

# El derecho fundamental al ambiente sano

*Marcelo Alberto López Alfonsín\**

## **Resumen**

La incorporación de la cláusula constitucional del derecho al ambiente sano ha evolucionado en la consagración de la noción de “desarrollo humano”, entendido como un reconocimiento a los “derechos humanos de tercera generación”, con titulares de naturaleza colectiva e incluso intergeneracional. En este sentido, el derecho al ambiente sano debe leerse desde una perspectiva integral y sistematizada que examine la norma legal y los principios que la interpretan, para así comprender las particularidades del daño ambiental y la consecuente inversión de la regla general en materia de recomposición. Para completar la mirada global de la protección ambiental, resulta necesario comprender la idoneidad de la acción de amparo y demás acciones tuitivas como medios adecuados para garantizar el respeto al derecho fundamental al ambiente sano.

\* Juez Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires; Doctor en Derecho con orientación en Derecho Constitucional de la Universidad de Buenos Aires; Magister en Ambiente Humano, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Lomas de Zamora. Profesor Adjunto Regular de las asignaturas: “Elementos de Derecho Constitucional”, “Derecho de los Recursos Naturales y Protección del Ambiente” y “Derechos Humanos y Garantías”, UBA; Docente de Posgrado de la Carrera de Especialización en Derecho Constitucional, de la Carrera de Especialización en Derecho de los Recursos Naturales, de la Carrera de Especialización en Derecho Ambiental, de la Carrera de Especialización en Derecho Constitucional y de la Carrera de Especialización de Derecho Procesal de la Facultad de Derecho, UBA; autor de numerosas publicaciones sobre temas de derecho constitucional, derechos humanos, derecho de los consumidores y usuarios y derecho ambiental; mlalfonsin@jusbaires.gov.ar.

Palabras clave: Protección constitucional del ambiente, derechos fundamentales, política ambiental, Ley General de Ambiente, daño ambiental, amparo ambiental.

## **The Fundamental Right to a Healthy Environment**

### **Abstract**

The incorporation of the constitutional article regarding the right to a healthy environment has evolved in the consecration of the notion of “human development”, understood as recognition of “human rights of third generation”, with holders of a collective and even intergenerational nature. In this sense, the right to a healthy environment must be read from an integral and systematized perspective that examines the legal norm and the principles that interpret it, in order to understand the particularities of environmental damage and the consequent reversal of the general rule in the matter of recomposition. To complete the global view of environmental protection, it is necessary to understand the suitability of the legal actions as adequate means to ensure respect for the fundamental right to a healthy environment.

Keywords: Constitutional Protection of the Environment, Fundamental Rights, Environmental Policy, General Environmental Law, Environmental damage, Environmental Protection.

### **I. Introducción**

Desde hace más de cuarenta años, la cuestión ambiental se instaló en la agenda pública mundial contemporánea, a la vez que se reflejó también en los sistemas jurídicos de todo el mundo. En efecto, hoy en día es usual que las instituciones internacionales, los líderes políticos, las organizaciones sociales, los medios de comunicación e incluso los ciudadanos debatan sobre problemas ambientales. Sin embargo, es poco común que se discuta sobre los modelos de justicia que fundamentan las normas y las estrategias políticas que pretenden proteger el medio ambiente. En estas coordenadas, el derecho ambiental se transforma en un conjunto de legislaciones analizadas

sin tener en cuenta el contexto en el que se aplican, ni su eficacia. Las exigencias actuales hacen que lo urgente tenga prioridad frente a lo que en apariencia puede relegar, como es la fundamentación teórica de las acciones y de la normativa vigente.<sup>1</sup>

El desarrollo del derecho ambiental, a partir de 1972 con la Declaración de Estocolmo, fue aumentado a un ritmo verdaderamente vertiginoso. Es de vital importancia destacar que nuestra cláusula constitucional es la más avanzada dentro del derecho comparado en materia ambiental y de calidad de vida, pues ha evolucionado en la consagración de la noción de “desarrollo humano”. Este concepto se ha venido perfilando en los últimos años en los documentos del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo –PNUD–, específicamente en los informes correspondientes a los años 1990 a 1994. En los debates de la Convención Constituyente, fue el convencional Antonio Cafiero el más destacado impulsor de esta categoría en el texto reformado de la Ley Fundamental.

En el informe del PNUD sobre desarrollo humano de 1990, se define a este como: “[...] el proceso mediante el cual se amplían las oportunidades del ser humano. En principio, estas oportunidades pueden ser infinitas y pueden variar con el tiempo. Sin embargo, las tres vías más esenciales son: a) disfrutar de una vida prolongada y saludable; b) adquirir conocimientos y c) tener acceso a los recursos necesarios para una vida decente”. Nadie puede garantizar la felicidad humana y las alternativas individuales que tienen carácter estrictamente personal. No obstante, el proceso debe por lo menos crear un ambiente propicio para que los sujetos, tanto individual como colectivamente, puedan desarrollar todo su potencial y contar con oportunidades razonables de llevar una vida productiva conforme a sus necesidades e intereses. El desarrollo humano tiene dos aspectos: 1) la formación de capacidades humanas tales como mejor estado de salud, conocimientos y destrezas; y 2) la forma, el uso con que los hombres emplean las capacidades adquiridas para el trabajo, y el descanso o las actividades culturales, sociales y políticas. Esta manera de enfocar el desarrollo humano no es nueva. El mundo contempla, desde hace algunos años, cómo las fuerzas poderosas e

1. D. Bonilla Maldonado, “Justicia ambiental, normas jurídicas y acción política”, en AA.VV., G. Hardin, C. Stone, C. Rose, *Derecho ambiental y justicia social*, Bogotá, Comp. Colin Crawford, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2009, pp. 11-12.

innovadoras de la tecnología se han convertido en el principal impacto que afecta y también perjudica a la sociedad en su conjunto, descubriendo que el concepto de desarrollo proporcionado por la ciencia económica adolece de una radical simplificación que se abstrae de la realidad, ignorando reiteradamente al hombre y a su medio.

El desarrollo del derecho al ambiente sano como categoría constitucional tiene su punto de partida con una fuente primaria en el derecho internacional público y su creciente influencia en el derecho comparado. La constitucionalización del mismo viene de la mano del reconocimiento de los “derechos humanos de tercera generación”, en donde juega un papel preponderante la consolidación del valor “solidaridad” como criterio axiológico. Esta impronta genera un fuerte impacto en el Estado de Derecho, por cuanto los titulares de este nuevo derecho fundamental tienen una naturaleza colectiva e incluso intergeneracional. El derecho al ambiente sano es un derecho humano fundamental. Al respecto, la ya citada Declaración de Estocolmo de 1972 de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Ambiente Humano señalaba que: “[...] el hombre tiene derecho fundamental a la libertad y a la igualdad, dentro de condiciones de vida satisfactorias, en un ambiente cuya calidad le permita vivir en dignidad y bienestar. Asimismo, tiene el deber fundamental de proteger y de mejorar el ambiente para las generaciones presentes y futuras”.

Así es que se torna necesario estudiar el derecho al ambiente sano de una manera global y sistematizada, teniéndose en cuenta los efectos que produce la acción humana sobre este, y no solo el accionar individual de cada uno, sino que es trascendental además examinar cuáles son las consecuencias que traerá aparejada la sumatoria de acciones individuales.

En el presente trabajo, me propongo estudiar el derecho a un ambiente sano desde una perspectiva integral. Para lo cual, en primer término analizaré la cláusula constitucional ambiental, para luego detenerme en los principios jurídicos propios de esta materia que sin duda adquieren un papel protagónico al momento de interpretar aquella. Con este marco teórico, me detendré en las particularidades del daño ambiental, es decir en esas características propias que justifican la inversión de la regla general en materia de recomposición, ya que cuando hablamos de perjuicios ambientales no solo resulta idónea la indemnización en dinero sino que lo que se exige es, si fuera posible, la recomposición de las cosas al estado anterior en el que se encontraban.

Por último, me ocuparé de la acción de amparo como la garantía constitucional idónea que permite tutelar el derecho al ambiente sano, como también de las distintas acciones tuitivas que prevé nuestro ordenamiento.

## **II. La cláusula constitucional ambiental**

Tomando como punto de partida el respeto hacia la problemática ambiental, los ordenamientos jurídicos han tratado de reglamentarla desde diversos ángulos. Argentina incorporó como se ha señalado una cláusula ambiental en su reforma constitucional de 1994. La propia Ley Suprema ha definido una determinada situación jurídica, en términos que lo hacen identificable o discernible para el intérprete que a su vez ha contemplado —o no ha excluido— la consideración de esta como un derecho, a partir de la entrada en vigor de la norma que lo enuncia, la propia Constitución. En consecuencia, el derecho que preexiste a la ley no podrá ser desnaturalizado por esta, sin incurrir en una inconstitucionalidad, toda vez que implica quebrar su núcleo esencial.<sup>2</sup> La constitucionalización del ambiente es, sin duda, producto de un proceso de culturización, es decir, la consagración de valores relevantes de la sociedad de forma tal que puedan ser proyectados por los órganos del Estado como políticas y planes de la administración, además de garantizar su reconocimiento como derecho y, como corolario, su protección. Se trató de un nuevo paso, la conquista de los denominados “derechos de tercera generación”, en una operación que no difiere sustancialmente de la que acaeció tiempo atrás con la recepción de los derechos sociales.<sup>3</sup>

El artículo 41 de la Constitución Nacional dispone:

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

2. J. Jiménez Campo, *Derechos fundamentales. Concepto y garantía*, Madrid, Editorial Trotta, 1999, pp. 24-25.

3. A. M. Guevara Palacios, “Algunos aspectos del medio ambiente en el derecho constitucional comparado”, en *El Dial*, DC333, p. 3.

recomponer, según lo establezca la ley. Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales. Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquellas alteren las jurisdicciones locales. Se prohíbe el ingreso al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos, y de los radiactivos.

El constituyente de 1994 previó expresamente dos cualidades que deben exigírsele al ambiente: la sanidad y el equilibrio. La primera calidad acompaña desde sus orígenes a la corriente ecologista. El término “sano” no está exclusivamente ligado a la preservación y no contaminación de los elementos que integran el ambiente. En sentido contrario, el concepto es utilizado de una manera más abarcativa, tal como surge de los debates de la propia Convención Constituyente. En efecto, este deber se extiende a que los ámbitos construidos por el hombre cumplan determinados requisitos mínimos de bienestar.

Con relación a la proclamación del ambiente en la Ley Fundamental como un derecho-deber, es dable reseñar que el diseño constitucional clásico del demoliberalismo se caracteriza, principalmente, por la organización del poder dividido y limitado, como también por las declaraciones de derechos. Ello explica por qué en las constituciones sancionadas bajo esta corriente se encuentra ausente el factor coactivo. Sirva de ejemplo nuestra Constitución histórica, que no obstante contemplar varios delitos, tales como el artículo 29 y el antiguo artículo 103 –actual artículo 119–, en lo concerniente a las sanciones remite a la legislación reglamentaria.

Por consiguiente, tampoco es usual advertir en los textos constitucionales deberes positivos, aunque puede mencionarse como una excepción la obligación de todos los ciudadanos de armarse en defensa de la patria y de la Constitución –artículo 21–. Ello por cuanto el fin último del constitucionalismo demoliberal del siglo XIX era garantizar la libertad de los habitantes, lo que era susceptible de alcanzarse mediante declaraciones y reconocimiento de derechos que, en definitiva, funcionaban como restricciones al poder estatal. Así, la textura de la Constitución se definía claramente por la división del poder y la declaración de derechos.

La reforma constitucional de 1994 se aparta de esta tradición e incorpora deberes constitucionales. Por supuesto, estos debían adicionarse a las obligaciones explícitas que se encontraban establecidas como contracara de los derechos reconocidos en el texto anterior. Específicamente, en materia ambiental se dispuso que todos los habitantes de la Nación tienen el deber de preservar el ambiente, sano, equilibrado y apto para el desarrollo humano.

Otra particularidad relevante es la inclusión del daño ambiental dentro del texto constitucional. Expresamente, la última parte del primer párrafo establece que el daño ambiental conllevará prioritariamente la obligación de “recomponer”, es decir que una vez que se produce el perjuicio aparecerá el deber de recomposición, lo que significa que las cosas deberán volver al estado anterior en el que se encontraban, siempre que resultare posible. Lo cual, en modo alguno, implica excluir la reparación del menoscabo causado.

En igual sentido, la Ley General del Ambiente<sup>4</sup> en principio exige recomponer, no obstante puntualizar que, si no fuera técnicamente factible, se aplicará una indemnización sustitutiva, determinada por la justicia ordinaria y depositada en el Fondo de Compensación Ambiental creado por la misma norma. En una primera aproximación, puede afirmarse que el daño ambiental se relaciona con el principio organizativo del sistema ambiental y existe cuando esa afectación es apta para impactar sobre la vida. Por tanto no puede identificarse el daño ambiental con cualquier lesión a un recurso ambiental. En forma genérica, daño al ambiente es toda disfunción ambiental que se traduce en una lesión o menoscabo al derecho colectivo a que no se altere en modo perjudicial la calidad de vida o el equilibrio ambiental.

Se trata de una nueva concepción del daño, por lo que la normativa aplicable a la reparación de los perjuicios ocasionados sobre los derechos subjetivos no resulta eficaz. Es el rol del tradicional derecho de daños, es la función de la responsabilidad civil la que debe transformarse y dirigirse a evitar la lesión. Aceptado y adoptado este estándar, deben articularse los medios idóneos para obtener –dentro de límites racionales y compatibles con los intereses involucrados– el cese de los procesos que conlleven en sí mismos el peligro de generar un perjuicio, a efectos de frustrar la amenaza de daño que potencialmente implican.

4. Ley N°25.675, publicada en el B.O. del 28/11/2002.

Es indispensable recordar que la degradación ocasionada al ambiente proviene fundamentalmente de la utilización de los modernos procedimientos industriales y tecnológicos, como una consecuencia difícilmente evitable de la sociedad actual. Pero, al mismo tiempo, la adaptación de las estructuras sociales a la vertiginosa y constante dinámica de la evolución científica reporta amplios beneficios.

Por otro lado, el párrafo segundo del artículo 41 establece una obligación de amplio alcance: la de “proveer” a la protección de este derecho por parte de “las autoridades”.

Es preciso mencionar que la misma se encuentra contemplada por la Ley General del Ambiente como uno de los objetivos de la política ambiental; al respecto el artículo 2° prescribe: “La política ambiental nacional deberá cumplir con los siguientes objetivos: [...] h) Promover cambios en los valores y conductas sociales que posibiliten el desarrollo sustentable, a través de una educación ambiental, tanto en el sistema formal como en el no formal [...]”. Asimismo, el artículo 8° de la misma normativa menciona a la educación en la materia como un instrumento de la política y gestión ambiental, al igual que el ordenamiento ambiental del territorio, la evaluación de impacto ambiental, entre otros. En el artículo 14 se establece categóricamente la importancia de la educación ambiental como una herramienta idónea para transmitir valores, comportamientos y actividades acordes con un ambiente sano entre los ciudadanos, orientando sus conductas hacia la conservación de los recursos naturales y su utilización sostenible, de forma tal que redunde en beneficio de una mejora en la calidad de vida a nivel general.

Finalmente, el artículo 15 dispone que: “La educación ambiental constituirá un proceso continuo y permanente, sometido a constante actualización que, como resultado de la orientación y articulación de las diversas disciplinas y experiencias educativas, deberá facilitar la percepción integral del ambiente y el desarrollo de una conciencia ambiental [...]”. A su vez, ordena a las autoridades la coordinación con el Consejo Federal de Medio Ambiente (COFEMA) de los programas para la implementación en los sistemas de educación, teniendo posteriormente las distintas jurisdicciones el deber de instrumentar los programas básicos consensuados mediante las normas correspondientes. Sin duda esta norma, que es considerada una ley marco en materia de principios mínimos de protección ambiental, reconoce la importancia de la educación en el diseño de la política ambiental y su función esencial para poder ejercer otras dos herramientas básicas de la misma

como son el acceso a la información pública y la participación ciudadana. Para que la población pueda cumplir en forma adecuada con sus funciones de control respecto de las gestiones de gobierno, requiere como *conditio sine qua non* estar previamente educada, solo aquellas comunidades que cuentan con programas educativos serios y eficaces están aptas para participar activamente en los asuntos públicos.

En este segmento se encuentra otra novedad: la inclusión de la protección de la diversidad biológica, por primera vez con jerarquía constitucional en el derecho comparado. Lo que está en perfecta sincronía con la Ley N°24.375<sup>5</sup> que aprobó el Convenio sobre Diversidad Biológica adoptado y abierto a la firma de los países miembros de la ONU, en la Conferencia de Río de 1992. El instrumento parte de reconocer el valor intrínseco de la diversidad biológica como también de los valores ecológicos, genéticos, sociales, económicos, científicos, educativos, culturales, recreativos y estéticos de la misma. Por consiguiente, pone de manifiesto la importancia que reviste su protección para la evolución y mantenimiento de los sistemas necesarios para la vida de la biósfera. Además, se afirma que la conservación de la diversidad biológica es de interés de toda la humanidad y, que son los propios Estados los responsables de su preservación así como de la utilización sostenible de sus recursos biológicos. El constituyente de 1994, siguiendo esta línea de pensamiento, decidió plasmar la obligación de las autoridades en tal sentido en el propio texto de la Ley Suprema, es decir, con la mayor jerarquía normativa.

En el tercer párrafo del artículo 41, se consagra la distribución de competencias entre la Nación y las provincias en materia legisferante, con la finalidad de implantar las bases de un auténtico “federalismo de concertación”, por el que ya se había pronunciado la doctrina. En el cuarto párrafo, se establece una prohibición constitucional: introducir en el territorio nacional residuos actual o potencialmente peligrosos y los radiactivos. La redacción fue impulsada por varias organizaciones no gubernamentales. No obstante, vale aclarar que dicha prohibición desde el ámbito legislativo ya estaba prevista a través de la Ley N°24.051 de residuos peligrosos, anterior a la reforma constitucional, como bien lo señalara el convencional Natale en su disidencia, por lo cual implica una tarea adicional de interpretación que sin

5. Ley N°24.375, publicada en el B.O. del 06/10/1994.

duda menoscaba el objetivo primordial de la misma, que es el de resguardar al ser humano así como a su entorno ambiental de los peligros que generan los residuos radiactivos tanto en lo inmediato como en el futuro. Por último, a fin de abordar con profundidad el tema, resulta adecuado integrarlo con el resto del plexo normativo y axiológico de la Constitución. La reforma expandió considerablemente los deberes del Estado, imponiéndole obligaciones de no hacer como así también de hacer. Ciertamente, la incorporación de acciones positivas a su cargo lo convierte en sujeto obligado. La igualdad formal del artículo 16 ha sido complementada por una igualdad sustancial, materializada en la siguiente expresión: “igualdad real de oportunidades”.

Todo ello en el marco del artículo 75, inciso 22, que otorgó jerarquía constitucional a los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos allí enumerados y los que se incorporen en un futuro a través del procedimiento específico que contempla la cláusula constitucional. En suma, el derecho al ambiente sano conlleva la defensa de numerosos derechos fundamentales de carácter individual o plural, pero de incidencia colectiva y de interés general, los que no tendrán vigencia efectiva hasta tanto el control de la autoridad administrativa como también judicial, sienta las bases para construir la conciencia social a través de la voluntad política de hacer. Teniendo en cuenta los derechos de las generaciones futuras y la responsabilidad que les cabe a las generaciones presentes, estamos obligados a repensar el impacto que las opciones colectivas y políticas pueden tener en el desarrollo de estas cuestiones. En estas coordenadas, la protección ambiental en el sentido amplio que tanto la doctrina como la jurisprudencia le asignan se inserta en el plexo axiológico constitucional, tal como ha quedado diseñado a partir de la reforma de 1994.<sup>6</sup>

### **III. Los principios de la política ambiental**

#### *1. Los principios fundamentales del derecho ambiental*

Consideramos que los principios generales del derecho –o “principios rectores”– son los postulados fundamentales y universales que la razón

6. S. G. Cayuso, *Constitución de la Nación Argentina -Comentada-*, Buenos Aires, Editorial La Ley, 2006, p. 194.

especula, generalizando por medio de la abstracción las soluciones específicas que se obtienen a partir de los conceptos de justicia y equidad social; atendiendo a la naturaleza de las cosas positivas o a directas indicaciones normativas –según si se adopta una visión de tinte iusnaturalista o más positivista–. Asimismo, pueden ser considerados como ideas directrices que sirven de justificación del ordenamiento jurídico, esto es pautas generales de valoración jurídica. Son cánones generales y abstractos, dado que se obtienen inductivamente extrayendo lo esencial de las normas particulares, o bien como una regla general preexistente.

Las funciones principales pueden ser sintetizadas de la siguiente manera: 1) interpretativa: permite subsumir el supuesto en un enunciado, facilitando al intérprete adecuarlo a valores fundamentales; 2) finalista: orientan la interpretación hacia fines más amplios de políticas legislativas; 3) delimitativa: marca la competencia legislativa, judicial y negocial; y 4) fundante: otorga un parámetro para legitimar internamente al ordenamiento, dando lugar a creaciones pretorianas. A su vez, estructuran un patrón orientador del derecho para los operadores jurídicos, a saber: 1) para el legislador, porque las leyes que se dicten deberán ajustarse a estos principios; 2) para el juez, pues fortalecen el valor de seguridad jurídica de todo el sistema, toda vez que su explicitación sirve de constatación de las razones que han tenido los magistrados para sentenciar un caso en un determinado sentido, reduciendo de esta manera el ámbito de discrecionalidad y recurriendo a estos para resolver cuestiones que no tienen solución en la ley o las costumbres como fuentes del derecho; y 3) para el funcionario, al proporcionarle criterios para su actuar.

Sentado ello, los principios generales en cuanto estándares propios de una rama determinada del derecho –principios específicos–, son de utilidad cuando se presenta una contienda entre estos y la legislación que pretende aplicarse a dicha materia. Así, resultan de vital importancia tanto para evitar el avance disfuncional de la normativa correspondiente a otra temática, como también coadyuvan a alcanzar el desarrollo y consolidación de la reglamentación propia, delimitando, de esta manera, las fronteras de la especialidad.

En consecuencia, teniendo en cuenta la juventud de la regulación jurídica del ambiente si consideramos su nacimiento a principios de los años 70, y la convivencia de normas directamente protectoras del entorno con otras anteriores a dicha problemática, estos principios rectores resultarán a veces, más vinculados al mundo ideal del deber ser jurídico, que al real

de lo que en la actualidad es el ordenamiento ambiental. Sin embargo, esta convivencia de lo ideal y lo real en la formulación de los mismos no obsta a su solidez. Con el devenir del tiempo, se fueron consolidando una serie de pautas fundamentales de protección al ambiente que, pese a su generalidad, se constituyeron en parámetros jurídicos a los que deben ajustarse los comportamientos de los individuos.<sup>7</sup> El surgimiento de los mismos ha de correlacionarse con la intensa labor doctrinaria, como también de tribunales internacionales y los instrumentos de derecho internacional público, principalmente de carácter declarativo.

Por su parte, los principios generales del derecho internacional ambiental constituyen normas consuetudinarias de este, que pueden estar expresadas en normas convencionales y estar conectadas en su raíz a los principios generales del derecho. Se originaron en el ámbito del derecho internacional ambiental, y fueron receptados por los instrumentos jurídicos internacionales vinculantes en la materia, para finalmente ser incorporados en el derecho interno de cada Estado. Es de vital importancia la consagración expresa de tales principios en el ordenamiento positivo, ya que permite otorgarles certeza como instrumentos necesarios de interpretación. Lo cierto fue que la codificación de “principios de derecho ambiental” se ha plasmado en convenciones internacionales, en decisiones de organismos internacionales y posteriormente en la legislación nacional. La mayoría de estos “principios de derecho ambiental” no son nuevos, sino que han sido aceptados anteriormente en diversos instrumentos internacionales considerados *soft law*, tales como declaraciones, recomendaciones de organizaciones internacionales y, del mismo modo, en las convenciones en diversas regiones del mundo.

La ya citada declaración final de la Conferencia de la ONU sobre Ambiente y Desarrollo, Río de Janeiro (1992) situó tales “principios de derecho ambiental” en el ámbito de las relaciones internacionales. En el caso del legislador nacional, que pretende implementarlos, es importante conocer el verdadero sentido de los mismos, estableciendo si los “principios de derecho internacional” aceptados e incorporados en los “principios de derecho ambiental” son solo “principios de derecho” o, a la vez, “principios de política pública”. Del mismo modo y, desde otra perspectiva, el legislador de cada

7. J. Juste Ruiz, *Derecho internacional del medio ambiente*, Madrid, McGraw-Hill Interamericana de España, 1999, p. 63.

país definirá si tales “principios de derecho ambiental” deben ser aplicados de manera general o específica.

## *2. Los principios rectores de la Ley General del Ambiente aplicables a la política ambiental nacional*

En el sistema jurídico argentino, la Ley General del Ambiente N°25.675 establece expresamente que la política ambiental deberá ajustarse a los principios ambientales que se mencionan en el artículo 4º. A modo de afirmación preliminar, corresponde subrayar que estos principios fundamentales, en su totalidad, deben aplicarse no en un ámbito determinado, sino en todos aquellos donde se involucre la cuestión ambiental, reconociendo como límite los principios específicos de cada rama particular.<sup>8</sup> Ello por cuanto, la normativa de referencia tiene una esencial envergadura en el régimen jurídico ambiental argentino. Se trata de una ley marco en materia de presupuestos mínimos de protección del ambiente dado que conviven en su texto aspectos básicos de la comunidad jurídica y de la sociedad en su conjunto.<sup>9</sup>

En estas coordenadas, es importante destacar que el artículo 5º de dicha legislación es categórico al disponer que “Los distintos niveles de gobierno integrarán en todas sus decisiones y actividades previsiones de carácter ambiental, tendientes a asegurar el cumplimiento de los principios enunciados en la presente ley”. Esto pone de manifiesto la importancia que tienen estas pautas básicas en toda la política ambiental, dado que deben ser observadas en la totalidad de las decisiones que versen sobre esta materia.

En este marco se ha entendido<sup>10</sup> que el Poder Ejecutivo es el Jefe de Gobierno y responsable político de la administración del país lo que incluye

8. G. García Minella, “Ley General del Ambiente”, en AA.VV., E. P. Jiménez (coord.), *Derecho Ambiental (Su actualidad de cara al tercer milenio)*, Buenos Aires, Editorial Ediar, 2004, pp. 19-123.

9. M. E. Di Paola, D. Sabsay, “Coordinación y armonización de las normas ambientales en la República Argentina”, en *Revista de Derecho de Daños 2008-3*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2009, 1ª edición, pp. 137-162.

10. J. P. Mas Vélez, “Reflexiones sobre los objetivos de política ambiental nacional y los instrumentos de política y gestión de la ley 25.675 desde la perspectiva del desarrollo sustentable”, en AA.VV., G. González Acosta (coord.), *Derecho Ambiental y Desarrollo Sustentable*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas, 1ª edición, 2015, pp. 285 y 296.

la responsabilidad política de administrar el ambiente a nivel nacional. Además, si la Ley General del Ambiente es un instrumento de la política y si los objetivos de la política están incorporados a la misma norma, correspondería al responsable de la misma el cumplimiento efectivo de ello. He aquí la conjunción en materia ambiental de principios jurídicos rectores con los lineamientos constitucionales de política ambiental.

#### **IV. El daño ambiental en perspectiva constitucional<sup>11</sup>**

El artículo 41 de la Ley Fundamental introduce en el marco constitucional la noción de “daño ambiental” y lo hace desde una lógica novedosa para nuestro ordenamiento jurídico interno. Adviértase que en este, todo el régimen de daños fue pensando desde sus orígenes a partir de la idea de reparación. Sin embargo, el dispositivo constitucional establece que “el daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley”. Es decir que dejando a un lado la lógica reparativa, se postula la recomposición de los perjuicios como una obligación primaria: esto es, que una vez acaecido el daño ambiental, aparece el deber de volver las cosas al estado anterior en el que se encontraban. La cuestión no se agota aquí, muy por el contrario; los constituyentes dejaron la puerta abierta para que el legislador profundizara aún más esta idea. En este contexto tiene un rol protagónico la Ley General del Ambiente. Esta se trata de una normativa mixta<sup>12</sup> que aparte de establecer los presupuestos mínimos de la política ambiental, donde aparece fuertemente la idea de prevención y precaución, regula algunas cuestiones de derecho de fondo, tal es el caso del

11. Puede ampliarse en M. A. López Alfonsín, “El derecho ambiental en el CCCN”, en AA.VV, P. Manili (coord.), *Incidencias del Código Civil y Comercial*, Buenos Aires, Ediciones Hammurabi, 1ª edición, 2015, p. 49 y ss.

12. M. E. Di Paola, D. Sabsay, *op. cit.* Los autores entienden que corresponde calificar a la Ley General del Ambiente como “una ley mixta”, ya que regula aspectos relativos a los presupuestos mínimos sobre protección ambiental, así como también vinculados al daño ambiental. Esto significa que el Congreso Nacional ha sancionado normas de diversa índole en función de las categorías que el artículo 41 establece en sus distintos párrafos, y que en consecuencia en un caso constituyen normas de presupuestos mínimos, pasibles de complementación por parte de las provincias, y en el otro, normativa en materia de responsabilidad por daño ambiental, de competencia nacional.

daño ambiental. Sobre este último dispone la Ley N°25.675: “El que cause el daño ambiental será objetivamente responsable de su restablecimiento al estado anterior a su producción” (artículo 28).

Por ello, los contornos definitivos que alcance la responsabilidad por daño ambiental tienen que inexorablemente partir de esta matriz. Las visiones o los abordajes a esta temática que no se encuadran en este presupuesto lógico están condenados a ser tachados de inconstitucionales.

Con base en lo expuesto, se pueden distinguir claramente dos especies de daños ambientales: a) Daño al ambiente: Las disfunciones ambientales pueden producir un perjuicio al ambiente, como el ya definido “macro bien”, sin que medie daño inmediato a personas determinadas o a su patrimonio. Aquí existe un daño al ambiente como bien jurídico autónomo. b) Daño a la persona: las disfunciones ambientales pueden traducirse en un perjuicio a un “micro bien” –en los términos ya señalados– que integra el patrimonio de una persona o en perjuicio de su salud. En este sentido se considera daño ambiental a aquel sufrido por una o varias personas determinadas, en su propia persona como consecuencia de la contaminación de algún elemento ambiental, o en sus bienes cuando estos forman parte del ambiente, o bien cuando estos resultan dañados como consecuencia de la agresión al ambiente.

Como correlato de lo mencionado, y atendiendo a la clasificación de los daños en directos e indirectos, puede también señalarse dos tipos: a) Daño ambiental directo: cualquier degradación física, química o biológica relevante del ambiente, sin confundir con la lesión a bienes particulares. Es del daño al bien colectivo, no resarcible en la concepción tradicional. b) Daño ambiental indirecto: son las consecuencias que el menoscabo al bien ambiente irradia sobre la persona y su patrimonio.

En este sentido, nos parece muy adecuado el encuadre del tema que hace el caso “*Sagarduy, Alberto Omar c/ COPETRO s/ Daños y Perjuicios*”, que marca la evolución normativa en la materia hasta la actualidad:

Las normas que presidieron la subsunción normativa en la causa “Almada” fueron las contenidas en los artículos 2.618 y 1.113, segundo párrafo, segunda parte, amén de los textos constitucionales en juego –anteriores a 1994– y una serie de normas dispersas en el orden nacional, provincial y municipal que tenían por objeto la tutela de alguno de los elementos del ambiente. En ausencia de un régimen normativo autónomo y especial que regulara esos nuevos

problemas, hubo que recurrir a las normas prealudidas. A partir de la reforma de la Constitución Nacional en 1994 han quedado plasmados en ella los hoy denominados derechos humanos de tercera generación, entre los cuales se enmarca el derecho al ambiente sano. A partir de la mentada jerarquización es que nos encontramos, no ya con una protección indirecta del medio ambiente a través del derecho de propiedad, entre otros, sino con que el mismo resulta protegido en sí, por imperio de lo dispuesto en el artículo 41 de nuestra Ley Fundamental. [...] Al hablar de responsabilidad ambiental, no se considera la respuesta o reparación de perjuicios susceptibles de apreciación pecuniaria que se han causado a determinadas personas, sino por el contrario se está atendiendo a la reparación del daño que sufre el ambiente en sí mismo. Nuestra legislación se refiere concretamente a la responsabilidad ambiental que aquí consideramos en la Constitución Nacional y en la Ley General del Ambiente N°25.675 [...] La Constitución Nacional se refiere al tema en el artículo 41 en el que expresa que “el daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley”. Vemos que la obligación establecida en la Constitución quedaba subordinada al dictado de una ley que abordara específicamente el tema. Es así entonces que la Ley N°25.675, en el capítulo de daño ambiental, complementa lo dispuesto en la Constitución Nacional, a través de los artículos 28, 29 y 31.

Coincidimos plenamente con esta posición, aun después de sancionado el nuevo Código Civil y Comercial, en lo referido al daño ambiental colectivo.

El Título V – Otras fuentes de las obligaciones del Libro Tercero– Derechos Personales, del nuevo Código Civil y Comercial establece el régimen general de la responsabilidad civil. Corresponde señalar cómo incide la nueva normativa respecto de cada una de las especies de daño ambiental. Para nosotros, el sistema jurídico sustantivo de responsabilidad por daño ambiental está sometido a un cuádruple régimen normativo: 1) El régimen de responsabilidad especial por daño ambiental de incidencia colectiva de la Ley N°25.675, que mantiene toda su vigencia como régimen especial. 2) El régimen de responsabilidad especial por daño ambiental por utilización de residuos (Leyes N°24.051, 25.612 y 25.670), que completa el régimen especial de responsabilidad por daño ambiental en dicha materia. 3) El

régimen de responsabilidad civil por daño indirecto, en especial con eje y soporte en el artículo 1.757<sup>13</sup> (responsabilidad objetiva por actividades riesgosas). 4) El régimen de responsabilidad civil por daño indirecto en relaciones de vecindad, conforme el artículo 1.973<sup>14</sup> (inmisiones).

Entendemos que este cuádruple abordaje cumple con la manda constitucional y se encuadra en la obligación de recomponer el daño ambiental con carácter prioritario, conforme la voluntad del constituyente de 1994 al constitucionalizar este deber y derivarlo al régimen especial que tuvo que completar el Congreso de la Nación como legislador ordinario a partir de año 2002 con la sanción de las leyes de presupuestos mínimos, entre ellas la Ley General del Ambiente.

A los fundamentos expuestos, sumamos que no existe oposición entre los lineamientos establecidos por el nuevo régimen de responsabilidad civil y la Ley General del Ambiente. En efecto, partiendo de las funciones de la responsabilidad establecidas en el artículo 1708 –prevención y reparación–, tanto la prelación de normas –indisponibles o no– establecida por el artículo 1.709,<sup>15</sup> la imposición del deber de evitar causar daño y la adopción de medidas tendientes a la evitación de que se produzca y/o agravar el daño ya

13. CCCN. Artículo 1.757. Hecho de las cosas y actividades riesgosas. Toda persona responde por el daño causado por el riesgo o vicio de las cosas, o de las actividades que sean riesgosas o peligrosas por su naturaleza, por los medios empleados o por las circunstancias de su realización. La responsabilidad es objetiva. No son eximentes la autorización administrativa para el uso de la cosa o la realización de la actividad, ni el cumplimiento de las técnicas de prevención.

14. CCCN. Artículo 1.973. Inmisiones. Las molestias que ocasionan el humo, calor, olores, luminosidad, ruidos, vibraciones o inmisiones similares por el ejercicio de actividades en inmuebles vecinos, no deben exceder la normal tolerancia teniendo en cuenta las condiciones del lugar y aunque medie autorización administrativa para aquéllas. Según las circunstancias del caso, los jueces pueden disponer la remoción de la causa de la molestia o su cesación y la indemnización de los daños. Para disponer el cese de la inmisión el juez debe ponderar especialmente el respeto debido al uso regular de la propiedad, la prioridad en el uso, el interés general y las exigencias de la producción.

15. CCCN. Artículo 1.709. Prelación normativa. En los casos en que concurren las disposiciones de este Código y las de alguna ley especial relativa a responsabilidad civil, son aplicables, en el siguiente orden de prelación: a) las normas indisponibles de este Código y de la ley especial; b) la autonomía de la voluntad; c) las normas supletorias de la ley especial; d) las normas supletorias de este Código.

producido –artículo 1.710–,<sup>16</sup> en confluencia con la extensión de las disposiciones sobre responsabilidad a la prevención del daño –1.710 y 1.711–,<sup>17</sup> a su reparación –artículos 1.716<sup>18</sup> y 1.736–<sup>19</sup> y a la sanción pecuniaria disuasiva –1.714<sup>20</sup> y 1.715–,<sup>21</sup> así como la amplitud y nitidez del concepto de daño –artículo 1.737–<sup>22</sup> constituyen un marco adecuado para la articulación del sistema general de la responsabilidad civil con el especial de la responsabilidad por daño ambiental, coadyuvando a dar adecuada cobertura a las variadas implicancias de la reparación y la recomposición de ambas especies de daño.

Por último, merece ser repetido que este cuádruple régimen de responsabilidad tiene su anclaje constitucional, además del primer párrafo de la cláusula ambiental constitucional, en el artículo 75, inciso 12 de la Ley Fundamental, por cuanto estamos ante una facultad delegada por las provincias

16. CCCN. Artículo 1.710. Deber de prevención del daño. Toda persona tiene el deber, en cuanto de ella dependa, de: a) evitar causar un daño no justificado; b) adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud; si tales medidas evitan o disminuyen la magnitud de un daño del cual un tercero sería responsable, tiene derecho a que este le reembolse el valor de los gastos en que incurrió, conforme a las reglas del enriquecimiento sin causa; c) no agravar el daño, si ya se produjo.

17. CCCN. Artículo 1.711. Acción preventiva. La acción preventiva procede cuando una acción u omisión antijurídica hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento. No es exigible la concurrencia de ningún factor de atribución.

18. CCCN. Artículo 1.716. Deber de reparar. La violación del deber de no dañar a otro, o el incumplimiento de una obligación, da lugar a la reparación del daño causado, conforme con las disposiciones de este Código.

19. CCCN. Artículo 1.736. Prueba de la relación de causalidad. La carga de la prueba de la relación de causalidad corresponde a quien la alega, excepto que la ley la impute o la presuma. La carga de la prueba de la causa ajena, o de la imposibilidad de cumplimiento, recae sobre quien la invoca.

20. CCCN. Artículo 1.714. Punicción excesiva. Si la aplicación de condenaciones pecuniarias administrativas, penales o civiles respecto de un hecho provoca una punición irrazonable o excesiva, el juez debe computarla a los fines de fijar prudencialmente su monto.

21. CCCN. Artículo 1.715. Facultades del juez. En el supuesto previsto en el artículo 1714 el juez puede dejar sin efecto, total o parcialmente, la medida.

22. CCCN. Artículo 1.737. Concepto de daño. Hay daño cuando se lesiona un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto la persona, el patrimonio, o un derecho de incidencia colectiva.

al Congreso de la Nación en una materia de fondo. Estamos persuadidos de que los caracteres de la responsabilidad por daño ambiental colectivo nunca podrán ser regulados en una norma de presupuestos mínimos<sup>23</sup> con los alcances que ya señalamos en el punto anterior, pues se estaría violentado el esquema competencial de nuestro federalismo.<sup>24</sup>

Hemos pretendido abordar este complejo tema de la responsabilidad por daño ambiental desde una visión innovadora, por ello marcamos desde un principio que lo hacíamos con una mirada desde la obligación constitucional de recomponer el ambiente. En este sentido, no caben dudas que la Ley General del Ambiente ha establecido un régimen normativo autónomo y especial que regula la recomposición del daño ambiental directo y del daño ambiental colectivo o de incidencia colectiva.

Asimismo, no puede dejar de advertirse que cuando se encuentran lesionados o amenazados derechos de incidencia colectiva, la tutela judicial efectiva no puede hallarse en un clásico proceso individual. Los derechos colectivos son el punto de inflexión que modifica sustancialmente las figuras procesales tradicionales, poniendo de manifiesto una nueva realidad jurídica basada en el fenómeno de lo transindividual.

El daño ambiental propiamente dicho es definido por el artículo 27 de la Ley General del Ambiente en los siguientes términos: “El presente capítulo establece las normas que regirán los hechos o actos jurídicos, lícitos o ilícitos que, por acción u omisión, causen daño ambiental de incidencia colectiva. Se define el daño ambiental como toda alteración relevante que modifique negativamente el ambiente, sus recursos, el equilibrio de los ecosistemas, o los bienes o valores colectivos”. El legislador utilizó la expresión “alteración negativa relevante” como requisito determinante para que quede configurado el daño al ambiente. Esto implica que no toda alteración que se produzca sobre el ambiente puede ser considerada dañina, sino que se exigen dos condiciones: que sea “negativa” y que sea “relevante”. De esto se

23. Más allá de la denominación que el legislador les otorgue a estas normas de desarrollo constitucional, muchas de ellas tienen el carácter “mixto” ya señalado, esto es porque contienen normas que se encuadran en los alcances de los presupuestos mínimos y otras de carácter formal e incluso a veces procedimental.

24. Para ampliar: M. A. López Alfonsín, “Federalismo y gobernabilidad ambiental”, en revista *Debates de actualidad*, Asociación Argentina de Derecho Constitucional, Año XXV, N°203, julio 2010/junio 2011.

desprende que no toda acción u omisión que modifique el ambiente es considerada antijurídica, ello por cuanto el derecho a un ambiente sano como todos los restantes derechos que componen el plexo normativo deben ser interpretados en forma armónica. Es decir que esta prerrogativa fundamental no reviste carácter de absoluta sino que tiene que ser compatibilizada con otros derechos de igual jerarquía.

En estas coordenadas, constituye “daño ambiental”, en principio, toda disfunción ambiental, que se traduce en una lesión o menoscabo al derecho o interés individual o colectivo a que no se alteren de modo perjudicial las condiciones de vida: que no se altere el equilibrio ecológico. El punto neurálgico es determinar que se entiende por modificación negativa del ambiente, a tal efecto la razonabilidad ocupa un rol protagónico. La transformación negativa está relacionada con la alteración de la capacidad de mantener una calidad de vida aceptable y un equilibrio biológico adecuado, excluyéndose entonces aquellos daños que no poseen un efecto sustantivo. Para que el daño sea “relevante” es necesario que tenga cierta gravedad; por el contrario cuando el perjuicio es insignificante no acarrea ningún tipo de responsabilidad. Esto está íntimamente vinculado con el principio constitucional de razonabilidad y la regla general de la tolerancia, basada en la percepción social y los límites de aceptación. Según Peña Chacón,<sup>25</sup> “el daño ambiental jurídicamente relevante es aquel que entra en la categoría de intolerable, por lo tanto no es cualquier daño el que interesa al derecho ambiental, sino únicamente aquel cuya magnitud, importancia o relevancia es tal que llega a afectar necesariamente su objeto de tutela, sea la vida, la salud y el equilibrio ecológico”.

Por otra parte el artículo 28 de la Ley General del Ambiente textualmente prescribe: “El que cause el daño ambiental será objetivamente responsable de su restablecimiento al estado anterior a su producción. En caso de que no sea técnicamente factible, la indemnización sustitutiva que determine la justicia ordinaria interviniente, deberá depositarse en el Fondo de Compensación Ambiental que se crea por la presente, el cual será administrado por la autoridad de aplicación, sin perjuicio de otras acciones judiciales que pudieran corresponder”. El legislador ordinario, siguiendo los mismos lineamientos que el constituyente de 1994, incorporó en esta ley de

25. M. Peña Chacón, *Responsabilidad y reparación ambiental*, Costa Rica, Investigaciones Jurídicas, 2005.

desarrollo constitucional la “recomposición” como obligación primaria respecto del daño ambiental. Una vez que el perjuicio se encuentra materializado, aparece el consecuente deber de recomponer las cosas al estado anterior en el que se encontraban. Por supuesto siempre que exista la posibilidad efectiva de llevarlo a cabo, en caso contrario, si no fuera técnicamente posible la recomposición, se postula la compensación económica. Por consiguiente, queda claro que la recomposición es la regla y la indemnización ocupa un lugar excepcional o subsidiario.

A su vez, el dispositivo legal señala que la indemnización deberá ser depositada en el Fondo de Compensación Ambiental que la misma norma crea. Se trata de una derivación lógica del carácter difuso del daño ambiental que impide identificar un único titular y un patrimonio concreto que se torne beneficiario de la compensación económica, como ocurre en el tradicional daño individual. La Ley General del Ambiente crea el mencionado fondo en el artículo 34,<sup>26</sup> donde expresamente puntualiza que será administrado por la autoridad competente de cada jurisdicción y la finalidad principal será garantizar la calidad ambiental, la prevención y mitigación de efectos nocivos o peligrosos, la atención de emergencias ambientales, como también la protección y conservación de los sistemas ecológicos.

## **V. El amparo en materia ambiental y otras acciones ambientales**

En el artículo 43, segundo párrafo de la Constitución Nacional se consagra el amparo colectivo en materia ambiental. La cláusula constitucional amplía los contornos del amparo individual o clásico y, en consonancia con los derechos consagrados en los artículos 41 y 42 de la Ley Suprema, ensancha el ámbito de esta garantía para que puede ser utilizada en defensa de

26. Ley N°25.675, artículo 34.- “Créase el Fondo de Compensación Ambiental que será administrado por la autoridad competente de cada jurisdicción y estará destinado a garantizar la calidad ambiental, la prevención y mitigación de efectos nocivos o peligrosos sobre el ambiente, la atención de emergencias ambientales; asimismo, a la protección, preservación, conservación o compensación de los sistemas ecológicos y el ambiente. Las autoridades podrán determinar que dicho fondo contribuya a sustentar los costos de las acciones de restauración que puedan minimizar el daño generado. La integración, composición, administración y destino de dicho fondo serán tratados por ley especial”.

los derechos de usuarios y consumidores, como también para los relativos al ambiente. Además, considera la problemática de la discriminación y la defensa de la competencia como causales pasibles de ser invocadas para el acceso a la jurisdicción, dejando incluso abierta la posibilidad de interponer esta acción en resguardo de otros derechos de incidencia colectiva.<sup>27</sup>

Conforme lo establecido expresamente por el segundo párrafo del artículo 43, se encuentran legitimados para iniciar acción de amparo colectivo en resguardo del derecho a un ambiente sano: 1) el afectado, 2) el Defensor del Pueblo y 3) las organizaciones no gubernamentales dedicadas a la protección ambiental. El término “afectado” resultaba totalmente extraño a la terminología jurídica clásica utilizada en materia de amparo. Inmediatamente después de producida la reforma constitucional, comenzaron los debates doctrinarios, en torno a la interpretación del significado de dicho concepto.<sup>28</sup>

Actualmente y zanjada esa vieja discusión, se está en grado de afirmar que el propósito de los constituyentes no fue abarcar, en el segundo párrafo del artículo 43, la lesión sobre derechos subjetivos, toda vez que está comprendida en el primer párrafo de la norma constitucional. Por otro lado, tampoco resulta claro que se haya querido consagrar una acción popular como sostiene alguna doctrina minoritaria, ya que si ese hubiera sido el objetivo así se habría estipulado. Sin duda el segundo párrafo hace referencia a los derechos colectivos y, en consecuencia, reconoce que para revestir el carácter de afectado no hace falta sufrir un perjuicio directo, por el contrario, basta con acreditar un interés suficiente y razonable, con base en la relación de causalidad ya señalada. La propuesta de reconocer la figura del amparo colectivo –con las correcciones que sean necesarias a la particular naturaleza fragmentada de los intereses difusos– como vía expedita para la tutela efectiva para la cuestión planteada, puede constituirse en una canalización operativa que acuerde concretamente la mayor operatividad que se pregona para la protección del ambiente. Los diversos modelos alternativos que ofrece la experiencia comparada despiertan

27. D. A. Sabsay, P. L. Manili, “El amparo colectivo”, en AA.VV, D. A. Sabsay (dir.), P. L. Manili (coord.), *Constitución de la Nación Argentina y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Buenos Aires, Editorial Hammurabi, T. II, 2010, pp. 561-575.

28. M. Basterra, “El Amparo Colectivo, Las Acciones de Clase, La Acción Popular y la legitimación del artículo 43, 2ª parte de la Constitución Nacional”, en AA.VV., N. Sagüés (dir.), M. G. Ábalos (coord.), *Garantías y Procesos Constitucionales*, Mendoza, Ediciones Jurídicas Cuyo, 2003, pp. 199-241.

ciertos recelos de trasplantar instituciones ajenas a nuestros hábitos, más allá de los positivos resultados alcanzados en sus sociedades de origen.

Es conveniente, pues, abreviar en la larga tradición que el régimen amparístico tiene en nuestro medio, sin remontarse a una discusión que llevaría a apartarse del eje fundamental de la cuestión que no es otro que la necesaria tutela jurisdiccional de este derecho humano fundamental.<sup>29</sup> Las tres categorías indicadas en el segundo párrafo del artículo 43 de la Constitución Nacional –afectado, defensor del pueblo y organizaciones no gubernamentales dedicadas a la protección ambiental–, implican un abanico protectorio que debe ser tenido en cuenta en cada caso concreto a fin de dar una respuesta jurisdiccional efectiva acorde con la garantía constitucional consagrada en la norma indicada.<sup>30</sup>

Resta, entonces, considerar cuáles son los efectos de las sentencias en este tipo de litigios. Justamente, teniendo en cuenta las características de los procesos colectivos, surge con absoluta claridad que las resoluciones que se dicten en estos deben tener efectos *ultra partes* y carácter *erga omnes* respecto de todos los sujetos que se encuentren en condiciones de ejercer el derecho colectivo que se pretende proteger con la interposición de la acción. No obstante, es importante realizar algunas consideraciones específicas sobre este tema. En primer término, corresponde aclarar que los efectos del fallo se confunden, en determinadas oportunidades, con los del propio juicio. La figura *sub examine* debe ser vista –a estos fines– como la influencia que ejerce cierta providencia sobre las posibles declaraciones posteriores de cualquier otro órgano, y es factible definirla como la inatacabilidad de una sentencia jurisdiccional una vez que ha quedado firme. No se trata solo de una mera repercusión negativa del pronunciamiento, esto es, la imposibilidad de abrir un nuevo juicio sobre lo mismo, sino también de una verdadera función positiva de este, es decir, la prohibición que en otro pleito se decida en forma contraria a lo ya fallado.<sup>31</sup>

29. El principio por el cual no hay derecho constitucional sin su garantía, entendiendo a esta en la clásica definición de Joaquín V. González como el “remedio procesal para la protección de un derecho”, es la razón por la cual nos explayamos en este punto.

30. M. A. López Alfonsín, “Las acciones ambientales”, en AA.VV, P. L. Manili (coord.), *Derecho Procesal Constitucional*, Buenos Aires, Ed. Universidad, 2005, pp. 209-228.

31. J. C. Hitters, “Alcance de la cosa juzgada en los procesos colectivos”, en *Revista Jurídica Argentina La Ley*, 2005-F, p. 751.

En segundo lugar, es trascendental apuntar que el pronunciamiento dictado en los procesos colectivos tiene que ser coherente con las pretensiones deducidas en el pleito, y es disímil del que recae en un proceso constitucional como el amparo colectivo, ya que en este el primer deber jurisdiccional es controlar la supremacía constitucional y la defensa efectiva de los derechos humanos. En este contexto, mientras las acciones colectivas se dirigen a la tutela de los grupos, y se extienden a la protección de los intereses difusos, los procesos constitucionales reducen el marco de su deliberación a los problemas de inaplicación o violación de normas constitucionales y supranacionales. Aunque exista entre ellos concurrencia –como en los casos de amparos colectivos deducidos por afectación de derechos de incidencia general–, la premisa mayor es: en uno, reparar el daño causado, y, en el otro, restablecer el orden constitucional vulnerado.

Finalmente, es importante resaltar que la eficacia de la sentencia está subordinada al resultado del fallo. A tal efecto, hay que hacer una distinción basada en el resultado del pleito para determinar en qué casos los pronunciamientos afectan a todos al colectivo de personas legitimadas para promover la acción, independientemente de la intervención en el proceso, y en qué supuestos las decisiones dictadas solamente afectarán a las partes que intervinieron en el litigio.

En consecuencia, si la pretensión colectiva es desestimada los efectos solamente se limitan a los sujetos accionantes, quedando expedita la vía judicial para otros titulares que invoquen nuevos argumentos o elementos de prueba en relación los aportados en la causa fenecida. Por el contrario, si la pretensión colectiva es favorable, el efecto es *erga omnes*, aun en aquellos casos en los que se haya verificado una colisión de derechos colectivos.<sup>32</sup>

En consonancia, la Ley General del Ambiente, en su artículo 30, establece:

Producido el daño ambiental colectivo, tendrán legitimación para obtener la recomposición del ambiente dañado, el afectado, el Defensor del Pueblo y las asociaciones no gubernamentales de defensa ambiental, conforme lo prevé el artículo 43 de la Constitución Nacional, y el Estado nacional, provincial o municipal; asimismo,

32. A. Gil Domínguez, *Neoconstitucionalismo y Derechos Colectivos*, Buenos Aires, Editorial Ediar, 2005, p. 229.

quedará legitimado para la acción de recomposición o de indemnización pertinente la persona directamente damnificada por el hecho dañoso acaecido en su jurisdicción. Deducida demanda de daño ambiental colectivo por alguno de los titulares señalados, no podrán interponerla los restantes, lo que no obsta a su derecho a intervenir como terceros. Sin perjuicio de lo indicado precedentemente toda persona podrá solicitar, mediante acción de amparo, la cesación de actividades generadoras del daño ambiental colectivo.

A nuestro entender, el legislador ordinario confunde en su labor reglamentaria los alcances de cada una de las normas constitucionales en juego. Esta confusión se origina en pretender torcer la voluntad del constituyente impulsando un amparo ambiental en razón de la materia, desconociendo que los parámetros del amparo colectivo consagrado en el segundo párrafo del artículo 43 de la Constitución Nacional ya lo incluyeron entre sus límites procesales junto con el amparo de los consumidores y usuarios. Esto es: se pretende reglamentar el artículo 41 –alterando la noción de “presupuestos mínimos”–, lo cual es absolutamente legítimo en lo atinente al daño ambiental, pero a través del artículo 43, creando una multiplicidad de interpretaciones cruzadas que, en lugar de fortalecer y promover la participación ciudadana, complican inútilmente el panorama de los operadores jurídicos. Efectivamente, hoy coexisten diferentes acciones ambientales, según sean de jerarquía constitucional o infraconstitucional: a) La acción de amparo colectivo. b) La acción de recomposición del ambiente. c) La acción indemnizatoria civil. El juego de las cláusulas constitucionales –artículos 41 y 43– con la Ley N°25.675 abre un abanico de acciones que dificultan una razonable labor judicial. Es de desear que el futuro desarrollo jurisprudencial pueda fijar adecuadamente los límites de estas acciones, superando lo que Mario Valls<sup>33</sup> llama “una miscelánea de medidas protectoras del ambiente uniformes que sigue dispersando la legislación ambiental federal”.

Resulta pertinente delimitar el alcance y contenido del artículo 30 y preceptos complementarios de la LGA. En principio es importante poner de resalto, que la normativa define el daño ambiental colectivo en el artículo 27

33. M. Valls, “La ley 25.675 General del Ambiente. Una miscelánea de medidas protectoras del ambiente uniformes que sigue dispersando la legislación ambiental federal”, en *Jurisprudencia Argentina*, 2003-III-1301.

*in fine* como “[...] toda alteración relevante que modifique negativamente el ambiente, sus recursos, el equilibrio de los ecosistemas o los bienes o valores colectivos”. Lo que significa que la LGA regula todo lo concerniente al daño al ambiente *per se*; sin embargo, no debe soslayarse que existe otra modalidad de generación de daño a los individuos a través del ambiente que se denomina “daño por contaminación” o “daño a la salud”.

Es claro que no necesariamente deberá efectivizarse un daño concreto a los individuos o a sus bienes para que se configure el daño ambiental. Efectivamente, puede suceder que el perjuicio al ambiente y a las personas coexista. No obstante, el daño ambiental propiamente dicho presenta características disímiles del daño individual a través del ambiente, lo que en última instancia justifica su tratamiento diferenciado.

Este proceso especial por daño ambiental de incidencia colectiva se regula por la conjunción de los artículos 27 a 34 de la LGA y está orientado primordialmente a obtener la recomposición del daño ambiental, en perfecta sincronía con la norma constitucional que dispone: “El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley”. Este ha sido un reconocimiento de gran importancia que obligó a nuestro derecho a virar su mirada en relación a este tema, debiendo considerarlo en forma explícita, mediante la sanción de legislación específica. Se evidencia la necesidad de analizar un concepto que requiere de una mirada renovada de parte de nuestra comunidad, frente a un daño que demanda nuevas herramientas y perspectivas.<sup>34</sup>

En consonancia, el artículo 28 de la LGA prescribe: “El que cause el daño ambiental será objetivamente responsable de su restablecimiento al estado anterior a su producción. En caso de que no sea técnicamente factible, la indemnización sustitutiva que determine la justicia ordinaria interviniente, deberá depositarse en el Fondo de Compensación Ambiental que se crea por la presente, el cual será administrado por la autoridad de aplicación, sin perjuicio de otras acciones judiciales que pudieran corresponder”. Se consagra así el principio objetivo de responsabilidad de conformidad con la regla de responsabilidad estipulada en el artículo 4°: “El generador de efectos degradantes del ambiente, actuales o futuros, es responsable de los costos de las acciones preventivas

34. M. E. Di Paola, D. A. Sabsay, “El daño ambiental colectivo y la nueva ley general del ambiente”, en *LLADLA 2003-D*, p. 4865.

y correctivas de recomposición, sin perjuicio de la vigencia de los sistemas de responsabilidad ambiental que correspondan”. Comprobándose el rol de destacada importancia que tienen los principios ambientales reglados, a fin de delinear los contornos de este proceso. En forma complementaria, el artículo 29 de la LGA señala: “La exención de responsabilidad solo se producirá acreditando que, a pesar de haberse adoptado todas las medidas destinadas a evitarlo y sin mediar culpa concurrente del responsable, los daños se produjeron por culpa exclusiva de la víctima o de un tercero por quien no debe responder [...]”. El factor de atribución no requiere, en el contexto de la responsabilidad objetiva, aspectos subjetivos. En otro orden de ideas corresponde aclarar, que dentro del proceso de daño ambiental de incidencia colectiva, al que hacíamos referencia, se distinguen diferentes acciones ambientales. Básicamente las siguientes; 1) de prevención, 2) de reparación en especie y, 3) indemnizatoria.

Otro aspecto de notable trascendencia es el de la legitimación. La LGA desarrolla un esquema diferenciado según la petición que se quiera iniciar. Por consiguiente, cuando la acción se dirige simplemente a restablecer la legalidad constitucional –cese del daño ambiental– y en el marco de un proceso constitucional como es el amparo, donde el agravio aparece de manera arbitraria y manifiesta, la legitimación resulta ser amplísima –tercer párrafo artículo 30–. Por ello se elige la fórmula “toda persona”, ya sean de existencia ideal, de derecho público o privado, las municipalidades, gobiernos provinciales o nacionales, reparticiones administrativas, las sociedades del estado, las restantes personas jurídicas o los habitantes del lugar.<sup>35</sup>

La redacción utilizada por el legislador ha dado lugar a que parte de la doctrina viera consagrada una verdadera acción popular, criterio con el que discrepamos en el entendimiento de que la legitimación deviene de la titularidad, no de la habilitación para ejercer acciones si no se es titular del bien, como ocurre con la acción popular. Si se produce un daño ambiental cualquier persona está sufriendo directa o indirectamente una afectación. Todos somos los afectados, por lo que todos o cualquiera legitimados para acción por vía del amparo a que de inmediato se cese en la actividad generadora del daño. En consecuencia, no se desprende del artículo 30 *in fine* una acción popular sino una acción colectiva extendida a todos los titulares del derecho al ambiente sano.

35. J. Esain, “El amparo ambiental y las diferentes acciones derivadas del daño ambiental de incidencia colectiva”, en *DJ 03/05/2006*, pp. 20-21.

Por otro lado, la acción de recomposición del ambiente lleva implícita la obligación de reparación en especie, esto es, recomponer las cosas al estado en el que se encontraban con anterioridad al menoscabo ecológico. En este ámbito, la legitimación es más restrictiva, y siguiendo al constituyente el legislador optó por legitimar en este sentido, al afectado, el defensor del pueblo, las asociaciones no gubernamentales de defensa del ambiente, aunque agregando, además, las administraciones nacional, provincial o municipal como sujetos habilitados para solicitar el restablecimiento de la situación de afectación del bien colectivo. Finalmente, se establece la acción indemnizatoria para los casos en que la recomposición no sea viable. En estos supuestos, se torna indispensable reemplazarla por una indemnización sustitutiva del valor del sistema ambiental no reparable, como bien lo dispone el ya citado artículo 28 de la LGA. La legitimación en esta hipótesis se reduce únicamente al damnificado por el hecho dañoso acaecido en su jurisdicción. Aún resta abordar el tema de los procedimientos, es de subrayar que LGA no indica que todas estas acciones deban tramitar por el proceso de amparo, circunstancia que expresamente dispone el último párrafo del artículo 30 respecto de la acción de cese. Sin embargo, ello no es óbice para que la petición por recomposición se lleve adelante por vía del proceso de amparo; siempre, claro está, se cumplan los requisitos exigidos para este a nivel constitucional. Por último, el artículo 33 de la LGA categóricamente determina que la sentencia hará cosa juzgada y tendrá efecto *erga omnes*, salvo que la acción sea rechazada, aunque sea parcialmente, por cuestiones probatorias.

## VI. Conclusiones

El orden público ambiental se ha constituido –en los últimos años– en el núcleo duro del derecho ambiental a la luz de la doctrina judicial, que lo interpreta como un orden público de coordinación, en tanto las leyes ambientales armonizan las acciones individuales con ciertos valores esenciales que el ordenamiento jurídico decide proteger. Este nuevo orden público apunta al conjunto de normas imperativas que controla la licitud del ejercicio de los derechos individuales para hacer posible la vida social.<sup>36</sup>

36. A. Petrella, “La justicia ambiental a la luz del constitucionalismo social”, en *LL 2011-B*, p. 19.

La internacionalización de los derechos humanos con la reforma constitucional de 1994 cobra en materia ambiental un papel protagónico. Efectivamente no es posible desconocer el rol expansivo que ocupa el derecho humano a un ambiente sano como eje cardinal del sistema constitucional, lo que justifica su rol de fuente principal en la temática abordada.

Es a partir de la reforma constitucional que se consolida la idea de que el hombre es parte del ambiente y, en consecuencia, se concibe la posibilidad de prevenir y resarcir el daño ambiental, independientemente de la afección individual que cada persona pueda sufrir. Una de las finalidades primordiales del artículo 41 de la Carta Magna es tutelar el ambiente en su relación con la calidad de vida de sus habitantes, subrayando la vinculación entre el resguardo de la salud y la protección ambiental. Sin embargo, la tutela constitucional del ambiente es amplia e integradora, dado que no se limita exclusivamente a la preservación del patrimonio natural sino que incluye los valores culturales e históricos. El derecho a un ambiente sano, que junto con el derecho a la paz, a la libre determinación de los pueblos y al patrimonio común de la humanidad conforman el núcleo de derechos humanos de tercera generación, impacta directamente sobre el sistema jurídico en su totalidad, instaurando una nueva concepción político-filosófica: el Estado Social, Económico y Ambiental de Derecho.

La reforma constitucional de 1994 incorpora la posibilidad de prevenir y reparar el daño ambiental, independientemente del grado de afectación individual que cada individuo pueda padecer. Además, expresamente se establece que una vez producido se genera la obligación de recomposición, lo que implica una nueva concepción del derecho de daños. Este nuevo derecho es reconocido contemporáneamente con la consagración de una nueva garantía constitucional, el amparo colectivo, con características particulares en relación con los procesos desde el punto de vista de la legitimación y del acceso a la justicia.

Asimismo, los diez principios recogidos en la Ley de presupuestos mínimos para la política ambiental nacional juegan este doble papel: como principios rectores en cuanto directivas de contenido jurídico, a la vez que estándares básicos para la elaboración de una política pública en la materia. Entre estos, el principio más consolidado a partir de la doctrina y del desarrollo jurisprudencial, y el que mayor perfil propio ha adquirido, es el principio precautorio. El operador jurídico no puede desconocer sus alcances, y menos aún los responsables de los poderes públicos. Este mandamiento no

es aplicable solamente a la cuestión ambiental en general, sino a cada política sectorial, como es la propia conservación de la naturaleza.

La importancia de estos principios radica en que sirven de base para la legislación, como metas a alcanzar y como pautas de interpretación frente a conductas individuales. En otras palabras, las políticas públicas en la materia, guiadas por los principios rectores, tiendan a construir situaciones jurídicas individuales que coadyuven a reforzar el contenido del derecho al ambiente sano.

Los principios rectores del derecho ambiental cumplen importantes funciones de integración y sistematización en una rama jurídica que es caracterizada por la transversalidad de su objeto y su *vis* expansiva, lo que evidencia su alta probabilidad de fragmentación. Se estructuran en principios generales y principios sectoriales. Los primeros tienen por objeto garantizar la unicidad frente a la heterogeneidad. Los segundos, se originan en contextos particulares, derivados de subsistemas que integran las reglas especiales del derecho ambiental. En suma, el concepto de sustentabilidad recogido por el constituyente de 1994 a partir de la noción de solidaridad intergeneracional se robustece así con estos principios rectores, que fortalecen la condición de derecho fundamental que le atribuimos al derecho al ambiente sano.

En efecto, la reforma constitucional trajo como novedad, además de los mandatos constitucionales a las autoridades ya señalados, la adopción de un nuevo paradigma que surge de la íntima relación entre la sociedad, el desarrollo y los derechos humanos. Este paradigma del desarrollo humano, con recepción en diversos artículos del nuevo texto reformado además de la cláusula constitucional ambiental incorporada en el capítulo de “Nuevos derechos y garantías”, se define como “el desarrollo del hombre, por el hombre y para el hombre”. El desarrollo del derecho constitucional ambiental debe tener a este nuevo paradigma como eje, como lo fue para la Constitución histórica de 1853/60 la cláusula del progreso, y marcar así el perfil de un nuevo “Estado ecológico de derecho”. Todo el ordenamiento jurídico argentino debe repensarse a partir del modelo propuesto por la constitucionalización del ambiente y la recepción de este nuevo paradigma.

## **Bibliografía**

M. Basterra, “El Amparo Colectivo, Las Acciones de Clase, La Acción Popular y la legitimación del artículo 43, 2ª parte de la Constitución Nacional”, en AA.VV., N. Sagüés (dir.), M. G. Ábalos (coord.), *Garantías y*

- Procesos Constitucionales*, Mendoza, Ediciones Jurídicas Cuyo, 2003, pp. 199-241.
- D. Bonilla Maldonado, “Justicia ambiental, normas jurídicas y acción política”, en AA.VV. G. Hardin, C. Stone, C. Rose, *Derecho ambiental y justicia social*, Bogotá, Comp. Colin Crawford - Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2009.
- S. G. Cayuso, *Constitución de la Nación Argentina -Comentada-*, Buenos Aires, Editorial La Ley, 2006.
- M. E. Di Paola, D. A. Sabsay, “El daño ambiental colectivo y la nueva ley general del ambiente”, en *LL ADLA 2003-D*.
- “Coordinación y armonización de las normas ambientales en la República Argentina”, en *Revista de Derecho de Daños 2008-3*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2009, 1ª edición, pp. 137-162.
- J. Esain, “El amparo ambiental y las diferentes acciones derivadas del daño ambiental de incidencia colectiva”, en *DJ 03/05/2006*.
- G. García Minella, “Ley General del Ambiente”, en AA.VV., E. P. Jiménez (coord.), *Derecho Ambiental (Su actualidad de cara al tercer milenio)*, Buenos Aires, Editorial Ediar, 2004, pp. 19-123.
- A. Gil Domínguez, *Neoconstitucionalismo y Derechos Colectivos*, Buenos Aires, Editorial Ediar, 2005.
- A. M. Guevara Palacios, “Algunos aspectos del medio ambiente en el derecho constitucional comparado”, en *El Dial*, DC333.
- J. C. Hitters, “Alcance de la cosa juzgada en los procesos colectivos”, en *Revista Jurídica Argentina La Ley*, 2005-F.
- J. Jiménez Campo, *Derechos fundamentales. Concepto y garantía*, Madrid, Editorial Trotta, 1999.
- J. Juste Ruiz, *Derecho internacional del medio ambiente*, Madrid, McGraw-Hill Interamericana de España, 1999.
- M. A. López Alfonsín, “El derecho ambiental en el CCCN”, en AA.VV., P. Manili (coord.), *Incidencias del Código Civil y Comercial*, Buenos Aires, Ediciones Hammurabi, 1ª edición, 2015.
- “Federalismo y gobernabilidad ambiental”, en revista *Debates de actualidad*, Asociación Argentina de Derecho Constitucional, Año XXV, N°203, julio 2010/junio 2011.
- “Las acciones ambientales”, en AA.VV., P. L. Manili (coord.), *Derecho Procesal Constitucional*, Buenos Aires, Ed. Universidad, 2005, pp. 209-228.

- J. P. Mas Vélez, “Reflexiones sobre los objetivos de política ambiental nacional y los instrumentos de política y gestión de la ley 25.675 desde la perspectiva del desarrollo sustentable”, en AA.VV., G. González Acosta (coord.), *Derecho Ambiental y Desarrollo Sustentable*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas, 1ª edición, 2015.
- M. Peña Chacón, *Responsabilidad y reparación ambiental*, Costa Rica, Investigaciones Jurídicas, 2005.
- A. Petrella, “La justicia ambiental a la luz del constitucionalismo social”, en *LL 2011-B*.
- D. A. Sabsay, P. L. Manili, “El amparo colectivo”, en AA.VV, D. A. Sabsay (dir.), P. L. Manili (coord.), *Constitución de la Nación Argentina y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Buenos Aires, Editorial Hammurabi, T. II, 2010, p. 561/575.
- M. Valls, “La ley 25.675 General del Ambiente. Una miscelánea de medidas protectoras del ambiente uniformes que sigue dispersando la legislación ambiental federal”, en *Jurisprudencia Argentina*, 2003-III-1301.