

El medio ambiente y su recepción constitucional*

Por Beltrán Gambier y Daniel H. Lago

1. Introducción

Se observa en la actualidad un fenómeno generalizado de concientización de los gobiernos por la problemática del medio ambiente.

La tensión entre el desarrollo industrial de las comunidades organizadas y la necesidad de preservar el medio ambiente late en los cuerpos normativos tanto constitucionales como legales y reglamentarios que están hoy siendo revisados en casi todos los países¹.

La Argentina no ha sido ajena a ese proceso y prueba de ello son las leyes y normas que se han ido dictando con el afán de proteger el medio ambiente.

En este marco, se impone un cuidadoso análisis de la repercusión jurídica y social que ya se advierte con la vigencia de las nuevas cláusulas constitucionales vinculadas con el medio ambiente.

La regulación impone pautas directamente operativas y otras que deben funcionar como inspiradoras de la política económica y social. Asimismo, se establecen criterios para determinar las responsabilidades que les pueden caer al Estado y a los particulares por las acciones u omisiones que repercutan en el medio ambiente. La distribución de competencias ambientales entre la Nación y las provincias ha sido también considerada por el constituyente.

Finalmente, se ha querido dotar al ordenamiento jurídico de nuevos mecanismos que permitan garantizar la existencia de un efectivo poder reaccional que impida eficazmente el desarrollo de conductas depredatorias del medio ambiente.

En las líneas que siguen pretendemos brindar nuestro aporte para el análisis de las cuestiones que suscita el nuevo texto constitucional².

2. La ley 24.309 y las nuevas normas constitucionales

La ley 24.309 declaró la necesidad de proceder a la reforma parcial de la Constitución nacional. Por el art. 3° se sometió a debate y resolución en la Convención

* Artículo publicado en *ED*, 163-727. [Bibliografía recomendada.](#)

¹ Domper Ferrando, Javier, *El medio ambiente y la intervención administrativa en las actividades clasificadas. Planteamientos constitucionales*, vol. 1, Madrid, Civitas, 1992, p. 98 y ss.; Martín Mateo, Ramón, *La calidad de vida como valor jurídico*, en "Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría", t. II, Madrid, Civitas, 1991, p. 1443.

² Entre los estudios que se irán citando a lo largo de este trabajo, destacamos el de Tawil, Guido S., *La cláusula ambiental en la Constitución nacional*, en Cassagne, Juan C. (dir.), "Estudios sobre la reforma constitucional", Bs. As., Depalma, 1995, p. 21.

Constituyente el tema referido a la “preservación del medio ambiente” (inc. k) mediante “habilitación de un artículo nuevo a incorporar en el Capítulo Segundo de la Primera Parte de la Constitución nacional”.

En ejercicio de dicha autorización la Convención Constituyente incorporó una norma fundamental en esta materia. Se trata del art. 41, que establece: “Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley.

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

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

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

Por otra parte, la Convención incorporó otras normas vinculadas con el medio ambiente. Así, al regular la acción de amparo en el art. 43, estableció, en lo que nos interesa, que “toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva.

Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización”.

La Convención Constituyente incorporó también otras normas que se refieren indirectamente al medio ambiente³.

3. Significado de la constitucionalización del derecho al medio ambiente

Sin desconocer que ya antes de la reforma constitucional se sostenía la existencia de un derecho al medio ambiente a partir de la norma contenida en el art. 33

³ Art. 75, incs. 17 y 19; art. 86; art. 120.

de la Const. nacional⁴, creemos oportuno analizar la significación y trascendencia de la nueva regulación constitucional que expresamente lo consagra.

La primera reflexión que nos suscita la incorporación es que ella trasunta el grado de concientización social alcanzado en nuestro país respecto del medio ambiente y se inscribe en el marco de la irrupción de los derechos llamados de “tercera generación”⁵, categoría a la que –sin duda– pertenece el derecho al medio ambiente⁶.

Ahora bien, una vez apuntada la raíz social del fenómeno de la constitucionalización del derecho al medio ambiente, corresponde analizar sus consecuencias jurídicas.

Con respecto a la incorporación de la problemática ambiental en la Constitución, entendemos que ella es positiva⁷ en tanto significa una jerarquización que tiene como consecuencia alejarla de los riesgos que podrían suscitarse por los naturales vaivenes legislativos. En este sentido Fernández Rodríguez considera necesario “poner de relieve el trasfondo ideológico y, por lo tanto, primaria y esencialmente político de la problemática medioambiental, cuyo tratamiento subespecie jurídica sólo es posible por esa razón a partir de una decisión política fundamental, de una opción de base a adoptar por una comunidad determinada sobre el modelo de sociedad al que esa comunidad desea ajustar su desenvolvimiento futuro”⁸.

Compartimos lo precedentemente expuesto y creemos que explica y da sentido a la nueva norma de nuestra Constitución. Se trata de establecer un contenido permanente e invariable, esto es, ajeno a los vaivenes legislativos⁹.

⁴ JuzgContAdmFed n° 2, 10/5/83, “Kattan, Alberto E. y otro c/Gobierno nacional (Poder Ejecutivo)”, LL, 1983-D-576, con nota de Cano, Guillermo J., *Un hito en la historia del derecho ambiental argentino*; CSJN, 19/11/87, “Solicitud de derogación del decr. 2125/78” formulada por el procurador general de la Nación doctor Juan O. Gauna al presidente de la Nación doctor Raúl R. Alfonsín, transcrita en el dictamen del doctor Gauna en la causa “Recurso de hecho deducido por Obras Sanitarias de la Nación en el incidente de inconstitucionalidad del decr. 2125 del PEN”, JA, 1988-I-518; comparar con el fallo de 2ª instancia, antecedente del pronunciamiento de la Corte en el caso citado, que fundó la protección del ambiente en la cláusula de promoción del bienestar general del Preámbulo (CFed, La Plata, Sala II, 5/12/84, “Incidente promovido por querrela s/inconstitucionalidad del decr. 2125/78 del PEN”, ED, 115-131).

⁵ Fernández Segado, Francisco, *Los nuevos retos del Estado social para la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales*, ED, 158-959; en esta línea, dice Eulalia Moreno Trujillo que “la tercera generación parece estar promovida por el tema ambiental, que no conoce fronteras (dimensión espacial) y que no afecta sólo al presente, sino sobre todo al futuro de la humanidad” (*La protección jurídico-privada del medio ambiente y la responsabilidad por su deterioro*, Barcelona, Bosch, 1991, p. 87).

⁶ Tawil, *La cláusula ambiental en la Constitución nacional*, cap. IX, B; ver también Walsh, Juan R., *El medio ambiente en la nueva Constitución argentina*, LL, Suplemento de derecho ambiental, n° 1, 6/12/94, p. 2.

⁷ Ver la crítica de Tawil, *La cláusula ambiental en la Constitución nacional*, cap. V; IX, B y XII.

⁸ Fernández Rodríguez, Tomás R., *El medio ambiente en la Constitución española*, “Revista Documentación Administrativa”, número especial, “Ecología y medio ambiente”, Madrid, abr.-jun., 1981, p. 340 y 341.

⁹ Sobre la necesidad de establecer ciertas pautas permanentes e invariables, ver Schmitt, Carl, *Teoría de la Constitución*, Madrid, Alianza Editorial, 1992, p. 81, donde se alude a las ideas de Cromwell respecto del *Instrument of Government*. Dice, aludiendo a ese texto, que había que dar una regla clara, permanente, inviolable frente a las cambiantes resoluciones mayoritarias del Parlamento; en

4. Análisis del marco normativo

a. El artículo 41

1. *El derecho a un ambiente sano.* La primera parte de la norma que establece: “todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo” consagra un nuevo derecho¹⁰, sobre cuya protección jurisdiccional ahondaremos más adelante y establece un principio rector para el desarrollo de las actividades económicas¹¹.

2. *La obligación de recomponer.* A continuación, la norma prescribe que “el daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley”.

El primer interrogante que nos plantea el precepto es el de determinar qué es “daño ambiental”, para cuya respuesta es necesario un análisis primero técnico, en tanto se debe definir el objeto dañado, esto es, el ambiente, para luego analizar el concepto de “daño” en este particular contexto, en la medida en que no parece razonable considerar que toda modificación de la naturaleza implique jurídicamente un daño¹².

La segunda cuestión a considerar es si el precepto está dirigido simultáneamente a los particulares y al Estado. A nuestro juicio se impone la respuesta afirmativa¹³.

todo gobierno –seguimos la cita de Schmitt– se necesita algo fundamental, algo permanente como una gran carta que fuera permanente e invariable.

¹⁰ Rodríguez Ramos, Luis, *El medio ambiente en la Constitución española*, en obra colectiva, “Derecho y medio ambiente”, Madrid, Ceotma, 1981, p. 37 y 38, quien señala que la referencia que formula el art. 45 de la Const. española a un ambiente “adecuado para el desarrollo de la persona” tiene el sentido de “configurar el medio ambiente a nivel constitucional como antropocéntrico” y agrega que “el medio ambiente natural es del hombre y para el hombre. La naturaleza no es un fin en sí misma ni el hombre un elemento más entre sus componentes”.

¹¹ En la Constitución española de 1978 el derecho al medio ambiente está regulado, justamente, en el Capítulo Tercero titulado “De los principios rectores de la política social y económica”.

¹² “La vida vegetal es regularmente positiva para la existencia humana, pero no es, obviamente, un bien cuya positividad quepa afirmar a todo evento, sin considerar su acomodamiento con otros bienes igualmente valiosos... Así, en el caso, no se pueden ignorar las exigencias de comunicación existentes en la sociedad, y muchas otras cuya satisfacción puede requerir la preterición de la protección de bienes intrínsecamente valiosos” (CFed San Martín, Sala I, 26/7/93, “Louzan, Carlos A. c/Ministerio de Economía s/acción de amparo”, ED, 156-59); ver también, el comentario favorable realizado por Mario F. Valls y Florencia M. Valls a la sentencia recaída en la causa “Municipalidad de Vicente López c/Estado nacional (ME y OSP –Secretaría de Obras Públicas y Comunicaciones– Órgano de Control de las Concesiones de la Red de Accesos a la Ciudad de Buenos Aires) s/amparo” (JuzgFed San Martín, 1ª Inst, n° 1, 20/9/94, ED, 161-354, *La jurisprudencia comienza a despejar incógnitas constitucionales en materia ambiental*). Este fallo fue confirmado por la Sala II de la Cámara Federal de San Martín el 27/9/94.

¹³ Señala Tawil que la obligación de recomponer no parece dirigirse a los supuestos de incumplimiento estatal de la obligación prevista en el párr. 2º del art. 41 de la Const. nacional, que el autor denomina “cargas de provisión” (*La cláusula ambiental en la Constitución nacional*, cap. IX, C).

El precepto establece una pauta interpretativa para la modalidad de reparación al prescribir que “generará prioritariamente la obligación de recomponer”. A nuestro juicio, esto significa una valoración del constituyente en favor de la restauración del medio ambiente por sobre la reparación pecuniaria. Será tarea del legislador determinar las modalidades y características de la “recomposición”, y hasta qué punto este tipo de reparación debe prevalecer respecto de la indemnización pecuniaria¹⁴, conciliando el interés general –que parecería más conectado con la recomposición a que alude la norma que con una condena pecuniaria– con los derechos del sujeto dañado.

Sin embargo, no debe olvidarse que para llegar a ese estadio, antes deben configurarse otros requisitos.

En el caso del instituto de la responsabilidad del Estado el mismo admite dos subespecies, según se trate de su actividad lícita o ilícita. Para la configuración de la primera es necesaria la existencia de daño indemnizable, la relación de causalidad entre el obrar o la omisión estatal y el perjuicio, y la imputabilidad al órgano administrativo, mientras que para la segunda debe agregarse el requisito del obrar antijurídico, comúnmente denominado “falta de servicio”¹⁵. En los supuestos en los que se pretenda responsabilizar al Estado por haber incumplido su obligación de proveer a la defensa del ambiente con base en el segundo párrafo del nuevo art. 41 de la Const. nacional, seguirán siendo de aplicación las reglas que rigen la responsabilidad estatal por omisión¹⁶.

También en lo que hace a las relaciones entre particulares la operación de la fase reparatoria bajo las modalidades que el constituyente ha previsto presupone que se haya configurado un supuesto de responsabilidad por daño según los requisitos de la normativa civil, que la Constitución no ha alterado¹⁷.

3. *El mandato para las autoridades.* Establece el art. 41 que “Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales”.

La expresión “autoridades” contenida en el texto transcrito es genérica y, como resulta de la titulación de la Segunda Parte de la Constitución, comprende a los tres poderes del Estado, incluso a los de los ámbitos provinciales, municipales, al Ministerio Público (art. 120, Const. nacional) y al defensor del pueblo (art. 86)¹⁸.

¹⁴ Ver Scotti, Edgardo O., *La preservación del ambiente y el derecho urbanístico en la reforma constitucional*, ED, 160-737. Allí se sostiene –interpretando el alcance de la obligación de recomponer– que ello significa la obligación de “restablecer las condiciones del ambiente al *statu quo ante* o situación preexistente al perjuicio generado según lo establezca la ley aplicable”.

¹⁵ Cassagne, Juan C., *Derecho administrativo*, t. I, 8ª ed., Bs. As., Abeledo-Perrot, 2006.

¹⁶ Gambier, Beltrán, *Algunas reflexiones en torno a la responsabilidad del Estado, por omisión, a la luz de la jurisprudencia*, LL, 1990-E-617.

¹⁷ Bustamante Alsina, Jorge, *La calidad de vida y el desarrollo sustentable en la reciente reforma constitucional*, ED, 161-902, donde sugiere una ley de alcance nacional que establezca un sistema uniforme más riguroso que el establecido por el art. 1113 del Cód. Civil.

¹⁸ Gozaíni, Osvaldo A., *Legitimación procesal del defensor del pueblo (Ombudsman)*, LL, 1994-E-1378.

Así, el legislador deberá tener en cuenta los principios contenidos en la norma bajo análisis. Por su parte, el juez en su labor jurisdiccional deberá contemplarlos como fuente de interpretación del ordenamiento jurídico en su totalidad, sin perjuicio de la directa operatividad de algunas de las normas contenidas en el art. 41¹⁹. Así, por ejemplo, la prohibición del “ingreso al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos y de los radiactivos” no exige norma reglamentaria alguna²⁰. Finalmente, las distintos órganos del Poder Ejecutivo con competencia en la materia ambiental deberán considerarla ampliada por esta norma constitucional. No sólo se trata de una norma atributiva de competencia sino que, además, informa el “principio de especialidad” que en esta materia se reconoce²¹. Ello se traduce en la necesidad de que al tiempo de ejercer la competencia administrativa el órgano tenga en cuenta los postulados que incorpora la Constitución nacional en materia de medio ambiente.

4. *La distribución de competencias entre la Nación y las provincias en materia ambiental.* Prescribe también la norma bajo análisis que “Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquéllas alteren las jurisdicciones locales”. Antes de la reforma de la Constitución calificada doctrina había señalado que, en lo que se refería a la distribución de competencias entre la Nación y las provincias en materia de medio ambiente, cobraba aplicación la denominada “cláusula del bienestar general” contenida en el inc. 16 del art. 67 de la Const. nacional y que, por lo tanto, se trataba de una facultad concurrente²².

La norma que comentamos parece establecer un nuevo criterio en la materia, al asignar decididamente a la Nación la regulación de los “presupuestos mínimos de protección”²³. En realidad, sin abandonar el criterio de concurrencia²⁴ el constituyente lo ha modificado al tomar la decisión de promover una legislación uniforme en materia de mínimos de protección. Esto significa que el régimen de concurrencia tiene ahora un límite constituido por la nueva competencia asignada a la Nación. Las pro-

¹⁹ En este sentido, el art. 53 de la Const. española dice, en su párrafo tercero, que “el reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo Tercero, informará la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos”.

²⁰ Ello sin perjuicio de que normas de rango inferior precisen, por ejemplo, el concepto de “residuos actual o potencialmente peligrosos”.

²¹ Ver Cassagne, *Derecho administrativo*, t. I.

²² Marienhoff, Miguel S., *Expropiación y urbanismo*, LL, 1981-C-910.

²³ Tawil dice que “la decisión adoptada por nuestros constituyentes ha implicado un cambio sustancial en materia de atribución de competencias entre la Nación y las provincias respecto del esquema constitucional anterior” y más adelante señala que “*la cláusula ambiental parece haber invertido en esta materia el principio hasta el momento vigente en la normativa constitucional*” (*La cláusula ambiental en la Constitución nacional*, cap. IX, J). Por su parte, Natale entiende que las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección serán “legislación federal ...común para todo el país” y que las autoridades administrativas y judiciales encargadas de aplicarla serán “las nacionales en la Capital Federal y territorios nacionales (art. 75, inc. 30) y las provinciales en el ámbito de sus respectivos territorios” (Natale, Alberto A., *Protección del medio ambiente en la reforma constitucional*, LL, 1994-E-1385).

²⁴ Cabe destacar que en algunas leyes nacionales dictadas en materia ambiental se legisló con independencia de la adhesión de las provincias. Así, por ejemplo, la ley 22.421, art. 34. Ello queda explicitado en la nota de elevación al Poder Ejecutivo (Exposición de Motivos). Mientras que en otras, como la ley 22.428 (ley de fomento de la conservación de suelos) destinadas, igual que la anterior, a regir en todo el territorio de la Nación, su aplicación queda supeditada a la adhesión de las provincias.

vincias, al hacer uso de su competencia concurrente dictando las normas necesarias para complementar los mínimos de protección, deberán tener en cuenta el límite señalado.

Corresponde ahora interpretar la salvedad que formula el art. 41 al disponer que las normas nacionales que contengan los presupuestos mínimos de protección no deben alterar las jurisdicciones locales.

Para ello deben relacionarse los “presupuestos mínimos de protección” con las necesidades ambientales vinculadas con el bienestar general, que es la noción que justifica y fundamenta la competencia del Congreso de la Nación²⁵. En otros términos, en la medida en que la regulación de estos presupuestos mínimos de protección se justifique: ya sea por la propia naturaleza interjurisdiccional del problema ambiental o por la necesidad de preservar el bienestar general²⁶, las provincias no tendrán motivo válido para considerar afectadas sus competencias constitucionales²⁷.

A nuestro modo de ver, entonces, existe una clara vinculación entre el concepto contenido en la expresión “presupuestos mínimos de protección” y la “cláusula de

²⁵ Arg. art. 75, inc. 18, Const. nacional y art. 1°, ley 24.051. Kaufman analiza la incidencia de la reforma constitucional en el ámbito de las competencias ambientales señalando, a modo de introducción, que ésta plantea un escenario futuro en el cual “las provincias han perdido su competencia constitucional para dictar las normas ‘básicas’ de protección ambiental, y tal competencia ha sido traspasada al Estado nacional; las provincias sólo podrán dictar, en el futuro, las normas ‘complementarias’ de las normas de protección mínima dictadas por el Congreso”. A partir de allí analiza con profundidad diversas alternativas de interpretación que plantea el precepto (Kaufman, Gustavo A., *La ley de residuos peligrosos frente a la reforma constitucional*, LL, 1995-A-828).

²⁶ Ver Ubertone, Fermín P., *Reflexiones sobre el federalismo argentino*, ED, 99-913, en donde analiza “la diferencia de consecuencias prácticas para resolver determinados problemas entre la “multitud de decisiones independientes o la decisión única” (p. 917). Agrega, en este sentido, que “otro ámbito donde se torna manifiesta la insuficiencia de la acción aislada de las diversas unidades políticas o administrativas infranacionales ...es el de los problemas ambientales”.

²⁷ En el sistema español, el Estado central se ha reservado la potestad de dictar la “legislación básica” en materia de medio ambiente. Ello se justifica, al decir de Domper Ferrando, “por el carácter expansivo, territorial y atemporal de éste y en los principios de solidaridad, igualdad y unidad de mercado tantas veces mencionados, así como por la misma reserva de las relaciones internacionales. *Reconduciéndose a la legislación básica en suma las exigencias de interés general*” (la bastardilla es nuestra) (Romper Ferrando, *El medio ambiente y la intervención administrativa en las actividades clasificadas. Planteamientos constitucionales*, p. 233). Agrega, más adelante, que “la satisfacción del interés general justifica, pues, la existencia de una regulación uniforme con vigencia en toda la Nación” (p. 234). Cabe señalar que en el sistema español las Comunidades Autónomas conservan las facultades para establecer normas adicionales de protección (art. 149.1.23, Const. española). Sin embargo, se ha señalado al respecto que “plantea serios problemas de concreción el significado de las normas adicionales de protección que pueden establecer las Comunidades Autónomas” (Escribano Collado, Pedro, *La ordenación del territorio y el medio ambiente en la Constitución*, en “Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría”, t. IV, p. 3705 y ss., esp. 3735). Vale la pena tener en cuenta lo ocurrido con el proyecto de ley 24.404 sancionado por el Congreso de la Nación el 9/11/94 y que mereció el veto del Poder Ejecutivo a través del decr. 2145/94. Allí se observa que el Poder Ejecutivo entendió que la exigencia contenida en el nuevo art. 41, párr. 3° de la Const. nacional no se refiere a las normas que, como las disposiciones penales de la ley 24.051, “sólo están llamadas a regular conductas que afecten o puedan afectar intereses cuya preservación incumbe al gobierno federal”. Entendemos que el Poder Ejecutivo se inclinó por considerar que la ley 24.051 no constituye la norma de “presupuestos mínimos de protección” a la que se refiere el art. 41 de la Const. nacional.

bienestar general”. En este sentido, nos parece que con anterioridad a la reforma constitucional, el dictado de normas ambientales nacionales podía considerarse conceptualmente vinculado con lo que hoy la Constitución nacional denomina “presupuestos mínimos”²⁸. De allí que no existe en la especie una debilitación de la competencia provincial.

b. El artículo 43

1. *La modificación del régimen del amparo.* En esta norma el constituyente trata la acción de amparo que había sido reconocida en primer lugar por la jurisprudencia y luego regulada en forma sistemática en el ámbito nacional por la ley 16.986, que continúa vigente en cuanto no haya sido modificada por el nuevo texto constitucional.

Como ya hemos visto, el art. 43 de la Const. nacional establece que “toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo”.

El problema para el particular radica en determinar cuándo existe dicho medio judicial que se califica como “idóneo” ¿Lo será la medida cautelar autónoma?, ¿o quizás la medida cautelar que acompaña un recurso administrativo?

La respuesta en punto a la “idoneidad” de estas alternativas debe necesariamente provenir de la interpretación que la jurisprudencia y la doctrina²⁹ le asignen a dicho precepto.

La cuestión ha sido tratada en un fallo donde el tribunal entendió, en una interpretación literal de la norma, que el art. 43 de la Const. para supuestos como los de autos en que podría producirse la lesión con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, implica la derogación orgánica de ese requisito (inexistencia de otras vías administrativas), por resultar incompatible con sus disposiciones. En efecto, su texto esta-

²⁸ Arg. art. 34, ley 22.421.

²⁹ Ver García Pulles, Fernando R., *Vías procesales en la protección de los derechos al ambiente*, LL, 1995-A-851. Es muy interesante el análisis formulado por Rivas al señalar que “el art. 43 produce un vuelco drástico y trascendente en el sistema vigente: consagra así la existencia de una acción *expedita*, término que, cualquiera haya sido la opinión de los constituyentes, no puede tomarse sino como significando que la garantía obrará sin impedimentos ni otros condicionamientos que no sean los que el propio texto constitucional establece” (Rivas, Adolfo A. *El amparo y la nueva Constitución de la República Argentina*, LL, 1994-E-1330). Añade, seguidamente, que “dicha expresión debe ser vinculada con la existencia de otro *medio judicial idóneo*; observe el lector que se han suprimido las referencias de la ley 16.906 a los recursos y remedios administrativos, cosa que importa permitir un directo acceso a la justicia, cumpliéndose así un aspecto no escrito pero no por ello ajeno al derecho constitucional y al sentido esencial de la ley fundamental. Es claro que si el particular encuentra que la administración le brinda un medio tuitivo suficiente podrá recurrir al mismo optando por no usar el amparo. Pero también es claro y esperemos que el legislador no lo desvirtúe, que no le será obligatorio utilizar los cansinos burocráticos en detrimento de su derecho de ampararse. Fuera de ello, es visible que a igualdad de medios judiciales podrá recurrirse al amparo y que solamente podrán desplazarlo si resultan de mayor utilidad para el particular damnificado, pero nunca si tienen una igual o menor. El grado de aptitud habrá de ser apreciado por el tribunal con un enfoque ciertamente objetivo pero sin perder de vista la función protectora que el amparo asigna a los tribunales de justicia”. Barra, Rodolfo C., *La acción de amparo en la Constitución reformada: la legitimación para accionar*, LL, 1994-E-1087.

blece que procederá la acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo. La obligada aplicación directa de esa norma constitucional para decidir el caso, torna improcedente el planteo efectuado (se refiere al que la demandada basó en el art. 2º, inc. a de la ley 16.986)³⁰.

Pareciera, entonces, que la exigencia de acudir a la vía administrativa, que tradicionalmente operó como freno a la procedencia formal del amparo, ha quedado superada por el nuevo texto constitucional.

Ahora bien, frente a la alternativa de iniciar una acción de amparo o una medida cautelar autónoma –sea que acompañe o no a un recurso o reclamo administrativo que le precede y en el que se solicitó la suspensión de los efectos del acto– el particular tendrá una difícil tarea para determinar cuál es la mejor vía que le permita obtener la “tutela judicial efectiva”.

En efecto, mientras la acción de amparo constituye una opción rápida y expedita, las medidas cautelares, en tanto resulten admisibles, pueden ser más efectivas para la defensa de los derechos afectados.

Más allá de la evolución que experimente la jurisprudencia en esta materia, consideramos que el constituyente ha querido reforzar el instituto del amparo privilegiando su vigencia práctica. De allí que al momento de analizar la “idoneidad” de otras vías y, en caso de duda, debería estarse por la interpretación que determine la procedencia formal del amparo.

Sin perjuicio de ello, sería saludable que por vía de modificación de la ley 16.986 a la luz del nuevo texto constitucional se aclare definitivamente el juego procesal entre la vía de las medidas cautelares y el amparo.

2. *La condición de afectado y la legitimación.* En lo que se refiere a la legitimación activa en materia de acción de amparo y medio ambiente corresponde señalar que la primera parte del art. 43 reconoce a “toda persona” la posibilidad de interponer esta acción contra todo acto u omisión que afecte derechos y garantías reconocidos por la Constitución, un tratado o una ley. Ahora bien, el nuevo art. 41 de la Const. reconoce expresamente el derecho a un ambiente sano. Cabe entonces preguntarse si la acción de amparo “ambiental” le corresponde a “toda persona” como reza el primer párrafo del art. 43.

La cuestión debe analizarse a la luz de lo dispuesto en el segundo párrafo del mismo artículo, en cuanto establece que “podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización”.

³⁰ CNApelContAdmFed, Sala II, 8/9/94, “Schroder, Juan c/Estado nacional (Secretaría de Recursos Naturales s/amparo ley 16.986)”, *ED*, 160-344. En el mismo sentido ver, CFed Paraná, 16/11/94, “Velázquez, Gladis I. y otro”, *ED*, 161-371, y *JA*, 1994-IV-673 con comentario de Morello, Augusto M., *La primera sentencia de alzada sobre el amparo, a la luz de la Constitución reformada*.

De la lectura de la norma surgen tres sujetos legitimados: el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones. Cabe interpretar ahora qué debe entenderse por “afectado”³¹.

¿Es cualquier habitante? Esa parecería ser la conclusión si nos atuviéramos al primer párrafo del art. 43 en cuanto confiere la acción de amparo a “toda persona”³². Sin embargo, nos parece que en lo que hace a la protección del derecho al medio ambiente y de los “derechos de incidencia colectiva en general” el constituyente ha establecido en el segundo párrafo de la norma una regla específica de legitimación que desplaza la fórmula genérica del primer párrafo³³. Pero, ¿quién es el “afectado”? La existencia de un derecho al ambiente en cabeza de “todos los habitantes” (art. 41) no determina por sí sola que cualquier daño al ambiente que se produzca en cualquier lugar del territorio nacional “afecte” a “todos los habitantes” en el sentido del segundo párrafo del art. 43.

³¹ Señala Walsh que “el empleo del término ‘afectado’, abre interrogantes, sustanciales en cuanto a su extensión. A la clasificación tripartita clásica del derecho público argentino; derecho subjetivo, interés legítimo e interés simple, se incorpora un concepto novedoso: el de afectado” (Walsh, *El medio ambiente en la nueva Constitución argentina*, LL, Suplemento de derecho ambiental, n° 1, 6/12/94, p. 2). A continuación el autor desarrolla su interpretación del término afectado con la que, como se verá en el texto, no coincidimos. Así sostiene que “pareciera que el contenido del vocablo es lo suficientemente amplio para permitir una interpretación jurisprudencial más abarcativa que la vigente hasta ahora. En los litigios ambientales, el derecho anglosajón reconoce legitimación a cualquiera que acredite ‘interés suficiente’, realizando una interpretación amplia de la misma. En este sentido parecería que la denotación ‘afectado’ permite a los jueces realizar una interpretación más liberal al momento de conceder legitimación a los particulares para actuar en defensa de los derechos ambientales. Por otra parte el art. 43 reconoce explícitamente a los ... ‘derechos de incidencia colectiva en general’. Una interpretación de ambos términos permite suponer una consagración de la legitimación para actuar a cualquier afectado en reclamo de derechos colectivos. El reconocimiento de los derechos colectivos tiene sus antecedentes en el derecho público de algunas provincias como Santa Fe. La Constitución salteña de 1986, reconoce explícitamente en el art. 88, la existencia de los intereses difusos” (p. 2); por su parte Tawil señala “que el término ‘afectado’ –ajeno a la clasificación tripartita tradicional de origen italiano– no resulta suficiente para clarificar debidamente la cuestión” (*La cláusula ambiental en la Constitución nacional*, cap. IX, D).

³² También el nuevo art. 41 de la Const. nacional en cuanto, refiriéndose al ambiente, impone a todos los habitantes “el deber de preservarlo” plantea la posibilidad de interpretar que existe un paralelismo entre deber y legitimación, en el sentido de que si todos tenemos el deber de preservar el ambiente, a todos nos correspondería la legitimación necesaria para hacerlo. La cuestión se planteó en términos similares respecto de la ley 22.421, que en su art. 1° impone a todos los habitantes de la Nación el deber de proteger la fauna silvestre. Cano, en su comentario a los fallos del juez Garzón Funes en la causa “Kattan” ya citada, dijo que tal imposición “lleva ínsito el correlativo derecho”. Grecco, en cambio, estimó que “de la existencia de un deber genérico no puede deducirse correlativamente el surgimiento de un derecho subjetivo a favor de cualquier habitante, siendo procedente recordar además que (en) el ámbito de las relaciones jurídicas, tanto públicas como privadas, no siempre a todo deber corresponde un derecho” (Grecco, Carlos M., *Ensayo preliminar sobre los denominados intereses “difusos” o “colectivos” y su protección judicial*, LL, 1984-B-877, Cap. V.1.). Por nuestra parte, compartimos el criterio de Grecco y, en esa medida, no creemos que el deber general impuesto por el nuevo art. 41 incida sobre la cuestión de la legitimación para accionar en defensa del ambiente.

³³ Tawil, quien señala de manera coincidente que “no se puede desconocer que el segundo párrafo del mencionado artículo constituye una limitación al principio enunciado precedentemente” (*La cláusula ambiental en la Constitución nacional*, cap. IX, D, 2), agregando en nota 178 que “ratifican lo expuesto precedentemente el tercer y cuarto párrafo del mencionado art. 43 en cuanto allí se delimitan las personas habilitadas a promover los ‘hábeas data’ y ‘hábeas corpus’”.

A los efectos de comprender el verdadero alcance del instituto considerarnos oportuno tomar un ejemplo. Supongamos que se comprueba válidamente –por, ejemplo, a través de un estudio de impacto ambiental– que un establecimiento industrial produce emanaciones de grave toxicidad para la salud de los vecinos del lugar en que está instalado.

Estos podrán, naturalmente, formular las denuncias del caso ante las autoridades correspondientes. Ahora bien, si éstas no proceden a impedir la continuación de los daños, dichos vecinos pueden considerarse “afectados” y tendrán expedita la acción de amparo, la que –en este caso– podrá dirigirse tanto contra la empresa causante del daño como contra las autoridades remisas. En este mismo ejemplo, aquellas personas que no estén directamente relacionadas con el ambiente que se considera contaminado –por ejemplo, por vivir lo suficientemente lejos del lugar como para no ser perjudicadas por las emanaciones tóxicas– no deberían considerarse afectadas en los términos del art. 43 de la Const. nacional.

El problema se plantea cuando los vecinos de un establecimiento industrial sospechan que el mismo puede ser una fuente de contaminación, pero no existe estudio de impacto ambiental que lo demuestre. En este caso cabe preguntarse si aquéllos tienen derecho a reclamar información sobre la realización de dicho estudio. Pareciera que sí, en tanto para determinar el carácter de “afectado” puede resultar necesario realizar estudios técnicos que no estén al alcance de los particulares³⁴. En el caso de que se realicen, éstos deben incluir un resumen de la información necesaria respecto de los efectos ambientales del proyecto en cuestión expresado en términos comprensibles para el público³⁵.

Volvemos ahora al análisis de la condición de afectado.

Al estudiar la noción técnica del derecho subjetivo, García de Enterría y Fernández Rodríguez aluden a las expresiones “círculo vital”, “ámbito vital” o “esfera

³⁴ La exigibilidad del estudio de impacto ambiental se impone poco a poco en nuestra legislación. Ver Valls, Florencia M., *La evaluación del impacto ambiental ya es una realidad jurídica argentina*, LLAct, 7/12/95; cfr. art. 5° de la directiva 85/337 del Consejo de las Comunidades Europeas, que incluye como requisito del estudio de impacto ambiental una “síntesis no técnica”; así, en Italia, ver art. 2.33. del decr. 377/88 y art. 2.1.c. del decr. del 27/12/88 y en España, el art. 2.d. del Real Decreto Legislativo 1302/1986. Ver Martín Mateo, Ramón, *Tratado de derecho ambiental*, vol. 1, Madrid, Trivium, 1991, p. 313 y 319 y ss.; Tawil, si bien entiende que “el art. 41 no parece enrolarse –como otras constituciones vigentes– en aquella tendencia que reconoce en forma inequívoca la existencia de un derecho subjetivo de los habitantes a la información ambiental”, más adelante expresa que “la imposición a las autoridades de la obligación de proveer a la información ambiental implica, en este sentido, no sólo reconocer la necesidad de desarrollar en nuestro país sistemas adecuados para ello sino, además, admitir: a) la posibilidad de que los particulares y entidades preocupadas por la preservación del medio ambiente puedan acceder a la información existente en ámbitos públicos o privados, y b) la existencia de una obligación de quienes se hallan en condiciones de generar un daño ambiental de informar públicamente esa situación a la población” (*La cláusula ambiental en la Constitución nacional*, cap. IX, I).

³⁵ Cfr. *Medio ambiente en España 90*, Madrid, Ministerio de Obras Públicas y Transporte, 1991, p. 76.

vital”³⁶ tratando de deslindar aquellas situaciones que permiten ejercer el poder reaccional de las que, por el contrario, no habilitan a su ejercicio.

La noción de “ámbito vital” permite –a nuestro juicio– identificar aquellas personas que pueden considerarse “afectadas” en el sentido de la nueva norma constitucional³⁷. En el caso de la protección del ambiente natural el “ámbito vital” viene determinado por una relación de proximidad física, esto es, por una vinculación derivada de la localización espacial y no de la pertenencia a una jurisdicción política. En otras palabras no basta para ser “afectado” con residir dentro de los límites políticos de un municipio o de un partido si no se prueba la efectiva relación entre la presunta fuente contaminante y el amparista³⁸; en cambio, cuando se trata de proteger

³⁶ García de Enterría, Eduardo - Fernández Rodríguez, Tomás R., *Curso de derecho administrativo*, t. 2, Madrid, Civitas, 1982, p. 50 y ss.; Barra, Rodolfo C., *Legitimación para accionar en la reciente jurisprudencia de la Corte*, ED, 151-801, especialmente p. 805.

³⁷ Señala Moreno Trujillo que “toda persona está inmersa en un ámbito concreto, forma parte, como un elemento o un componente más, de un medio ambiente determinado, y sobre todo, determinable” (*La protección jurídico-privada del medio ambiente y la responsabilidad por su deterioro*, p. 73).

³⁸ Ver el análisis que sobre este punto realiza Gustavo A. Kaufman comentando el caso “Schroder”, con quien coincidimos en la necesidad de formular el distingo realizado en el texto (LL, 1994-E-449). Sin embargo, no compartimos la crítica que allí desarrolla Kaufman al fallo en cuestión, en tanto le atribuye al tribunal haber sentado el principio de que la mera vecindad en una geografía política convierte al vecino en legitimado activo. Así, señala en cuanto a la legitimación que “la Cámara entendió que, dada la calidad del accionante de ‘vecino de la provincia de Buenos Aires’, el mismo reúne la calidad de ‘afectado’ a la que alude el art. 43 de la Const. luego de su reforma. (Según el art. 43 de la Const., cuando se trata de la protección de los derechos relativos al ambiente, la acción podrá ser interpuesta por el afectado. Esta condición se encuentra debidamente cumplida con el interés personal y directo que, en el caso, ostenta el actor). Si bien en el primer considerando se hace referencia a que el actor es vecino de la localidad de Martín Coronado, Partido de Tres de Febrero, de todas maneras se sienta un principio de peligrosas consecuencias: la mera vecindad *en una geografía política* (no necesariamente un mismo *espacio ambiental*) convierte el vecino en legitimado activo, para impedir por vía de amparo, trabajos o actividades que tengan impacto ambiental. No es ésta precisamente la doctrina tradicional en materia de legitimación para conceder este remedio excepcional y extraordinario. Es decir, el actor ni siquiera tuvo que demostrar que se resentiría su derecho constitucional a vivir en un ambiente sano por la instalación de una planta de tratamiento en su jurisdicción municipal, ni que viva en las cercanías físicas de la futura planta, o que utilice las napas de agua que podrían llegar a estar afectadas por la planta de tratamiento a ser instalada. La distancia que separa la mera vecindad en el partido de la real afectación por una futura obra que aún no tiene siquiera localización precisa ha sido reducida a cero mediante esta novedosa alquimia judicial. La doctrina constitucional subyacente a este caso parece ser que, si un vecino está preocupado por los efectos ambientales que tendrá un accionar determinado de la Administración en su *jurisdicción política*, y demuestra que ese accionar es arbitrario, por estar en contradicción con las normas que regulan los procedimientos internos a que deben someterse los burócratas, quedaría dentro de la categoría constitucional de ‘afectado’ y, consecuentemente, habilitado para detener a la Administración por la vía del amparo judicial, sin necesidad de demostrar o invocar un daño real o potencial, inminente o lejano. Expresada en estos términos, esta doctrina puede ser muy efectiva para contener muchos casos de excesos y caprichos del poder político; en otros casos, también puede ser utilizada para legitimizar excesos o caprichos de quienes, por cualquier motivo, están en la otra vereda del ejercicio del poder. El efecto final de esta formulación aparentemente inocente de doctrina constitucional puede ser, parafraseando a Clausewitz, permitir la continuidad de la lucha política democrática por otros medios”. A nuestro modo de ver, de la lectura de los considerandos primero y cuarto de la sentencia de primera instancia surge que el señor Schroder invocó que la posible contaminación del acuífero Puelche lo convertía en potencial particular damnificado (en rigor, para nosotros y en la terminología actual sería un “afectado”) (ED, 160-346). Por su parte, el Tribunal señaló que el amparista reunía la condición de afectado en los términos del art. 43 de la Const. nacional. Dijo, en ese sentido, que “esta

el patrimonio cultural (art. 41, Const. nacional) que, para algunos, integra una noción unitaria de “ambiente”³⁹ se relativiza el condicionamiento espacial por la propia naturaleza del bien tutelado.

5. Reflexión final

Hasta aquí nuestro aporte en torno a la cláusula ambiental de la Constitución nacional. Reiteramos que su introducción es un positivo cambio en nuestro ordenamiento jurídico. Será tarea del legislador desarrollarla. No menos importancia tiene la labor de los tribunales y de la doctrina –alguna de cuyas primeras manifestaciones hemos considerado– a la hora de interpretar su alcance.

© Editorial Astrea, 2006. Todos los derechos reservados.



condición se encuentra debidamente cumplida con el interés personal y directo que, en el caso, ostenta el actor”. A nuestro juicio, esa referencia –que debe ser interpretada contextualmente con el fallo de primera instancia– apunta precisamente a las circunstancias de hecho denunciadas por el actor relativas a la posible contaminación de la fuente de provisión de agua del lugar de su residencia. Por ello no podemos coincidir con Tawil en cuanto considera acertada la crítica de Kaufman (*La cláusula ambiental en la Constitución nacional*, p. 67, nota 181).

³⁹ Franco, Marilena, *Il diritto dell'ambiente*, Padova, Cedam, 1990, p. 5 a 9; Lago, Daniel H., *Patrimonio cultural y medio ambiente*, en “Gerencia ambiental”, año 1, n° 9, Bs. As., p. 622 y ss.; Giannini, Massimo S., *Ambiente: saggio sui diversi suoi aspetti giuridici*, “Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico”, Roma, 1973, p. 23 y siguientes. En esa noción unitaria de “ambiente” pueden considerarse comprendidas las cuestiones urbanísticas. Ver en este sentido, Scotti, *La preservación del ambiente y el derecho urbanístico en la reforma constitucional*, ED, 160-737, quien señala que “la ‘acción expedita y rápida del amparo’ comprenderá las cuestiones derivadas del planeamiento urbano, cuya interposición no podrá limitar las normas locales”, y añade, seguidamente, que “exhibe trascendencia la ampliación de la legitimación pasiva en el amparo, incluyendo los actos u omisiones de particulares. Este permisión proyecta notablemente su aplicación en el campo del urbanismo”. Esta opinión es compartida por Tawil, *La cláusula ambiental en la Constitución nacional*, cap. IX, G.