de los objetivos centrales de la República de Polonia».

artículo 74

- 1) Los poderes públicos perseguirán políticas que garanticen la seguridad ecológica de la generaciones actuales y futuras;
- 2) La protección del medioambiente será deber de los poderes públicos;
- 3) Todas las personas tendrán derecho a ser informadas sobre la calidad del medioambiente y de su protección;
- 4) Los poderes públicos apoyarán las actividades de los ciudadanos para proteger y para mejorar la calidad del medioambiente”.

CHILE 1980

"Es deber del Estado velar para que este derecho no sea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza. La ley podrá establecer restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos o libertades para proteger el medio ambiente" (artículo 19.8)

En Honduras, la Constitución consagra este deber del Estado, pero en función de la salud de las personas, al establecer en su artículo 145 que “el Estado conservará el medio ambiente adecuado para proteger la salud de las personas”.

En Nicaragua, la Constitución estableció en 1987 que “es obligación del Estado la preservación, conservación y rescate del medio ambiente y de los recursos naturales” (artículo 60).

Tipología 2 el derecho al ambiente

Francia

Carta del Medio Ambiente del año 2005.

aprobada el 1 de marzo de 2005 mediante Ley constitucional número 205/2005. Así la Carta del Medio Ambiente pasa a integrar el Preámbulo de la Constitución.

Derecho al ambiente: “Cada uno tiene el derecho de vivir en un medio ambiente equilibrado y respetuoso con la salud” (artículo 1).

Deber de defensa: “Toda persona tiene el deber de tomar parte en la preservación y en la mejora del medio ambiente” (artículo 2).

ESPAÑA

Capítulo tercero «derechos que se hacen efectivos mediante las políticas públicas», «derechos que informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos» (artículo 53.3)

Artículo 45.

1. Todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo
2. Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva.
3. Para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior, en los términos que la ley fije se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado .

España: Sentencia TCE 32/1983 del 28 de abril de 1983

“los derecho que en tal sentido reconoce la Constitución en los artículo 43 y 51 o, complementariamente en otros como el artículo 45.1 que reconoce el derecho que todos tienen a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, pertenecen a todos los españoles y a todos se les garantiza por el Estado la igualdad en las condiciones básicas para el ejercicio de los mismos

CONSTUTUCIÓN DE HUNGRÍA

1972 Protección a través del derecho a la vida, integridad física y salud .

artículo 57:

“1) En la República de Hungría los ciudadanos tienen derecho a la protección de la vida, de la integridad física y de la salud

BRASIL 1988

ART.5.72 . cualquier ciudadano es parte legítima para proponer la acción popular, para la moralidad administrativa, para el medio ambiente o para el patrimonio histórico y cultural

. “Art. 225. Todos tienen derecho a un medio ambiente ecológicamente equilibrado, bien de uso común del pueblo y esencial para una sana calidad de vida, imponiéndose al Poder Público y a la colectividad el deber de defenderlo y preservarlo para las generaciones presentes y futuras