

# **REFORMAS EN LAS CIENCIAS JURÍDICAS Y SUS INSTITUCIONES EN EL ÚLTIMO SIGLO. EL AMBIENTE Y EL DERECHO ADMINISTRATIVO**

**JORGE LEANDRO MORICET<sup>1</sup>**

## **I. Introducción**

Pocas cuestiones jurídicas, han irrumpido, con mayor fuerza en el siglo pasado como los aspectos vinculados al ambiente. De un tema casi desconocido o poco tenido en cuenta, se pasó a ser una cuestión prioritaria. No hay reunión científica— jurídica, que no incluya el tema ambiental entre sus propuestas de estudio.

El Derecho Administrativo que estudia en forma preferencial la función administrativa del Estado, no está ajeno a la cuestión ambiental, por el contrario participa en forma significativa de instituciones vinculadas al ambiente, como es el poder de policía, la potestad sancionatoria de la Administración o la responsabilidad del Estado con relación al ambiente, entre otros muchos temas, tanto que se habla de una “Administración Pública Ambiental”.

Nuestra exposición es una visión personal de la reforma constitucional del año 1994, e impregnada de una visión administrativista.

## **II. Antecedentes**

Es sabido que la Constitución Nacional 1953/60, (para mencionar sólo las reformas más importantes), no contenía normas expresas de protección del Ambiente, contrariamente a constituciones más recientes, como la de Colombia, Venezuela, Brasil, México o Costa Rica, solo para mencionar algunas. Sin embargo importante sectores de la doctrina y de reuniones científicas, habían sostenido, que “El derecho a la preservación del Ambiente es una garantía implícita de la Constitución Nacional”.

<sup>1</sup> Profesor Titular de Derecho Administrativo, Segundo Curso, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas, UNNE.

Por nuestra parte siempre compartimos dicha tesis, llegando a dicha conclusión, siguiendo el esquema de Bidart Campos, sobre los derechos implícitos, que debían considerarse contenidos en la Constitución Nacional. Este esquema parte de las siguientes pautas y bases: a) Las que proporciona el deber ser ideal del valor justicia, o derecho natural (pautas dikelógicas); b) Las que proporciona la ideología de la Constitución, que acogiendo las pautas dikelógicas, organiza la forma democrática de nuestro estado respetando la dignidad de las personas, su libertad y sus derechos fundamentales (pautas ideológicas y principios fundamentales que contiene el orden de normas constitucionales); c) Las que proporciona el Art. 33 (pautas de la justicia formal en el orden de normas constitucionales). (Conf. Bidart Campos, Germán J. "Manual de Derecho Constitucional Argentino", pág. 248, Ed. Ediar, Bs. As. 1984).

Se recordaba, en éste periodo previo a la reforma constitucional del año 1994, reforzando la tesis expuesta, que cuando se debatía la reforma constitucional de 1860, y se discutía la normativa del que terminó siendo el Art. 33, propuesto por Sarmiento, y ante la oposición de algunos convencionales, que sostenían que era inconveniente incorporar derechos no determinados, Mitre le contestó lo siguiente: "El derecho moderno no sólo legisla para el individuo, sino para el pueblo como entidad colectiva; no sólo legisla para la soberanía individual de cada hombre, sino para ese ser moral que se llama sociedad, y que (...) tiene derechos distintos y distintos modos de legislar" (V. Ravignani E, "Asambleas Constituyentes Argentinas", Bs. As. 1937).

Estos derechos, que fueron llamados difusos, colectivos o sectoriales, para Quiroga Lavié, tienen como característica: "... que se poseen en razón de pertenecer a un grupo social (grupo de pertenencia) y que sólo lo pueden ejercer conjuntamente todos los miembros del grupo —o la mayoría de ellos en nombre del grupo— o quien lo represente" ("Derecho Constitucional, pag. 216, Ed. Depalma, Bs. As., 1984). Para este estudioso del derecho constitucional, la Constitución 1853/60, sólo contiene dos tipos de derechos colectivos, los gremiales y los familiares (V. ob. cit., págs. 218/220), no se menciona los que protegen el Ambiente.

Otras fuentes que sirven de antecedentes para la reforma constitucional 1994, son las Constituciones Provinciales. A partir de 1986, se produce una serie de reformas a las constituciones provinciales, que incorporaron en mayor o menor medida regulaciones para proteger el Ambiente, se puede citar entre las constituciones reformadas, las de la Provincias de La Rioja, Art.66, Salta, Art. 30, San Juan, Art. 58, Córdoba, Art. 66, entre otras provincias.

### III. La reforma del año 1994 a la Constitución Nacional

La reforma de la Constitución Nacional en el año 1994, significó un cambio sustancial, en el encuadre normativo de protección Ambiental. Muchos de los criterios de la reforma, ya habían sido receptados por las constituciones provinciales reformadas, otros son en –nuestra opinión– creaciones originales.

Como ya les adelanté, la reforma constitucional, será analizada desde una visión personal y probablemente influenciada por nuestra formación administrativista.

El art. 41 de la Constitución Nacional, regula diversos aspectos que hace a la protección del Ambiente y el art. 43 establece un sistema de protección vía Acción de Amparo, de los derechos y principios reconocidos constitucionalmente.

La reforma constitucional la analizaremos dividiéndolas en los siguientes temas:

- a) Reconoce derechos.
- b) Crea deberes correlativos a los derechos creados.
- c) Establece criterios y mecanismos de reparación del daño ambiental.
- d) Consagra los principios del desarrollo sustentable.
- e) Distribuye el Poder de Policía entre la Nación y las Provincias.
- f) Consagra una serie de prohibiciones.
- g) Crea un sistema de garantías en defensa de los derechos y principios ambientales.

#### **a) Derechos:**

Los derechos consagrados constitucionalmente podríamos resumirlos en asegurar la “Calidad de Vida”, y son los siguientes:

- 1) Derecho a un ambiente sano.
- 2) Derecho a un ambiente equilibrado.
- 3) Derecho a un ambiente apto para el desarrollo humano.
- 4) Derecho a que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras.
- 5) Derecho a la utilización racional de los recursos naturales (desarrollo sustentable o sostenible).

- 6) Derecho a la diversidad biológica.
- 7) Derecho a la preservación del patrimonio natural y cultural.
- 8) Derecho a la información.
- 9) Derecho a la educación ambiental.

En nuestra opinión estos reconocimientos efectuados por el art. 41 de la Constitución Nacional, constituyen verdaderos “derechos subjetivos– colectivos” de carácter ambiental-administrativo, oponibles tanto a los poderes públicos como a los particulares. Estas dualidades es una de las originalidades de la reforma constitucional, no obstante de utilizar en el encabezamiento la formula “...Todos los habitantes”, ya utilizado en el art. 14, de la Constitución, pero con un sentido más restringido.

**b) Deberes:**

El citado art. 41 conjuntamente con el reconocimiento de derechos impone obligaciones o deberes. Se puede afirmar que a cada derecho corresponde “el deber de preservarlo”, en la terminología constitucional.

Podemos identificar, a modo de ejemplo, a los obligados por los deberes constitucionales y agruparlos de la siguiente manera.

- 1) “...Todos los habitantes”, es decir todas las personas físicas, que habitan la república Argentina.
- 2) También las personas jurídicas, que desarrollan sus actividades en el territorio nacional, o que sus efectos alcancen al territorio argentino, están comprendidos en las obligaciones de preservar los derechos ambientales.
- 3) Los titulares de actividades industriales o comerciales, que estén en contacto con el ambiente, y que puedan producir agresiones al mismo, en sus aspectos protegidos.
- 4) Los contratistas o concesionarios de obras o servicios, sean públicos o privados, que por su directo contacto con el Ambiente en el desarrollo de sus actividades aumentan la posibilidad de agredirlo o degradarlo, por diversas medios y formas.
- 5) El Estado, en el ejercicio cotidiano de sus funciones. Estas obligaciones le alcanzan particularmente a la Administración, que la Constitución le encomienda el deber de tutelar los derechos ambientales reconocidos.

***c) Criterios para la reparación del Daño Ambiental.***

El art. 41 de la Constitución Nacional, establece un criterio distinto al sistema de responsabilidades civil, penal o administrativo (basado fundamentalmente en un criterio indemnizatorio), en cuanto a la forma de reparación del daño ambiental. El responsable de haber ocasionado un daño al Ambiente –cualquiera sea la persona, incluso el Estado– tiene la obligación prioritaria de recomponer lo dañado. En este sentido tiene que determinarse por medio de los respectivos estudios técnicos, la posibilidad, de recomponer total o parcialmente el ambiente dañado, sin esos estudios no debería considerarse, a examinar cualquier tipo de indemnización.

El mandato constitucional es claro, y constituye un principio básico del Derecho Ambiental: “El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley” (art. 41, 1er párrafo, ult. parte, Const. Nacional).

***d) Los Principios del Desarrollo Sustentable.***

El art. 41 de la Constitución, que estamos comentando, consigna dos frases, que por una parte reconoce derechos, y por la otra consagra los principios del desarrollo sustentable o sostenible, ellas son: “..y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras”. Agregado en el siguiente párrafo: “...a la utilización racional de los recursos naturales...”.

Como lo venimos señalando, ambas protecciones tienen el carácter de derechos, y tiende a instaurar un sistema racional de explotación de los bienes naturales, poniendo el constituyente particular énfasis al iniciar éste segundo párrafo con la siguiente expresión: “Las autoridades proveerán a la protección de éste derecho...” (art. 41, primero y segundo párrafo, Const. Nacional).

***e) Distribuye el Poder de Policía entre la Nación y las Provincias***

Hasta la reforma de la Constitución Nacional en el año 1994, la totalidad de la doctrina señalaba, que una de las grandes dificultades para instrumentar una eficaz política de protección del Ambiente, residía en la distribución del poder de policía en la materia que hacía la Constitución Nacional en los arts. 104 y 67 (actuales arts. 121 y 75), que consideraba que las provincias retenían

en general el poder de policía sobre los temas ambientales. La Corte declaró en forma reiterada que el poder de policía corresponde por regla general a las provincias, y que la Nación lo ejerce en los casos que le ha sido expresamente conferido, o es consecuencia forzosa de otras facultades constitucionales (Fallos: 192:350).

En el tema ambiental, el poder de policía en lo que hace a su distribución entre la Nación y las Provincias, dio lugar a diversas interpretaciones. Mayoritariamente se aceptó que el poder regulatorio ambiental corresponde a las provincias y municipios y excepcionalmente a la Nación.

Ello generó una proliferación de normas nacionales, provinciales y municipales, que no resultaron adecuadas para establecer las grandes políticas ambientales, ni para proteger adecuadamente el Ambiente. El sistema de adhesiones por parte de las Provincias a legislación nacional, mejoró normativamente algunos temas, pero en los aspectos instrumentales no se avanzó mucho.

El gran cambio en materia de distribución del poder de policía entre la Nación y las Provincias, se produce a partir de la reforma constitucional del año 1994.

El tercer párrafo del art. 41 de la Const. Nacional, establece: “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”.

Las Provincias ceden a la Nación, la parte sustancial de su Poder de Policía Ambiental, que la Constitución lo llama “presupuestos mínimos de protección”, que constituye el grueso de la protección ambiental, como lo demuestran las leyes de presupuestos mínimos hasta ahora dictadas, y constituye legislación de fondo nacional, es decir obligatoria para todas las provincias.

Este tercer párrafo del art. 41, de la Const. Nacional introduce una modalidad legislativa que se puede considerar original. Dado que autoriza a las Provincias a dictar las normas “necesarias para complementarlas”.

Es decir que las Provincias pueden dictar legislación de fondo, complementaria a la legislación nacional de “presupuestos mínimos”, pero de validez sólo en la provincia que lo dictó.

Esta redacción generó algunas críticas. El Dr. Alberto A. Natale, que fue convencional constituyente en la reforma constitucional del año 1994, en un trabajo publicado por La Ley, señala que la iniciativa de éste párrafo del art. 41, le pertenece, y explica el sentido del mismo, en estos términos: “Entonces

tendremos que la Nación dictará la legislación de protección mínima, común a todo el territorio nacional y luego las provincias podrán complementarlas, incluyendo mayores exigencias para la preservación del ambiente con normas aplicables en sus respectivos ámbitos (LL, 1994-E, págs. 1385/89). El Dr. Natale, entiende que con ésta redacción constitucional, se le da un poco más de vigor al alicaído federalismo.

Las críticas que adelantamos, generó esta norma constitucional, sustentada principalmente, en que se corre el riesgo de una proliferación legislativa, con valor local, lo que generaría problemas entre provincias con recursos naturales comunes y diferentes legislación.

En un antiguo trabajo mío, había propuesto, que se interprete éste tercer párrafo del art. 41 de la Const. Nacional de la siguiente manera: “Que los presupuestos mínimos de protección que dicte la Nación, deben entenderse por aquellos aspectos, temas o ítems ambientales que una vez regulados por la Nación, no pueden ser objeto de tratamiento por las Provincias, quedando en cambio éstas facultadas a regular todas aquellas cuestiones no incluidas en la normativa nacional”.

#### ***f) Consagra una serie de prohibiciones***

El art. 41 en su cuarto párrafo establece dos tipos de prohibiciones:

1. El ingreso al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos. La legislación determinará cuando un residuo es peligroso. Está calificación estará sujeta a nuevas definiciones.

2. La segunda prohibición tiene el carácter de absoluta, basta que el residuo sea radioactivo, para que le alcance la prohibición. No interesa el origen o grado de radioactividad del residuo. No obstante la claridad de la norma, se plantea algunas dudas, sobre cuando un material debe ser considerado “residuo”, pues como bien lo señala el Dr. Natale en el trabajo citado, un residuo puede convertirse en insumo para un proceso industrial, por lo que no le alcanzaría la prohibición constitucional.

#### ***g) Crea un sistema de garantías en defensa de los Derechos Ambientales***

El art. 43 de la Const. Nacional, al regular la acción de Amparo, introduce cuestiones jurídicas importantes vinculadas a los derechos que protegen al Ambiente, que lo incluye en la protección, en forma de derechos subjetivos

y como derechos de incidencia colectiva. También regula quienes pueden legitimarse.

El sistema de protección está integrado quienes pueden legitimarse, y por la operatividad de los derechos “ambientales-administrativos”, según la doctrina de la Corte a partir de los casos “Siri” y “Kot” (Fallos: 239:459 y Fallos 241:291), lo que contribuye a fortalecer los mecanismos de defensa. Criterio que se mantuvo en Fallos: 239:459,241:391 y 315:1492, entre otros.

La posibilidad de legitimarse comprende a las siguientes personas y órganos:

**1°) Personas físicas y jurídicas.** Que sufran en forma actual, o eminente, lesiones, restricciones, alteraciones o amenazas a sus derechos subjetivos de carácter “ambiental administrativos”. En el lenguaje del art. 41 de la Const. Nacional, se lo identifica como “Todos lo habitantes”.

Entendemos que las personas jurídicas gozan, en estos casos, de los mismos derechos que las personas físicas.

**2°) El afectado.** El término “afectado” es objeto de diversas interpretaciones, nos inclinamos por la tesis de Walsh, de entender por “afectado”, aquel que acredite un “razonable y suficiente interés” (v. Walsh, Juan R. “El medio ambiente en la nueva Constitución Argentina” L.L., 6-XII-1994, Suplemento de Derecho Ambiental, n° 1), y pareciera que está vinculado exclusivamente a los derechos de incidencia colectiva.

**3°) El Defensor del Pueblo.** También está legitimado por el art. 43 de la Const. Nacional. Es una representación por mandato constitucional, o apoderamiento legal de instancia pública.

En cuanto al alcance de la legitimación del Defensor del Pueblo, existe un marco de dudas, por cuanto el art. 43 de la Const. Nacional, le otorga una representación amplia, en la Acción de Amparo, en tanto el art.86 de la Constitución limita su legitimación, estableciendo lo siguiente:

“...Su misión es la defensa y protección de los derechos humanos y demás derechos, garantías e intereses tutelados en ésta Constitución y las leyes, ante hechos, actos u omisiones de la Administración; y el control del ejercicio de las funciones administrativas públicas”. Según esta norma transcrita, la intervención del Defensor del Pueblo, está limitada a controlar a la Administración. Así fue resuelto en la causa: “Consumidores Libres Coop. Ltda. c/ Estado Nacional” (L.L. 6/12/95, pág. 5). Esta decisión, no es óbice, para que opinemos

lo contrario, en el sentido de la legitimación amplia del Defensor de Pueblo, habida cuenta, su inclusión expresa en el art. 43, de la Const. Nacional.

**4º) Asociaciones Registradas.** También están legitimadas "...las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y forma de organización" (art. 43,2do. párrafo, última parte, Const. Nac.).

Las condiciones que establece básicamente la Constitución y que deberá respetar la ley, para legitimar a las Asociaciones son: a) Asociación con personería jurídica; b) Tener por finalidad la protección ambiental; c) Encontrarse registrada como esa clase de Asociación.

**5º) Ministerio Público.** Un órgano no mencionado, en el art. 43 de la Constitución, ni por la doctrina, con facultades para legitimarse en las acciones de Amparo, en defensa del Ambiente, es en nuestra opinión, el Ministerio Público en la concepción introducida por la reforma constitucional del Año 1994.

Dice el art. 120 de la Constitución, en su primer párrafo: "El Ministerio Público es un órgano independiente con autonomía funcional y autarquía financiera, que tiene por función promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad de los intereses generales de la sociedad, en coordinación con las demás autoridades de la República".

En tanto la Ley N° 24.946, Orgánica del Ministerio Público, en su art. 41º, inc. a), establece: "Hacerse parte en todas las causas o trámite judiciales en que el interés público lo requiera de acuerdo al art. 120 de la Constitución Nacional... remediar daños causados o que pueda causarse al patrimonio social, a la salud pública y al medio ambiente...".

Cabe duda en nuestra visión del Amparo, que el Ministerio Público (en concreto el Fiscal), está legitimado para promover dicha acción. Como se puede observar el "sistema constitucional" de defensa del Ambiente, tiene un diseño capaz de asegurar su eficiencia.

#### IV. Conclusiones

La Corte Suprema en la causa paradigmática "**Mendoza**", dispone en sus decisiones, una serie de medidas la mayoría de ellas de contenido administrativo (p. ej. control sobre el desarrollo de las actividades antrópicas: inspección a todas las empresas existente en la cuenca; las empresas deben presentar un

plan de tratamiento de los agentes contaminantes, si no lo presentan o no es aprobado, disponer el cese del vertido; saneamiento de basurales, etc.). Ellas (las medidas), son parte de la Función Administrativa, en consecuencia se aplica el Derecho Administrativo, sobre toda esta enorme actividad.

La creación de un órgano inter jurisdiccional administrativo, como es la "Autoridad de Cuenca", implica nuevas aplicaciones del Derecho Administrativo, de tal manera que este derecho sobrevuela permanentemente todas las cuestiones ambientales, con lo que los lazos son fuertes.