



Dikaion

ISSN: 0120-8942

revista.dikaion@unisabana.edu.co

Universidad de La Sabana

Colombia

Alvarez Alvarez, Fernando
La tutela del medio ambiente en el sistema constitucional Argentino
Dikaion, vol. 16, núm. 11, 2002, pp. 7-19
Universidad de La Sabana
Cundinamarca, Colombia

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=72001101>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica
Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto



FERNANDO ALVAREZ ALVAREZ



**LA TUTELA DEL MEDIO AMBIENTE
EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL
ARGENTINO**

**LA TUTELA DEL MEDIO AMBIENTE
EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL
ARGENTINO**

RESUMEN

El presente escrito realiza un análisis respecto a la tendencia de la sociedad contemporánea, por el reconocimiento del medio ambiente como un bien jurídico tutelable constitucionalmente, en busca de adoptar medidas para su conservación y su objetivo hacia un desarrollo sostenible a futuro. Seguidamente hace un estudio sobre la incorporación a la Constitución de Argentina de la denominada cláusula ambiental, introducida en la reforma de 1994; examinando su contenido y estableciendo el derecho al ambiente como sustancial, subjetivo, con incidencia colectiva e intergeneracional, compenetrado a los derechos de vida y salud de las personas.

Por último se reflexiona sobre las situaciones y problemáticas político-económicas que surgen alrededor de este derecho social fundamental a nivel mundial.

PALABRAS CLAVE:

Constitucionalización de la cuestión medioambiental, Constitucionalismo social, Medio ambiente, Estado ecológico de derecho, Legislación operativa, Tutela jurídica del ambiente, Mundialización, Obligación correlativa, Medioambiente adecuado, Ley Fundamental

ABSTRACT

This work examines trend of contemporary society for acknowledgment of environment as a legal asset protected by constitutional law through ruling for conservation and sustainable future development. Further on, analyses named environmental clause introduced in 1994 amendment of Argentinean Constitution, reviewing contents establishing right to environment as substantial, subjective, and of collective intergenerational incidence entailing people's life and health rights.

Finally, offers some thoughts regarding scenarios and political-economic issues arising around this worldwide basic social right.

KEY WORDS:

Constitucionalization of environmental issues, social constitutionalism, environment, State ecological law, operative legislation, protective appealing law on environment, globalization, correlative obligation, proper environment, fundamental

I. PLANTEO

En las siguientes páginas daremos cuenta, en sus aspectos esenciales, de algunos fenómenos y características vinculados a la creciente constitucionalización de la cuestión medioambiental. Así, en primer término, veremos cómo se inserta la tutela del ambiente en la evolución del constitucionalismo contemporáneo dentro del llamado constitucionalismo social (que alberga en su seno los llamados “derechos de segunda y tercera generación”, correspondiendo los del ambiente a esta última categoría) y tratando de dilucidar si –como sostiene cierta doctrina– estamos ante el advenimiento de un “Estado ecológico de derecho”. Seguidamente nos adentraremos en la consideración de la reciente cláusula ambiental introducida por la reforma constitucional de 1994 en nuestra Ley Fundamental. Nos abocaremos al análisis de la tipología del derecho que allí se consagra a favor de los habitantes, destacando, de una parte, el doble alcance de derecho subjetivo y colectivo, y, por otra parte, de “derecho intergeneracional”. Finalmente efectuaremos algunas consideraciones relativas a la gran “tentación retórica” que suele acechar el reconocimiento de algunos derechos, aun consagrados en normas constitucionales, cuando fuertes intereses económicos y políticos le son contrarios, animándonos a sugerir líneas de tendencia para no resignar la operatividad del derecho que todos tenemos a un ambiente sano.

II. MEDIO AMBIENTE Y CONSTITUCIONALISMO SOCIAL (ESTADO SOCIAL DE DERECHO)

A) La constitucionalización de la tutela ambiental. Implicaciones para el constitucionalismo.

Como es sabido, el constitucionalismo liberal (fruto de las tres grandes revoluciones que acaecieron entre finales del siglo XVII y postrimerías del siglo XVII, a saber, la Segunda Revolución Inglesa, la Revolución Norteamericana y la Revolución Francesa) postulaba constituciones breves, con acento en lo procedimental y que consagraban derechos y libertades "negativas", en el sentido de que estaban llamados a operar como vallas o límites a la injerencia del Estado en la vida de los particulares. Piénsese, a título ilustrativo, en los derechos reconocidos en nuestra constitución histórica de 1853/60, tales como la propiedad privada, la igualdad –entendida formalmente, es decir, como igualdad ante la ley–, las libertades de contratar, de comerciar, de ejercer industria lícita, de conciencia, etc.

En cambio, el constitucionalismo social –etapa ulterior del mismo movimiento constitucionalista– se caracteriza por producir documentos constitucionales más bien extensos, con énfasis en aspectos sustantivos, orientados a reconocer y garantizar derechos y libertades "positivas", es decir, que no se satisfacen con la mera abstención del Estado, sino que, por el contrario, requieren de aquél una conducta positiva o, si se prefiere, el cumplimiento de una prestación de hacer o de dar. El constitucionalismo social pretende, pues, garantizar a las personas un mínimo margen de disfrute de ciertos derechos, tiende a reconocer y efectivizar una cierta calidad de vida. Piénsese como ejemplo de lo dicho en la supeditación de la remuneración de los asalariados a criterios de justicia, el derecho a acceder a ciertas prestaciones públicas tales como la salud y la educación, y a bienes básicos (verbigracia, vivienda digna), a estar cubierto ante ciertas contingencias de la vida (verbigracia seguridad social, prestaciones por discapacidad, etc.).

Es claro que el constitucionalismo social no persigue conservar una determinada situación social, económica o cultural, sino que lleva insito el afán de transformar la realidad. Muchas veces llevar a cabo esta transformación importará modular y hasta violentar otros intereses, de modo que la propia constitución debe prever una autorización que permita ponderar entre distintos bienes jurídicos.

Así, la mayor parte de las constituciones contemporáneas albergan dentro de sí a los postulados del constitucionalismo liberal que conduce hacia un Estado más bien abstencionista, y, al propio tiempo, los programas del constitucionalismo social, que requieren un Estado activo en los distintos ámbitos del quehacer socioeconómico. Evidentemente, estas distintas tendencias

ideológicas que importan la aplicación de una diversidad de técnicas jurídicas, entran muchas veces en tensión, con lo cual las constituciones actuales resultan normas complejissimas, de texturas varias y que presentan dificultades para ser interpretadas sistemáticamente. En este mismo sentido cabe abundar que la incorporación de nuevos ámbitos materiales protegidos genera nuevas ponderaciones, desajustes y la necesidad de lograr un nuevo equilibrio.

La tendencia actual es, a pesar de los problemas casi obvios para cualquier persona medianamente entendida en estas cuestiones, procurar que las constituciones recojan la preocupación por lo concreto, es decir, por las condiciones y necesidades vitales de las personas, de modo que la constitución de cada nación esté más cerca de sus ciudadanos. En esta línea, el surgimiento en la historia de nuevos intereses y sobre todo de nuevas necesidades, tiende a generar la aparición de nuevos derechos¹. Así algunos autores hablan de "derechos vitales"² que reconocen "valores y necesidades vitales histórica y culturalmente determinados"³.

Ahora bien, el fenómeno de la creciente constitucionalización en todas las latitudes de la materia ambiental debe ser enmarcado dentro de los presupuestos y coordenadas hasta aquí esbozados. Lo ambiental es un interés hasta cierto punto nuevo –o presentado novedosamente– que pasa a integrar la materialidad del constitucionalismo contemporáneo, coadyuvando a darle aun más densidad al mismo. La cuestión relativa a esta "constitucionalización" no es, por cierto, menor dentro de las cuestiones que ocupan a la doctrina especializada. Incluso un jurista de la reputación internacional de Peter Häberle llegó a referirse a un nuevo Derecho Constitucional ambiental⁴.

Pero lo relativo al medio ambiente no representa un interés fácilmente asimilable a otros que integran el entramado del Estado social. Es más complejo, y su realización armónica con otros intereses, más costoso. Y eso es así, puesto que el bien jurídico ambiental se encuentra en potencial conflicto con cualquier otro bien constitucional (sea de cuño liberal o social). En efecto, lo ambiental posee un carácter poliédrico y una vis expansiva que obligan a un replanteamiento completo de las políticas sociales y económicas del Estado social que lo asuma cabalmente. De lo que se trataría es de lograr un "Estado social ambientalmente orientado"⁵.

1 ZAGREBELSKY, G., *Il diritto mite*, Einaudi, Torino, 1992, pp. 116 y ss.

2 FERRAJOLI, L., *Derecho y Razón*, Trotta, Madrid, 1998, p. 944.

3 FERRAJOLI, L., *op. cit.*, p. 916.

4 HÄBERLE, P., *La protección constitucional y universal de los bienes culturales: un análisis comparativo*, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 54, año 18 (1998), p. 29.

5 La expresión es de CANOSA USERA, Raúl, *Aspectos constitucionales del derecho ambiental*, en *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, núm. 94, 1996, pp. 76 y ss.

No nos convence un concepto hasta cierto punto similar al que describimos, cual es el propuesto en la Argentina por Humberto Quiroga Lavié. Se trata del "Estado ecológico de derecho"⁶. Este prestigioso autor ha visto en la sanción de la cláusula ambiental, introducida en la Constitución argentina de 1994, algo más que el empleo de una técnica de protección del ambiente (complementada en sus aspectos procesales por el artículo 43 y la previsión de una acción de amparo especial, el "amparo ambiental"⁷), en el sentido de que se trataría de una superior declaración de índole política referida al contenido del propio Estado argentino, el cual habría venido a quedar reconfigurado como un "Estado ecológico de derecho".

A nuestro juicio, la denominación propuesta podría conducir a caer en dos equívocos. En primer término, podría ser entendida como una nueva forma ideológica de Estado, apareciendo como un nuevo modelo estatal en tensión con los anteriores. Esto sería equívoco puesto que, en realidad, el reconocimiento del medioambiente como un bien merecedor de tutela jurídica no es sino un paso más en la evolución del constitucionalismo, que con el correr de la historia se va enriqueciendo con la incorporación de nuevos bienes y valores, producto del desarrollo de la cultura y sensibilidad propias de cada estadio de civilización. Así, la incorporación de la tutela ambiental en la máxima norma de nuestro ordenamiento no implica el advenimiento de un nuevo "Estado ecológico" sino el reflejo en el derecho objetivo de la alta trascendencia social que la sociedad actual le atribuye –con toda razón– a la cuestión ambiental. En esta inteligencia, los principios y técnicas de la tutela ambiental deberán compatibilizarse con los restantes presentes en nuestra Constitución.

En segundo lugar, hablar de un "Estado ecológico" puede ser interpretado como la institucionalización de la pretensión de reproducir un ambiente puro, impoluto. Una suerte de borrón y cuenta nueva, intentando restaurar la biosfera anterior a la acción humana sobre el ambiente. Tal alcance, propuesto por un ala radical del ecologismo, importaría alejar al hombre de la posibilidad de universalizar condiciones dignas de vida para todos, implicando un claro retroceso en el devenir de la humanidad. Debe hablarse, en cambio, de un "ecologismo antropocéntrico", el cual no tiene tanto como objetivo el

6 Véase *El Estado ecológico de derecho en la Constitución Nacional*, La Ley, Bs. As., 1996-B, pp. 950 y ss.

7 Reza el artículo 43 de la Constitución argentina, consagratoria de la acción de amparo, 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 o la 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 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 negrilla es nuestra].

respeto integral de la naturaleza sino su puesta a disposición del ser humano para que éste la disfrute racionalmente, lo cual implica adoptar decididamente medidas de conservación del ambiente.

B) La cláusula constitucional ambiental argentina (el nuevo artículo 41 de la C.N.)

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 (artículo 41, 1º párrafo, Constitución de la nación Argentina, texto conforme la reforma de 1994).

Los antecedentes inmediatos del artículo 41 de la C.N. fueron las constituciones de España, Portugal y Perú, además de una serie de declaraciones y convenios internacionales, como las Conferencias de Estocolmo (1972) y la Cumbre de Río (1992), entre las más notorias ("Diario de Sesiones", pp. 1606 y ss.).

Así, la reforma constitucional de 1994 incorpora por primera vez en la Constitución federal el reconocimiento expreso del derecho de los habitantes de la nación a un ambiente sano, como así también el de un deber recíproco de protección del medio ambiente⁸. Más allá de la polémica doctrinaria en torno de si era necesaria la inclusión de una cláusula expresa como la precitada en nuestro ordenamiento constitucional, o de si el artículo 41 peca en su redacción de un talante principista y programático que conspira contra su eficacia⁹, lo cierto es que, aun cuando se admitiese dicho carácter programático, la sanción de la mencionada cláusula importa una declaración de gran relevancia jurídica y política. Desde la primer óptica, la jurídica, el artículo 41 confiere *status* constitucional a la materia, integrándola dentro del orden

8 Sin perjuicio de que la Constitución histórica de 1853/60 no reconocía tal tutela al ambiente, son pacíficas la doctrina y la jurisprudencia al reconocer que tales derechos estaban entre aquellos *no enumerados* y, por tanto, comprendidos en el artículo 33 C.N. (cláusula de derechos implícitos). Asimismo se tendía a reconocer que concurrían también en tal reconocimiento los artículos 14 y 67, inc. 16 (actual artículo 75, inc. 18) de la C.N. y en los artículos 27 y 31 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el artículo 12.2, inc. b, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, entre otras disposiciones /cfr. Valls, Mario F., "Primeras reflexiones sobre las cláusulas ambientales y la Constitución", E.D., Bs. As. Diario del 24/08/1994, p. 1; BADENI, Gregorio, *Reforma Constitucional e Instituciones Políticas*, Ad-Hoc, Bs. As., 1994; Cámara Federal de S. Martín, Sala I, Louzán, Carlos C. *Ministerio de Economía s/ acción de amparo*, 26/07/1993.

9 Ver por todos el meduloso trabajo de TAWIL, Guido S. -aunque discrepamos con sus opiniones sobre este punto—*La cláusula ambiental en la Constitución Nacional*, en la obra colectiva Estudios sobre la reforma constitucional, dirigida por Juan C. CASSAGNE, Depalma, Bs. As., 1995, pp. 21 y ss.

10 Santiago (h). ALFONSO, *La Corte Suprema y el control político*, Ábaco, Bs. As., 1999, pp. 65 y ss.

público constitucional que muestra a las claras la exigencia de lograr un Estado social ambientalmente orientado. Desde la óptica política, por su parte, se incorpora a la Constitución como programa político de gobierno que es¹⁰, un mandato específico de política ambiental.

Ahora bien, en los próximos párrafos efectuaremos algunas consideraciones en torno al *status* constitucional del derecho a un ambiente sano, equilibrado y apto para el desarrollo humano, que prevé la cláusula constitucional *sub-examine*.

- 1) Se trata de un derecho subjetivo y colectivo a la vez. La naturaleza de los "derechos de incidencia colectiva".

La Ley Fundamental argentina no escapa a los lineamientos generales que suelen caracterizar a las provisiones constitucionales en materia ambiental: por un lado, se reconoce un derecho subjetivo a gozar de un medio ambiente sano; y por otro lado, aparece un mandato de actuación destinado a los poderes públicos¹¹.

En este trabajo no nos interesa entrar en el análisis de los deberes a asumir por las autoridades, sino la consideración de la tipología de derechos humanos (personales o grupales) que se encuentran involucrados en materia medioambiental.

Como dato referencial, es válido tener en cuenta que tanto en las legislaciones nacionales de los estados que receptan normativa ambiental como en los documentos internacionales¹², puede verificarse una marcada tendencia a reconocer el derecho fundamental de las personas a un medio ambiente saludable. Más específicamente, en el marco de la norma del artículo 41 de la Constitución, Sagüés considera que el derecho a un ambiente sano, equilibrado y apto para el desarrollo humano debe considerarse como formando parte del derecho fundamental a la condición humana, dado que está indisolublemente ligado al derecho a la calidad de vida y al derecho a la salud, "de tal modo que es imposible afianzar a éste si al mismo tiempo no se tutela constitucionalmente al ecosistema"¹³.

Sin perjuicio de que puede sostenerse que estamos en presencia de un derecho subjetivo si adoptamos el punto de vista de la dogmática jurídica— siguiendo

11 ESCOBAR ROCA, G., *La ordenación constitucional del medio ambiente*, Dykinson, Madrid, 1995, pp. 51 y ss.

12 Así, por ejemplo, el principio primero de la Declaración de Río establece que: *Los seres humanos constituyen el centro de las preocupaciones relacionadas con el desarrollo sostenible. Tienen derecho a una vida saludable y productiva en armonía con la naturaleza.*

13 SAGÜÉS, Néstor P., *Elementos de Derecho Constitucional*, t. 2, Astrea, Bs. As., pp. 274-275.

14 Ver especialmente LOPERENA ROTA, Demetrio, *El derecho al medio ambiente adecuado*, Civitas, Madrid, 1998, pp. 41-64.

particularmente a von Ihering¹⁴—, es indudable que la cláusula del artículo 41 de la C.N. consagra una situación jurídica subjetiva de esa especie, pues la propia Constitución habilita la tutela judicial del ambiente al “afectado”, y ello es así porque nos encontramos ante un verdadero derecho subjetivo (artículo 43, párrafo 2º, C.N.). Ello sin perjuicio, claro está, de la faz colectiva que posee este derecho reconocido expresamente por la norma al reconocer legitimación procesal al Defensor del Pueblo y a las asociaciones ambientalistas.

Es que el derecho consagrado en el artículo 41 de la C.N. es lo que nosotros entendemos como un derecho de incidencia colectiva, que no es otra cosa que un derecho subjetivo susceptible de ser titularizado por una pluralidad de personas¹⁵, complementada con una técnica de atribución de legitimación activa a órganos públicos y a asociaciones intermedias, con la finalidad de poner en ejercicio, habida cuenta la presencia de un interés público comprometido, los medios administrativos y judiciales idóneos para la protección ambiental. Esta es la faz “colectiva” del derecho al medioambiente adecuado, la cual es puramente instrumental. En ningún modo dicha faz colectiva entra en conflicto con la faz individual, que no es de índole procedimental sino sustantiva. Se trata pues, de dos caras de la misma moneda.

2) Es un derecho intergeneracional: ¿pueden reconocerse derechos a las generaciones futuras?

El artículo 41 de la C.N. no sólo tutela la aptitud del ambiente para el desarrollo humano actual, sino que, de conformidad con el principio del desarrollo sustentable, no debe afectarse idéntica aptitud para las generaciones futuras. En este punto relativo a la prohibición de comprometer la satisfacción de las necesidades de la posteridad, la doctrina ha reconocido un carácter intergeneracional en los derechos que tutelan el ambiente. Aparece aquí una interesante cuestión de orden iusfilosófico: ¿puede reconocerse un derecho a las generaciones futuras?, es decir, alguien que todavía no existe ¿puede ser sujeto de derecho?

Bidart Campos sostiene una tesis negativa a este respecto. Así, argumenta que para tener un derecho hace falta vivir, por ende “el cuidado de las generaciones futuras jamás podrá significar que la Constitución se adelanta temporalmente a reconocer derechos a quienes todavía no viven, pero vivirán en el futuro. Sería un disparate ontológico y jurídico. Lo que sí quiere decir es que quienes vivimos hoy tenemos la obligación (jurídica y constitucional) de cuidar ahora el ambiente sano, equilibrado y apto en beneficio de las generaciones futuras, lo cual no ha de extrañarnos porque si bien cada vez hay

15 Véase BIANCHI, Alberto, *Las acciones de clase*, Ábaco, Bs. As. 2001.

16 BIDART CAMPOS, Germán, *El artículo 41 de la Constitución y el reparto de competencias entre el Estado federal y las provincias*, Doctrina Judicial (La Ley), Bs. As., 1997-2, p. 709.

un derecho también hay una obligación correlativa para satisfacerlo, no todas las obligaciones constitucionales tienen en reciprocidad un derecho; quienes nacerán y vivirán en el futuro no tienen todavía derecho alguno, aunque los que vivimos actualmente tenemos el deber, aquí y ahora, de no dañar el ambiente para que le sea favorable a la posteridad¹⁶. Como se aprecia, en opinión de este prestigioso autor, no es dable interpretar la referencia a las generaciones futuras como al reconocimiento de un derecho intergeneracional, cuya titularidad se encuentra en personas que existirán en el futuro, sino que se trata de una mera declaración constitucional que institucionaliza el concepto de desarrollo sustentable.

No obstante la autoridad doctrinal de Bidart Campos, nos permitimos discrepar en algunos matices con la opinión recién reseñada. En efecto, la referencia a las "generaciones futuras", es decir, a los "hombres del mañana" implica para el Estado un compromiso para el porvenir. Así, la convencional informante se refirió expresamente a un derecho intergeneracional, preocupado por el *ecodesarrollo* (Conferencia de Estocolmo, 1972), o sea, un desarrollo humano sustentable (informe Brundtland ante ONU). Lo dicho implica cuidar el ambiente no sólo para los habitantes actuales sino para "aquellos que van a heredar este ambiente" ("Diario de Sesiones", p. 1607). Evidentemente y de modo oblicuo se está reconociendo categoría de sujetos constitucionales a las generaciones futuras¹⁷. Inclusive desde el punto de vista ético el tema ha recibido tratamiento por los filósofos contemporáneos reconociendo las limitaciones de la ética clásica para ponderar útilmente la cuestión de si existe un deber de preservar la humanidad y las formas de vida sobre el planeta. Así, Hans Jonas, autoridad académica mundial en la materia, al desarrollar los fundamentos de su "ética para la civilización tecnológica" los poderes inauditos de los que disponemos actualmente dan lugar a un nuevo deber de la humanidad: el de existir. Por esta razón— sostiene este profesor alemán — no podemos considerar que la ruina de la humanidad sea una eventualidad aceptable del progreso técnico o económico. La simple posibilidad de la desaparición del hombre y su biosfera es un riesgo inadmisibles.

El nuevo imperativo ético jonasiano sería: "Obra de tal manera que los efectos de tu acción sean compatibles con la permanencia de una vida auténticamente humana sobre la tierra", o, formulado negativamente: "Actúa de tal modo que los efectos de tu acción no destruyan la posibilidad futura de la vida"¹⁸. En consecuencia, tanto desde un punto de vista ético como jurídico (ambas disciplinas normativas al fin y al cabo) sí puede hablarse de un "deber" de nuestra parte (habitantes actuales) de procurar para la posteridad condiciones ambientales adecuadas, es porque alguien (esa posteridad) tiene un

17 SAGÜÉS, Néstor Pedro, *Elementos de Derecho Constitucional*, Astrea, Bs. As., 1997, t. 2, p. 276.

18 JONAS, Hans, *Das Prinzip Verantwortung (El principio de responsabilidad)*, Insel Verlag, Frankfurt, 1979.

"derecho" moral y jurídico. Por ello, consideramos que *ab initio* puede hablarse en el caso de los derechos ambientales de un tipo de derecho intergeneracional, que además, tiende a caracterizar a la materia.

En suma, y atento a lo manifestado hasta aquí, cabe concluir que el "derecho a un ambiente sano, equilibrado y apto para el desarrollo humano" es, sustancialmente, un derecho subjetivo, aunque desde un punto de vista procedimental admita su formulación como un derecho colectivo (derecho de incidencia colectiva). A su vez, se trata también de un derecho intergeneracional.

III. CONSIDERACIONES FINALES: ENTRE LA RETÓRICA DE LO "POLÍTICAMENTE CORRECTO" Y LA REALIDAD IMPUESTA POR EL MERCADO GLOBALIZADO

La tutela del medioambiente debe enfrentar dos grandes hipocresías.

De un lado, la de aquellos países subdesarrollados o en vía de desarrollo que, por distintas razones de conveniencia, incorporan principios e instituciones que integran la democracia social¹⁹ cuya virtualidad –más allá de la consagración normativa– queda entre paréntesis sine die. En esta inteligencia, el gran riesgo que debe enfrentar la cláusula ambiental de la Constitución argentina, es el mismo que afronta un gran número de los restantes textos fundamentales de la naciones iberoamericanas: el de convertirse en lo que Loewenstein²⁰ designaba bajo el nombre de Constitución "nominal". Es decir, contener altruistas y bien intencionadas proclamaciones de nula o mínima eficacia en el plano de la realidad. En este orden de ideas es poco auspicioso que a más de siete años de la reforma constitucional de 1994, el Congreso aún no haya sancionado las leyes mediante las cuales establecer los presupuestos mínimos de protección (cfr. artículo 41, párrafo, 3º, C.N.), asumiendo así el Estado federal el papel de ente asegurador de un mínimo vital para todos.

Por otro lado, nos encontramos ante el riesgo de una segunda y más terrible hipocresía ambientalista. En este caso es la de los países desarrollados que, de una parte, tienen opiniones públicas exigentes de medidas de protección del entorno, algunas de las cuales se han puesto en marcha; pero que, por otro lado, instalan sus fuentes de contaminación (o directamente exportan sus desechos) en los países menos favorecidos en el concierto mundial. Así encontramos naciones desarrolladas como los Estados Unidos, que al tiempo de estar muy avanzados en lo relativo a la protección interna del ambiente, no dejan de ser los mayores despilfarradores de recursos naturales del planeta.

19 FERRAJOLI, L., *op. cit.*, p. 905.

20 LOEWENSTEIN, C., *Teoría de la Constitución*, Ariel, Barcelona, 1982, pp. 218 y ss.

Los países avanzados que han generado mecanismos significativamente eficaces contra la contaminación ambiental (legislación operativa, buen nivel educativo general sobre la cuestión, participación ciudadana activa en defensa del ambiente, etc.), asientan sus procesos de producción en otros países en los cuales el costo ambiental es bajo o poco significativo. En esta lógica, la falta de protección al medio deviene un aliciente para la instalación de multinacionales. Las naciones pobres debieran decir—con el afán de atraer inversión extranjera—: ¡vengan a contaminar aquí, con tal de que generen fuentes de trabajo!

Con lo anterior queremos decir que la mundialización de la tutela jurídica del ambiente no dejará de ser retórica si la globalización de las economías no deja de hacer trampas protegiendo a unos en desmedro de otros, lo cual implica que el desarrollo de los países pobres se haga a costa de sus recursos naturales y de la depredación de su ambiente, a favor de países ricos que sólo cuando ya no es posible exportar contaminación plantean al conjunto de las naciones problemas tales como el del "cambio climático"²¹.

De lo dicho puede vislumbrarse que el problema de la tutela ambiental es más un problema político y económico que jurídico. Partiendo de esa base, creemos necesario efectuar dos señalamientos finales a fin de superar el plano meramente retórico:

- a) En su faz económica, debe tenerse presente que los objetivos ambientales deben ser logrados sin poner en jaque la economía productiva. En consecuencia, la regulación jurídica de lo ambiental dependerá de la paulatina incorporación de los fines medioambientales en la economía de mercado. Solamente en la medida en que esos fines sean económicamente rentables se adecuará la realidad al modelo idealmente trazado por las constituciones.
- b) Sin perjuicio de lo anterior, es necesario recuperar desde el Estado la idea de que los fines de la acción pública no deben estar regidos necesariamente por el beneficio económico y se afectaría la garantía de igualdad si no se aseguran mínimos ambientales para todos.

Por último queremos señalar que si bien, el riesgo de caer en una tutela meramente semántica siempre está presente, es indudable que la cláusula ambiental expresa del artículo 41 de la C.N. es un punto de apoyo para exigir la vigencia de lo plasmado en el texto y, también, un punto de partida para el desarrollo de una dogmática jurídico ambiental todavía por hacerse.

21 Piénsese en este punto el caso de Brasil, quien está obligado a salvaguardar sus inmensas selvas y reducir su aprovechamiento económico para así resguardar el equilibrio climático mundial. Así, un país en desarrollo debe soportar el costo de la acción contaminadora de los países desarrollados que de este modo pretenden seguir produciendo a prácticamente el mismo nivel a costa del sacrificio de los más pobres, pero en mejor situación ecológica.