

José Ignacio Vásquez Márquez*

Pasado y futuro del medio ambiente como derecho fundamental**

Past and future the environment as a fundamental right

Estudios

Resumen

Este artículo examina el origen histórico y la evolución del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, reconocido en la Constitución Política chilena, y las actuales tendencias del derecho comparado en cuanto a su regulación y reconocimiento. Se plantea el dilema de su naturaleza ambivalente de derecho individual y social, insertando su análisis en lo que puede denominarse el constitucionalismo medio ambiental, sus incidencias en el derecho público y administrativo, y la importancia de concebirlo con mayor amplitud como un deber constitucional de protección de la naturaleza que obliga a todos sin distinción.

Palabras clave

Medio ambiente, naturaleza, contaminación, protección ambiental.

Abstract

This article examines the historical origins and evolution of the right to live in a pollution free environment, recognized in the Chilean Constitution, and current trends of comparative law in regulation and recognition. The dilemma of its ambivalent nature of individual and social rights arises, inserting his analysis on what may be called the environmental constitutionalism, their impact on the public and administrative law, and the importance of conceiving it more broadly as a constitutional duty to protect nature which requires all person without distinction.

**Profesor de Derecho Constitucional y Ciencia Política. Magíster en Ciencia Política, Universidad de Chile
Magíster en Derecho Público, Universidad de Los Andes*

*** Recibido el 6 de mayo de 2014 y aceptado el 3 de junio de 2014.*

Keywords

Environment, nature, pollution, environmental protection.

I. Introducción

Nos proponemos brevemente, en estas páginas, pasar revista al desarrollo y evolución del derecho al medio ambiente tanto en nuestro ordenamiento jurídico nacional, más precisamente el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, como se reconoce en el texto constitucional vigente, así como las tendencias que en el derecho comparado pueden visualizarse en la actualidad.

Esta visión del pasado y futuro del derecho, debe comenzar por la necesaria perspectiva histórica, describiendo el modo de su incorporación en el proceso constituyente de la actual Constitución Política, en los años setenta del siglo pasado. Sin duda, ello fue una decisión innovadora respecto del constitucionalismo nacional y una puesta al día respecto de las tendencias vigentes del derecho internacional en materia de protección y toma de conciencia del problema medio ambiental, así como con la constitucionalización de este derecho en otros texto constitucionales aprobados en ese entonces. Este análisis del pasado del derecho al medio ambiente libre de contaminación y de su momento de reconocimiento constitucional, comprenderá la definición sobre su naturaleza jurídica y su sentido para la doctrina nacional, lo que permitirá luego compararla con las tendencias y teorías jurídicas que en los últimos años se han desarrollado y formulado.

Finalmente, como se expresó precedentemente, interesa especialmente visualizar las perspectivas más avanzadas de este derecho, especialmente en la doctrina comparada, aquella que nos puede ofrecer una visión del futuro del derecho al medio ambiente o su derrotero. Para este efecto, resulta interesante y conveniente repasar la teoría constitucional y iuspublicista más actual, en general, y destacar cómo se perfila en ella, no sólo el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, sino, también las formas más eficientes de cautela o garantía de los derechos fundamentales, así como la importancia que cobra la naturaleza misma y su valoración teórico jurídico. En buenas cuentas, entender cómo evoluciona la comprensión de los derechos a la luz de mayores conocimientos y evidencias científicas que ayudan al perfeccionamiento de su protección.

II. Reconocimiento constitucional del derecho al medio ambiente. El pasado.

En nuestro país, el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación fue consagrado como derecho constitucional originalmente en el numeral 18 del artículo 1º del Acta Constitucional N° 3, Decreto Ley N° 1552 de 1976 y luego, en la Constitución Política de 1980, en el numeral 8 del artículo 19, comprendido en el capítulo III sobre Derechos y Deberes.

La Comisión de Estudios de la Nueva Constitución C.E.N.C., creada en noviembre de 1973, consultó diversos antecedentes y fuentes formales para los efectos de incorporar este nuevo derecho fundamental, tanto en los textos de la referida Acta Constitucional y de la Constitución Política, como la Declaración de Estocolmo nacida de la Conferencia de la ONU sobre el Medio Humano, realizada en 1972. Cabe señalar que en el período de redacción de ambos textos, en el derecho comparado era posible encontrar, entre otras cartas constitucionales que consagraban normas iusfundamentales sobre el medio ambiente, la de Panamá en 1972, la de Grecia en 1975 y la de España en 1978.

Su reconocimiento e incorporación como derecho de rango constitucional, tuvo lugar luego de discusiones entre los integrantes de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, creada en octubre de 1973 y redactora del anteproyecto respectivo. Fue el comisionado Sergio Díez quien muy tempranamente formuló la idea de proteger en el futuro texto constitucional el derecho a la vida, estableciendo para ello normas que evitaran la contaminación del medio ambiente (Sesión N° 18, C.E.N.C, 22.11.1973). Argumentaba aquél, en defensa de su incorporación, *“que un ambiente sano es un derecho de todos los hombres”*, según se lee en el acta de la referida sesión.

Posteriormente, el comisionado Enrique Evans, redactó la indicación (Sesión N° 186, C.E.N.C, de 09.05.1976) en virtud de la cual, se positivizaría tal derecho, primero en el texto del Acta Constitucional N°3 y, posteriormente, en la Constitución Política de 1980. La Comisión tuvo presente además, el Informe Final de la Comisión Nacional de Investigación Científica y Tecnológica (CONICYT) titulado *“Ideas básicas sobre protección constitucional y legal del medio ambiente y los recursos naturales”*, cuyos conceptos resultan bastante avanzados para la época en nuestro país y denotan una importante capacidad de previsión y conciencia medio ambiental. El informe entregaba los siguientes conceptos:

- a. Que la soberanía nacional no sólo se ejerce cuando se cautela el ámbito territorial o patrimonio geográfico, sino también, al proteger el medio ambiente y los recursos naturales;
- b. Que el medio ambiente y los recursos naturales son patrimonio de todos los habitantes actuales y futuros de la nación;
- c. Que el Estado aparece como la única organización revestida de autoridad y poder suficientes para cautelar la preservación y enriquecimiento de ese patrimonio. De aquí que deba asumir como función propia la protección del medio ambiente y los recursos naturales, lo cual puede alcanzarse mediante la consagración de dicha función en su Carta Fundamental y mediante la dictación de normas jurídicas que den origen a mecanismos de preservación y a la educación ciudadana;
- d. Que el hecho de que el medio ambiente y los recursos naturales constituyan un patrimonio común, del cual reportan beneficio todas las personas naturales o jurídicas, es el fundamento de obligaciones correlativas. Estas obligaciones involucran colaborar con el Estado en la conservación del patrimonio común,

soportar cargas tales como ciertas restricciones a las garantías individuales, y responder por los daños que se causen, restableciendo las cosas de su estado anterior e indemnizando a la comunidad el valor del perjuicio social que se ocasione por el uso, agotamiento o deterioro;

- e. Que el Estado, por su parte, debe prevenir la ocurrencia de actos que menoscaben el medio ambiente y los recursos naturales, creando una conciencia nacional de responsabilidad hacia dicho patrimonio común, mediante programas educativos apropiados, y
- f. Que debe asegurarse la existencia de organismos técnicos dotados de imperio, independencia y autonomía suficiente para adoptar decisiones sobre los problemas relacionados con la protección del medio ambiente y los recursos naturales y abrirse a la acción publicada la iniciativa para impetrar dicha protección.

El texto final del artículo consagratorio del derecho constitucional quedó redactado en los siguientes términos:

“El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Es deber del Estado velar porque ese derecho no sea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza.

La Ley podrá establecer restricciones específicas al ejercicio de algunos derechos o libertades para proteger el medio ambiente.

El texto del número 18 del artículo 1º del Acta Constitucional N° 3 agregaba un último inciso que disponía:

“La integridad territorial de Chile comprende la de su patrimonio ambiental”.

Sin embargo, este inciso fue eliminado en la revisión que el Consejo de Estado hiciera del anteproyecto del texto de la Constitución Política¹.

Asimismo, cabe hacer presente que, en su primera formulación, en la referida Acta Constitucional, este derecho no se contemplaba entre aquellos amparables por la vía del recurso de protección, lo que, sin embargo, vino a modificarse en la Constitución Política, estableciéndose en el inciso segundo del artículo 20 una modalidad especial de tal acción constitucional.

Debe señalarse además, para ilustrar sobre el desarrollo del concepto de medio ambiente en el ordenamiento jurídico nacional, que éste fue definido en 1994 por el legislador en el artículo 2º de la Ley sobre Bases Generales del Medio Ambiente, como *“el sistema global constituido por elementos naturales y artificiales de naturaleza física, química o biológica, socioculturales y sus interacciones, en permanente modificación por la acción humana o natural y que rige y condiciona la existencia y desarrollo de la*

¹ ARANCIBIA, JAIME, BRAHM, ENRIQUE, IRARRÁZABAL, ANDRÉS (Editores), Actas del Consejo de Estado (1976-1990), Ediciones Centro de Estudios Bicentenario, Tomo I y II, 2008.

vida en sus múltiples manifestaciones” y, asimismo, precisó lo que se debe entender por medio ambiente libre de contaminación, como “*aquél en el que los contaminantes se encuentran en concentraciones y períodos inferiores a aquéllos susceptibles de constituir un riesgo a la salud de las personas, a la calidad de vida de la población, a la preservación de la naturaleza o a la conservación del patrimonio ambiental*”. Con todo, es conveniente advertir que estos conceptos no se encuentran contenidos en una ley interpretativa de la Constitución, sino en una ley común, a pesar de que se señala en el artículo 1º de este precepto legal que el derecho constitucional a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, la protección del medio ambiente, la preservación de la naturaleza y la conservación del patrimonio ambiental se regularán por las disposiciones de dicha ley.

III. Definición de la naturaleza del derecho al medio ambiente consagrado constitucionalmente.

Por cierto, debe destacarse que en nuestro ordenamiento constitucional el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, se ha entendido en general como un derecho y una garantía complementaria al derecho a la vida, de la misma forma que al derecho a la protección de la salud.

Para los efectos de analizar la naturaleza de este derecho, es posible considerar los sujetos activos y pasivos del mismo, es decir, tanto los titulares de su ejercicio como quienes se encuentran obligados a respetarlo o a cautelarlo; así como precisar su contenido esencial. Este último no deriva exclusivamente de la intención expresa o tácita del constituyente, sino, además, del intérprete de la norma, el juez ordinario o el constitucional y, aun, de la misma doctrina.

Describiendo el derecho en cuestión, se puede decir, en primer lugar, que tiene una naturaleza propia de aquellos denominados derechos humanos, entendidos éstos como “*aquellas facultades que en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, que deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional*”². Si se considera la primera proclama relativa a la aspiración a un medio ambiente libre de contaminación contenido en la Declaración de Estocolmo, entonces, es posible concordar que el derecho que se analiza, constituye originalmente, una pretensión y un valor universal que exige por razones humanitarias, un reconocimiento expreso en las decisiones políticas fundamentales de cada Estado. En el fondo, estamos frente a un patrimonio mundial que debe ser salvaguardado en función de la sobrevivencia de las generaciones presentes y futuras y, por lo tanto, tal dimensión de pretensión moral universal le da el carácter indiscutible de derecho humano o del hombre. En este sentido puede afirmarse de acuerdo a una

² PÉREZ LUÑO, ANTONIO-ENRIQUE, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Editorial Tecnos. 2005, p. 51.

parte de la doctrina que los derechos humanos tienen una doble dimensión: ética y jurídica, lo que puede traducirse en la fórmula: valores positivizados .

En segundo lugar, se ha expresado que el derecho a un medio ambiente libre de contaminación, como se encuentra reconocido en la Constitución Política de 1980, tendría las características de una garantía individual, es decir, sería un derecho subjetivo, pues corresponde o es reconocido a toda persona natural y en tal sentido su ejercicio se traduciría jurídicamente en una facultad o potestad de hacer o de dar. Sin embargo, se podría decir que más que una facultad de hacer, correspondería a un disfrutar o incluso, en cuanto límite frente a los derechos de terceros, podría configurarse como un no hacer.

Esta dimensión individual del derecho se ha fundamentado expresando que su contenido *“es sustancialmente la facultad o un haz de facultades, de hacer o de disfrutar algo con libertad, exenta de interferencias o perturbaciones. Y la obligación correlativa al derecho, que pesa o recae sobre toda persona o autoridad, es una obligación de no hacer consistente en el deber de abstenerse de comportamientos lesivos al derecho que se garantiza, obligación que se incumple si los obligados actúan impidiendo o dificultando el legítimo ejercicio del derecho”*³.

Coincide con lo anteriormente expresado, la conclusión a la que arriba el ex comisionado Evans: *“El derecho a vivir en un ambiente libre de contaminación es un derecho específico para las personas naturales, para los seres humanos, consecuencia del derecho a la vida, a la integridad física y psíquica y del derecho a la salud. Por consiguiente, no es un precepto de carácter económico, sino el reconocimiento de un derecho humano y no beneficia a las personas jurídicas, sino sólo a las personas naturales”*⁴. Precisa el mismo autor, que *“ el que no sea preceptiva de naturaleza económica aparece claro luego que la C.E.N.C. desechara el proyecto mucho más amplio y complejo de CONICYT y resolviera reducir sus términos a la sola garantía de vivir en un medio ambiente no contaminado (...) esta garantía constitucional cautela el bien jurídico de vivir en un medio ambiente libre de contaminación y no alcanza, por tanto, a otros valores ecológicos y de preservación o conservación del patrimonio natural o cultural. La tutela jurídica de la naturaleza es un encargo al Estado, pero no adquiere, en el texto constitucional, caracteres de un derecho reconocido o asegurado a los seres humanos. En consecuencia, la Constitución no pretende, por imposible, como quedó constancia en el debate transcrito, la existencia de un medio ambiente incontaminado, puro, limpio; lo que asegura es el derecho a un medio en que se esté produciendo un proceso de limpieza y purificación del ambiente en que viven las personas.*

Para contrastar el sentido del derecho ambiental que más adelante veremos en este artículo, es decir, la perspectiva actual o futura del mismo, entendido como deber de

³ BERTELSEN REPETTO, RAÚL, “El recurso de protección y el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Examen de quince años de jurisprudencia”, en Revista Chilena de Derecho, Vol. 25 N° I, 1998, p. 140.

⁴ EVANS DE LA CUADRA, ENRIQUE, *Los derechos constitucionales*, Editorial Jurídica de Chile, Tomo II, 2004, p. 311.

protección de la naturaleza, conviene tener presente la concepción restringida y antropocéntrica del derecho que según este comisionado se consagraba en la Constitución Política. Así señala que “(...) además, la Constitución no pretende cautelar en forma concreta otros bienes jurídicos, como las bellezas naturales, el paisaje, la intangibilidad y preservación de los recursos que la naturaleza pone a disposición de los hombres, las aguas, los bosques o la defensa de una política ecológica determinada. Estos son elementos de la vida social que pueden ser protegidos por textos legales en que se cumpla el encargo hecho al Estado de tutelar la preservación de la naturaleza”⁵.

A similar conclusión, pero con algunas distinciones, arriba Bermúdez, para quien “si el constituyente estableció un derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación lo hizo como un derecho subjetivo-constitucional autónomo, distinto y con esferas de protección diversa a las que brindan otros derechos, tales como el derecho a la vida, la integridad física y la salud”⁶. Para este autor, ambos derechos no son asimilables.

Lo anteriormente señalado, debe comprenderse bajo la óptica y la lógica privatista de los derechos subjetivos, es decir, como manifestación de una voluntad individual en torno a un interés jurídicamente protegido, en este caso, un medio ambiente libre de contaminación para goce o disfrute de las personas.

Sin embargo, este mismo derecho, en la doctrina nacional también se le considera como un derecho social, pero, de aquellos nacidos en la tercera generación de derechos fundamentales, durante la segunda mitad del siglo XX. Para algunos autores, esta naturaleza social y económica del derecho “fundamenta los deberes del Estado de velar porque el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación no sea afectado y de tutelar la preservación de la naturaleza, como asimismo sienta las bases para la legislación protectora del medio ambiente”⁷. De este modo, el carácter social y económico de este derecho derivaría de la necesidad de una acción estatal, de su obligación y deber de implementar una política dispuesta por la Constitución.

Como se sabe, los derechos sociales y económicos, se han considerado, por una parte de la teoría constitucional, como prestaciones y no facultades o potestades de los individuos que los habiliten para exigir su cumplimiento. Por esta condición, quienes sostienen tal posición, en general suelen considerar que aquellos no son derechos propiamente tales, pues, por un lado no derivarían directamente de la propia naturaleza humana, más aún, se dice que no serían humanos o del hombre, sino, de una condición circunstancial de este y, además, se afirma que su ejercicio solo depende de la capacidad económica de los Estados, de una decisión política y de una acción positiva de éstos de carácter prestacional.

Contra la opinión de esta parte de la teoría constitucional, están quienes consideran que muchos de los derechos sociales y económicos, son derechos humanos y funda-

⁵ Ibidem, p. 312.

⁶ BERMÚDEZ SOTO, JORGE, “El derecho a vivir en un ambiente libre de contaminación”, en Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso, XXI, 2000, p. 25.

⁷ BERTELSEN REPETTO, op. cit., p. 142.

mentales, pues derivan de una pretensión universal de hacer efectiva la dignidad, la igualdad y la libertad de las personas y se encuentran reconocidos constitucionalmente. Se discute por este lado, que los argumentos que niegan la calidad de derechos a éstos son inconsistentes, pues, el hecho que no sean justiciables o exigibles judicialmente, o que dependan del nivel de desarrollo de los Estados, corresponde a un déficit de garantías del propio sistema constitucional, a una decisión política del constituyente y no a una condición intrínseca. Respecto de su dependencia del financiamiento estatal, puede decirse que no hay derecho que no dependa de éste y que no tenga un costo. Incluso la libertad y la seguridad individuales, requieren de ingentes recursos económicos para su debida garantía y protección. Por lo demás, desde que la Constitución obliga a su cumplimiento a todos los integrantes de los órganos estatales y a toda persona e institución privada y también dispone que las normas jurídicas deben conformarse a ella, no puede ser sostenible la perspectiva de que estos derechos corresponden a una intención programática del constituyente, como meros enunciados ideales o aspiraciones.

Con todo, es preciso recordar que los derechos consagrados en la Constitución Política, son reconocidos a todas las personas y, asimismo, el autor de la Constitución no hace una distinción de jerarquía entre unos derechos y otros (como ocurre en la Constitución española), salvo al momento de otorgarles amparo o garantizarlos en su ejercicio y cumplimiento mediante el recurso de protección en el artículo 20, en una redacción o consideración que más que discrecional, en función de su naturaleza individual o social, resulta discriminatoria y arbitraria.

En fin, de acuerdo a lo expresado precedentemente, el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, en su actual consagración constitucional, es visto como un derecho vinculado a la vida de la persona. En este sentido, Bermúdez precisa que *“lo que se consagra en el artículo 19 N° 8 no es el derecho a un medio ambiente incontaminado, sino el derecho a vivir en él. Lo que con ello se pone de relieve es que el derecho tiene un contenido netamente antropocéntrico, sus titulares son los hombres y mujeres (“todas las personas” dice el artículo 19 en su encabezamiento)”*⁸ y más adelante agrega, precisando que ese medio ambiente se refiere al *“entorno adyacente del titular del derecho”*.

Sin perjuicio de lo señalado precedentemente, es posible afirmar en la actualidad y a la luz de la legislación ambiental y de la jurisprudencia de los últimos años, que su naturaleza es la de una garantía social, económica y cultural, en cuanto se relaciona con el deber de proteger un ambiente común, un patrimonio natural vital y de bienestar no sólo para los individuos, sino, de toda la comunidad nacional y, hoy día, frente a un mayor desarrollo de la conciencia ante los riesgos y desafíos de la crisis ecológica global, se comienza a comprender en una dimensión de alcance mundial o planetaria. Es preciso destacar lo valioso del aporte de la interpretación del legislador de la Ley N°

⁸ BERMÚDEZ SOTO, op.cit., p. 10.

⁹ Ibidem., p. 17.

19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente, pues amplió este concepto más allá del entorno adyacente de las personas y la salud individual, extendiéndolo a la calidad de vida de la población y los elementos socioculturales. La jurisprudencia de nuestros tribunales en los últimos diez años, ha venido interpretando en este sentido el derecho constitucional y asume decididamente la protección del medio ambiente.

IV. Teorías sobre el derecho al medio ambiente o sobre los derechos de la naturaleza.

Hay en la actualidad en el ámbito del derecho público, tanto en las ramas del constitucional como del administrativo, tendencias que se centran principalmente en el derecho ambiental y más precisamente en su consideración hacia el medio ambiente y la ecología o la naturaleza en sí mismas. Y cabe advertir que esto no ha quedado en la pura teoría, pues como se verá más adelante, ya se encuentran textos constitucionales que contienen disposiciones en tal sentido.

Sin perjuicio de concordar en que *“hacer una predicción de cuáles van a ser las tendencias futuras de estructuración técnico-jurídica del Derecho ambiental quizá sea algo aventurado”*¹⁰, ello no obsta a exponerlas a fin de ilustrar cuál de las múltiples teorías están gravitando en el análisis de esta rama del derecho y pueden llegar a liderar el desarrollo académico y a influir en el ámbito de las políticas públicas medioambientales.

Con todo y sin riesgo a aventurar, se puede expresar que el derecho al medio ambiente o la garantía de vivir en un medio ambiente libre de contaminación, ya no es visto en la actualidad, solamente como un derecho individual en función del derecho a la vida humana, ni siquiera como un derecho social a la calidad de vida de la sociedad misma.

En los últimos años, en el contexto de la crisis ambiental mundial, el medio ambiente considerado tradicionalmente como un entorno de desarrollo de los hombres y pueblos, al cual se recurre para su disfrute y explotación, ha pasado a concebirse como un bien común o un patrimonio universal, como un bien jurídico y metajurídico, el cual debe ser respetado y protegido más allá de las fronteras nacionales.

¹⁰ JORDANO FRAGA, JESÚS, “El futuro del derecho ambiental”, en Medio Ambiente y Derecho, revista electrónica de derecho ambiental, http://huespedes.cica.es/gimadus/24/01_el_futuro_del_derecho_medioambiental.html. Señala este autor que *“El mundo de las tendencias es especialmente complejo. En el Derecho ambiental los cambios se están produciendo a tal velocidad que posiblemente sólo hacen ver al observador una foto fija de lo que ocurre. El Derecho ambiental como Derecho especialmente apegado a la realidad planetaria está poderosamente influido por el hecho social, económico, tecnológico y cultural. Podemos hablar de tendencias internas y externas (globalización e integración en ámbitos supranacionales como la U.E. del Derecho Ambiental, que ya está provocando un auténtico surgimiento de un verdadero ius commune ambiental (Seerden); de tendencias estructurales del propio Derecho ambiental (la constitucionalización, codificación, globalización, desregulación, etc.); técnicas (de técnica jurídica, de organización administrativa), etc. Debe advertirse que las tendencias en Derecho ambiental son especialmente complejas”*.

Fuera del ámbito estrictamente jurídico, existen visiones que valoran el medio ambiente y la naturaleza en particular, dotándola de una auténtica entidad o personalidad autónoma e incluso superior a la vida humana, muchas veces en perspectivas organicistas u holísticas, donde la primera constituye el todo y la última una parte de la misma¹¹. En efecto, podemos encontrar estas visiones desde la filosofía moral y social, en mismo ecologismo en sus diversas vertientes, dentro de las doctrinas religiosas o en la filosofía del derecho. Así se expresa, que *“varias son las corrientes o estrategias con las que se pretende restituir la dignidad a la naturaleza y, por consiguiente, reconocerle valores y derechos: el retorno a la metafísica –H. Jonas–, tomando como punto de partida la filosofía de la biología (la teología como soporte de una axiología inmanente de la que derivan deberes y responsabilidades para el hombre respecto a la naturaleza); la cosmología organológica –Lovelock, Meyer, Deep Ecology–, la mística de la naturaleza (la naturaleza como organismo viviente en desarrollo, conforme a leyes y principios vitales inmanentes al mismo); el camino de las creencias religiosas –Auer– Judaísmo, Cristianismo y Mahometanismo– (la naturaleza dotada de una normatividad de origen divino, fundamento de la ética medioambiental); la racionalidad lógico-formal de las normas –Singer, Rawls, Habermas– (la ética medioambiental sometida a los mismos procedimientos que otras éticas a la hora de fundamentar o legitimar normas morales); el respeto a la vida como valor supremo, ya inspirado en cosmovisiones asiáticas o en conocimientos biológicos (como fuente de obligación y fundamento del deber moral)”*¹².

Asimismo, están aquellas teorías jurídicas que apuntan a considerar al medio ambiente no sólo como aquel bien protegido, sino, que lo autonomiza respecto del ser humano y le otorga una entidad propia y lo considera como un ser viviente distinto o al menos omnicomprendido de aquel. En este caso no se habla ya de un derecho del hombre, sino, del derecho del medio ambiente o del sistema ecológico o de la naturaleza misma, como un nuevo sujeto titular de derechos.

El medio ambiente y la naturaleza, entonces, aparecen como un objeto y un sujeto a la vez, con identidad y vida propias, no simple recurso útil para el servicio y bienestar de los hombres, por lo que exigiría de los Estados y de las propias personas, un respeto y una acción concretas en su favor, con el fin de preservarla. Así, desde un enfoque propiamente jurídico, cabe destacar la propuesta del jurista francés François Ost, de establecer a favor de la naturaleza o al medio ambiente un *“Estatuto jurídico de patrimonio común de la humanidad”*¹³, es decir, concebir aquellos como

¹¹ Al respecto cabe preguntarse si un sujeto de derechos sólo pueda ejercer derechos y no contraer obligaciones, o sea, sólo sea objeto de protección. Sin embargo, debe tenerse presente que existen personas que son incapaces absolutas o relativas y aún cuando no pueden contraer obligaciones sí son sujetos de derechos. En fin, cabe también considerar si esta perspectiva no importa una idolatría del medio ambiente o de la naturaleza en sí misma, otorgándole un status ontológico especial y dotándola prácticamente de una personalidad.

¹² GARCÍA GÓMEZ-HERAS, JOSÉ MARÍA, “Dignidad de la naturaleza y tipos de racionalidad”. En GARCÍA GÓMEZ-HERAS, JOSÉ MARÍA (coord.), *La Dignidad de la Naturaleza. Ensayos sobre ética y filosofía del Medio Ambiente*. Comarés-Ecorama. Granada, 2000.

¹³ OST, FRANÇOIS, *Naturaleza y Derecho. Para un debate ecológico en profundidad*, Ediciones Mensajero, Bilbao, 1996.

bienes comunes ambientales, asumiendo una posición crítica ante la apropiación como cosa de la naturaleza propiamente tal y su posterior mercantilización, todo lo cual comenzó –según Ost– con la visión moderna de ciencia y luego siguió con la economía capitalista y el derecho que concibió a la propiedad como una garantía absoluta del individuo aislado.

También se habla de “*derechos de la naturaleza*” desde posiciones naturalistas como aquella que propone la creación de una comunidad jurídica natural, en consideración a la pertenencia común de animales y humanos al mundo de la naturaleza. En esta tesis, se encuentran pensadores como el filósofo Peter Singer y su “*Liberación animal*”, el juez Christopher Stone y la protección judicial de los árboles, el jurista suizo Jörg Leimbacher y los derechos de la naturaleza, sin dejar de mencionar a un pionero nacional en estas tesis como Godofredo Stutzin que pretendía el reconocimiento de la naturaleza como persona jurídica o sujeto de derechos¹⁴. Luego se encuentran quienes lo relacionan con el derecho natural y afirman que “*los ecosistemas, subsisten independientemente de la creatividad y de la voluntad humana. Por este motivo los hombres no pueden crearlos ni mucho menos poseerlo*”¹⁵. Por otra parte se encuentra la visión de reconocimiento de una cuasi personalidad a la naturaleza, que parte desde la crítica a la relación binaria persona-cosa, como causante de la propietarización y destrucción de aquella y concluye calificándola en una categoría mixta.

Al objetivarse el medio ambiente y comprenderlo como dotado de determinados atributos que son considerados valiosos y protegidos por el derecho internacional y nacional, se nos presenta entonces, en primer lugar, como un bien jurídicamente protegido y, luego, como un sujeto de derecho según algunas teorías jurídicas hoy día en boga. Ello se hace más evidente cuando se tipifica el denominado daño al medio ambiente, que puede no corresponder a un daño a los individuos derivado de una acción contaminante, sino, directa y aisladamente considerado un atentado al ambiente.

Esta objetivación y subjetivación del medio ambiente como bien jurídico autónomo de la existencia humana, obviamente que presenta problemas para la comprensión desde el ámbito del derecho, que hasta ahora sólo concibe a las personas humanas como sujetos de derechos (a pesar de los recientes intentos de reconocimiento de derechos a los animales, especialmente a los perros y a los simios o incluso de la plantas y árboles) y al derecho mismo como medio de regulación de las relaciones interpersonales.

¹⁴ STUTZIN, GODOFREDO, “Un imperativo ecológico: reconocer los derechos de la naturaleza”, en *Revista Ambiente y Desarrollo*. Vol. 1. N° 1, 1984. También “*La Naturaleza de los Derechos y los Derechos de la Naturaleza*”, trabajo presentado en el Primer Congreso Nacional de Derecho del Entorno, celebrado en la Universidad Católica de Valparaíso en agosto de 1977, y publicado en la revista *Atenea*, 2° semestre de 1978.

¹⁵ SITTE-LIVER, BEAT, citado por BONDOLFI, ALBERTO en “Ética del ambiente natural, derecho y políticas ambientales: Tentativa de un balance y de perspectivas para el futuro”, en *Acta Bioethica* 2001, año VII, N° 2, editado por el Centro Interdisciplinario de Estudios en Bioética de la Universidad de Chile, pp. 305-307.

V. Constitucionalismo medioambiental

Desde el constitucionalismo o la teoría constitucional, es posible observar distintos enfoques, como aquellos que definen el ámbito del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación en los límites de los derechos de las personas, de su vida y su salud, es decir, lo que se ha denominado como un alcance de naturaleza antropocéntrico. En este sentido, el medio ambiente es considerado como el entorno de desarrollo del ser humano y es funcional a éste y, por lo tanto, en ello radica su valor y su necesaria protección como bien jurídico. Esta posición más convencional o fiel al sentido original del derecho mismo, sigue siendo actualmente mayoritaria.

La relevancia adquirida por el medio ambiente y la percepción de riesgo de las sociedades ante la crisis medio ambiental, ha llevado principalmente al derecho público y administrativo a nuevas y diversas conceptualizaciones, tales como: “Estado Ambiental”, “Estado de precaución medioambiental” o un “Estado constitucional ecológico”, así como “Estado medioambiental de Derecho”¹⁶. Respecto de esta última fórmula, Jordano Fraga ha señalado que *“Afirmar el Estado ambiental de Derecho no es una opción inocente. Hoy se habla del Estado ambiental (Lettera) como fórmula superadora constitucional (después del Estado de Derecho y del Estado Social) para significar que la preocupación ambiental es la determinante en la forma de Estado de nuestros días. Afirmar el Estado ambiental de Derecho (Montoro Chiner) no es sólo una apuesta ideológica sino que supone sobre todo importantes consecuencias prácticas. Destacamos dos: La juridificación de los conflictos ambientales y la afirmación del principio de legalidad ambiental”*¹⁷. Respecto de la juridificación se explica que los conflictos medio ambientales son resueltos por el derecho en general, debiendo precisarse que no sólo es de acuerdo a las reglas del derecho, sino, muchas veces, judicialmente. En cuanto al principio de legalidad, Jordano Fraga explica que el imperio de la ley ambiental importa que las decisiones de la Administración son controlables, es decir, la discrecionalidad se limita y se exige fundamentación o justificación rigurosa. Como se puede apreciar, en ambas consecuencias, surge la necesidad actual de una justicia ambiental.

Desde la existencia del Convenio de Aarhus¹⁸, suscrito por casi todos los países europeos, el derecho ambiental se ha visto complementado por los denominados derechos procedimentales, tales como el derecho al acceso y la difusión a la información medio ambiental; el derecho a participar en los procesos de toma de decisiones como planes, programas y políticas públicas en materia ambiental; y, el derecho al acceso a la justicia ambiental con el fin de impugnar actos que contravengan estos derechos o al ordena-

¹⁶ MONTORO CHINER, MARÍA JESUS, “El Estado ambiental de derecho. Bases constitucionales”, en Sosa Wagner, Francisco (Ed.) *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al Profesor Ramón Martín Mateo*, tomo III, Editorial Tirant lo Blanch, 2000, pp 3437 a 3465; KLOEPFER, M., *Umweltstaat als Zukunft*, Economica, 1994.

¹⁷ JORDANO FRAGA, JESÚS, “El Derecho ambiental del siglo XXI”, en Medio Ambiente y Derecho, revista electrónica de derecho ambiental, http://huespedes.cica.es/gimadus/09/dcho_amb2_XXI.htm

¹⁸ El Convenio Aarhus, nació en el seno de la Conferencia Ministerial sobre Medio Ambiente para Europa, desarrollada en Dinamarca en 1998, por la Comisión Económica para Europa de la ONU.

miento jurídico ambiental. Este Convenio ha dado impulso a la dictación de diversas normas comunes a los Estados miembros de la UE, pues esta adhirió a él, el año 2005.

Se ha planteado en diversos textos una crítica a esta teoría constitucional medioambiental o decididamente de signo ecologista. Así, por ejemplo, el filósofo del derecho alemán, Wolf Paul, desde una postura pesimista, hacia los años 80 del siglo pasado, calificó al derecho ambiental o ecológico, como un derecho simbólico por tratarse de un sistema jurídico ineficaz, con normas que parecían armas sin municiones, un tigre de papel que deja impune a quienes lo trasgreden¹⁹ y denunciaba que una “irresponsabilidad organizada” respecto de este derecho.

Respecto de la críticas y en especial sobre la perspectiva pesimista de Paul, el jurista español Pérez Luño²⁰, considera que las denuncias en contra del “derecho ecológico” o de un “constitucionalismo medioambiental”, por su insuficiencia como garantía y su utopismo, no deben “conducir a la errónea confusión de su irrelevancia. Los medios jurídicos tendentes a la regulación y la tutela ambiental no son los únicos, ni siquiera son suficientes para responder a las agresiones y retos que en este sector se producen. No obstante, la batalla por el equilibrio ecológico no puede concebirse al margen del derecho. Por eso, de lo que se trata es de depurar la calidad técnica y la eficacia social de las normas del Derecho ecológico, antes que aceptar la fatalidad de su ineficacia y contribuir, a través del pesimismo, a su abolición”. Agrega el mismo autor, “que en este ámbito como en cualquier otro es desaconsejable la confusión del ser con el deber ser, de la realidad con el deseo. Admitida esta premisa metodológica, no existe obstáculo para valorar el carácter deontológico y futurista de algunas normas ecológicas, cuya significación prospectiva no debe ser infravalorada. Por eso, entiendo que la crítica a la función simbólica e ideológica que, en determinados contextos, puede avanzarse contra el derecho ecológico, no debe significar la impugnación del carácter utópico que es inherente a esta como a otras ramas novedosas del derecho y que contribuyen a establecer un horizonte a alcanzar. Esa dimensión utópica estimula a los poderes públicos y sirve de acicate a la opinión pública para el logro de aquellas metas todavía no alcanzadas y que contrastan con las realidades que se desea superar”.

Termina manifestando el autor citado: “...incumbe al Derecho ecológico la difusión de un nuevo paradigma en el que la geografía de la cultura jurídica en un universo plural y multicultural corresponda a la cultura jurídica del ambiente, entendida como la proyección y promoción de los valores éticos jurídicos y políticos en la conformación del medio natural... Por ello la gran tarea actual del paradigma jurídico ecológico consiste en reformular el adagio latino en los siguientes términos: hágase la justicia medioambiental, para que no perezca el mundo”²¹.

¹⁹ En PÉREZ LUÑO, ANTONIO-ENRIQUE, *Nuevos Retos del Estado Constitucional: Valores, derechos, garantías*, Universidad de Alcalá, 2010, pp 68-72.

²⁰ *Ibidem.*, p. 68

²¹ *Ibidem.*, p. 372

VI. Ejemplos de Constituciones

Las Constituciones más actuales, como la de Finlandia, junto con reconocer el derecho a un ambiente sano, disponen el derecho de las personas de participar en las decisiones medio ambientales, y comprenden que la naturaleza, la biodiversidad y el medio ambiente en general, son una responsabilidad de todos los ordenamientos constitucionales definiendo la garantía del medio ambiente en términos de deberes. Así, por ejemplo, las constituciones de Polonia, Estonia o Rumania incorporan expresamente el deber de protección del medio ambiente, disponiendo cada una de ellas, respectivamente, de “*velar por la calidad del medio ambiente y serán responsables por su causar su degradación*”, o el “*deber de preservar el entorno natural y humano y de indemnizar por los daños causados al medio ambiente*”, así como “*las personas físicas o jurídicas tienen el deber de proteger y mejorar el medio ambiente*”.

Ya lo había hecho antes la Constitución de Alemania, el año 1994, incorporando mediante una ley de reforma el artículo 20a, que bajo el título “*Fundamento de la protección de la vida y de los animales*”, fundada en los principios ambientales de sostenibilidad y precaución, declara lo siguiente: “*El Estado protegerá, teniendo en cuenta también su responsabilidad con las generaciones futuras, dentro del marco del orden constitucional, los fundamentos naturales de la vida y los animales a través de la legislación y, de acuerdo con la ley y el Derecho, por medio de los poderes ejecutivo y judicial*”. Se ha señalado al respecto que esta modificación obedece al concepto de “*Estado medioambiental o el Estado de la adopción de precauciones para el futuro*”. Así lo afirma Rainer Wahl, señalando que dado que “*los conceptos de medio ambiente, precaución y prevención fueron entendidos como expresión de funciones centrales del Estado en el último tercio del siglo XX... nada tiene de sorprendente que se modificase la Constitución para introducir en ella la protección del medio ambiente como función del Estado*”²². Cabe destacar que Alemania posee legislación con incidencia medio ambiental desde fines de los años 50 del siglo pasado y especializada y muy avanzada desde principios de los años 70, por lo que se considera que desde esa época “*rápidamente surgió el Derecho Ambiental en toda su envergadura. Alcanzó el estatus de campo específico del Derecho... Logró asentarse como ámbito del Derecho con un nivel de abstracción intermedio, ubicado entre el Derecho administrativo general y las leyes medioambientales concretas*”²³.

²² WAHL, RAINER, *Los últimos cincuenta años del Derecho administrativo alemán*, Editorial Marcial Pons, 2013, p. 101.

²³ WAHL, op.cit. p.94. Este autor, trata en esta interesante y necesaria obra, de puesta en conocimiento de la evolución del derecho administrativo en general, la emergencia del derecho ambiental y la protección del medio ambiente en Alemania. Destaca que la idea central del Derecho ambiental radica en el principio de precaución que se plasma en el derecho positivo, como principio rector del derecho positivo y en la teoría del Estado y la sociedad lo que denomina la “*impronta constitucional del Derecho medioambiental expresando que éste se manifiesta en la “condición bifronte del Derecho público como Derecho administrativo y Derecho constitucional...Lo que en el Derecho medioambiental hay de Derecho constitucional ha evolucionado, incluso, hasta dar lugar a un Derecho constitucional medioambiental, dotado de cierta autonomía: una clara muestra de la importancia de la Constitución en el Derecho medioambiental. Los manuales dedican amplio espacio a ese Derecho constitucional sectorializado, como cabría denominarlo. Para ello centran su atención en la aplicación de los derechos fundamentales y los principios constitucionales en el Derecho*”

También la Constitución francesa de 1958 ha venido a hacerse eco reciente de esta tendencia. En efecto, aún cuando su texto no contiene un capítulo sobre los derechos fundamentales, hace reenvío a la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 y, en materia medio ambiental, agregará los deberes contemplados en la denominada Carta del Medio Ambiente de 2003, cuyo preámbulo es del siguiente tenor:

“Considerando:

Que los recursos y los equilibrios naturales han condicionado la emergencia de la humanidad.

Que el futuro y la propia existencia de la humanidad son indisociables de su medio natural.

Que el medio ambiente es patrimonio común de todos los seres humanos.

Que el hombre ejerce una creciente influencia en las condiciones de la vida y en su propia evolución.

Que la diversidad biológica, el desarrollo de la personalidad y el progreso de las sociedades humanas se ven afectados por ciertos modos de consumo o producción y por la explotación excesiva de los recursos naturales.

Que la preservación del medio ambiente debe perseguirse al igual que los demás intereses fundamentales de la Nación.

Que, con el fin de garantizar un desarrollo sostenible, las opciones adoptadas para responder a las necesidades del presente no deben comprometer la capacidad de las generaciones futuras y de los demás pueblos para satisfacer sus propias necesidades.”

Por nuestra región sudamericana, la Constitución de la República del Ecuador de 2008, ha asumido claramente una visión ecológica y de subjetivación del medio ambiente, reconociéndolo expresamente en su Preámbulo, el cual reza así:

“Celebrando a la naturaleza, la Pacha Mama, de la que somos parte y que es vital para nuestra existencia (...)

“Decidimos construir

Una nueva forma de convivencia ciudadana, en diversidad y armonía con la naturaleza, para alcanzar el buen vivir, el sumak kawsay”.

ambiental, por un lado; y, por otro, en los contenidos específicamente medioambientales del Derecho constitucional, como el artículo 20° de la GG (Grundgesetz o ley fundamental), que introdujo la nueva función medioambiental del Estado”. Respecto de este último aspecto, hace presente el autor la función de protección del medio ambiente como un deber constitucional.

Más adelante, en el capítulo VII de esta Constitución se reconocen los derechos de la naturaleza y a esta como titular de derechos en forma expresa. Para ilustrar el sentido ecologista de esta Constitución conviene reproducir la siguiente disposición:

“Artículo 71. La naturaleza o Pachamama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos.

Toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá exigir a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la naturaleza. Para aplicar e interpretar estos derechos se observarán los principios establecidos en la Constitución, en lo que proceda.

El Estado incentivará a las personas naturales y jurídicas, y a los colectivos, para que protejan la naturaleza, y promoverá el respeto a todos los elementos que forman un ecosistema”.

Del mismo modo, la Constitución de Bolivia establece diversas disposiciones relativas al medio ambiente. Entre ellas, el artículo 9, que señala como fin del Estado, entre otros:

“6. Promover y garantizar el aprovechamiento responsable y planificado de los recursos naturales, e impulsar su industrialización, a través del desarrollo y del fortalecimiento de la base productiva en sus diferentes dimensiones y niveles, así como la conservación del medio ambiente, para el bienestar de las generaciones actuales y futuras”.

Al reconocer y consagrar el derecho social y económico al Medio Ambiente, el mismo texto constitucional destaca la obligación estatal de protección y la subjetivación de la naturaleza, en los siguientes términos:

“Artículo 34. Cualquier persona, a título individual o en representación de una colectividad, está facultada para ejercitar las acciones legales en defensa del derecho al medio ambiente, sin perjuicio de la obligación de las instituciones públicas de actuar de oficio frente a los atentados contra el medio ambiente”.

Más adelante, en el Título sobre Medio Ambiente, Recursos Naturales, Tierra y Territorio, dispone:

“Artículo 342. Es deber del Estado y de la población conservar, proteger y aprovechar de manera sustentable los recursos naturales y la biodiversidad, así como mantener el equilibrio del medio ambiente”.

Asimismo, yendo más allá de la tradicional disposición de reconocimiento del derecho fundamental al medio ambiente sano, en este caso con expreso contenido social, la Constitución boliviana se adecúa a la tendencia deontológica de configurar un *deber de protección* respecto de los derechos humanos y fundamentales y establece en el Título III sobre Deberes, un precepto dirigido a los nacionales:

“Artículo 108, número 16. Proteger y defender un medio ambiente adecuado para el desarrollo de los seres vivos”.

Al respecto, Eugenio Zaffaroni afirma sobre la tendencia manifestada en estas dos Constituciones americanas que en ellas “*la Tierra asume la condición de sujeto de derechos, en forma expresa*”, añadiendo que “*de este modo el constitucionalismo andino dio el gran salto del ambientalismo a la ecología profunda, es decir, a un verdadero ecologismo constitucional. La invocación de la Pachamama va acompañada de la exigencia de su respecto, que se traduce en la regla básica ética del sumak kawsay, que es una expresión quechua que significa buen vivir o pleno vivir y cuyo contenido no es otra cosa que la ética –no la moral individual– que debe regir la acción del estado y conforme a la que también deben relacionarse las personas entre sí y en especial con la naturaleza (...) No se trata del tradicional bien común reducido o limitado a los humanos, sino del bien de todo lo viviente, incluyendo por supuesto a los humanos, entre los que exige complementariedad y equilibrio, no siendo alcanzable individualmente²⁴”.*

Al precisar el término ecologismo constitucional, Zaffaroni expresa: “*La ecología constitucional, en el marco de la concepción que proviene de nuestras culturas originarias, lejos de negar la dignidad humana la recupera de su camino perdido por el afán de dominación y acumulación indefinida de cosas*”. Aquel niega que esta tendencia sea “*romanticismo que idealice a las culturas originarias y al modo de vida de nuestros pueblos precolonizados. Nadie puede pretender negar la técnica, el uso de instrumentos, el beneficio de usar prudentemente de la naturaleza. No se trata de un sueño regresivo a la vida primitiva, sino de actuar con nuestra tecnología pero conforme a las pautas éticas originarias en su relación con todos los entes*”²⁵.

VII. El deber de protección ambiental

La idea de deber constitucional, especialmente en lo que se refiere al medio ambiente, aunque no es reciente, pues encuentra antecedentes en el derecho internacional (por ejemplo la Convención de Estocolmo o el Informe Brundtland, el cual destacaba la obligación tanto a favor de un medio ambiente habitable para las futuras generaciones como a un desarrollo sustentable), ha venido cobrando progresiva fuerza en el contexto de las teorías constitucionales que promueven un cambio de paradigma respecto de las garantías de los derechos fundamentales, considerando su contenido en término deontológicos, estos es, como deberes. En efecto, esta nueva mirada se da especialmente respecto de aquellos derechos calificados como insostenibles o débiles ante otros derechos, políticas públicas o como resulta más común, simplemente ante omisiones de la autoridad, como el propio derecho a vivir en un medio ambiente libre

²⁴ ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL, *La Pachamama y el Humano*, Ediciones Madres de Plaza de Mayo, 2011, p.111.

²⁵ ZAFFARONI, op. cit., pp. 127-128.

de contaminación o sano, en el sentido de transformarlo en un deber efectivo que obligue de forma concreta no sólo al Estado, sino a la propia comunidad, a respetarlo, pero más decididamente, a preservarlo y protegerlo.

Este enfoque o paradigma de los derechos, desde la perspectiva de los deberes, es explicado por Esteve en los siguientes términos: *“el derecho de uno supone el deber de otro. No pueden existir derechos sin deberes correlativos. El contenido de un derecho es el deber de otros de satisfacerlo. Lo inverso no es necesariamente cierto. Pueden existir deberes sin los correspondientes derechos. Es lo que ocurre con los animales y las generaciones futuras. Tenemos deberes respecto de ellos sin que ellos tengan derechos respecto a nosotros”*²⁶. En resumen, esta tesis establece que el contenido esencial de los derechos está conformado por los deberes que impone, no por el bien o valor tutelado, el cual muchas veces queda como una simple declaración lírica, expresión de buenas intenciones o manifestación programática del constituyente. Más aún, se puede decir, que los derechos deben ser necesariamente observados como deberes jurídicos.

Esta tesis o teoría apunta, en el fondo, a desvirtuar aquella crítica que corrientemente se hace a los derechos sociales, económicos o culturales –por contraste a los derechos o libertades subjetivas–, en cuanto a que, como normalmente carecen por sí mismos de obligaciones recíprocas o contraprestaciones naturales, es decir, de garantías y de potestades de cumplimiento, entonces no serían derechos propiamente tales, sin decir con honestidad, que la omisión voluntaria o involuntaria del constituyente o del legislador no puede servir de argumento para la descalificación de tales derechos como fundamentales. Se expresa que *“los deberes que integran el contenido de cada uno de los derechos son deberes de alguien: de los demás seres humanos de una sociedad y muy destacadamente de las instituciones materiales de esta”*²⁷. Lo que entonces se sostiene desde esta perspectiva, es que los derechos tienen un contenido de deberes, su consagración implica una obligación primero respecto de las instituciones públicas y luego de las personas e instituciones privadas. No puede consagrarse un derecho sin su correlato de deberes, pues ello importa una omisión inaceptable y es una irresponsabilidad de la autoridad, aún más, el solo reconocimiento de un derecho como fundamental necesariamente conlleva el reconocimiento implícito de la existencia de deberes.

En el contexto del derecho fundamental al medio ambiente, esta teoría cobra especial fuerza, primero, dada la realidad de precariedad de su cautela y, luego, frente al hecho insoslayable de la crisis ecológica mundial y su urgencia en revertirla con eficacia relativa de adoptarse con decisión medidas más eficientes. Para ello, desde una nueva gramática del derecho como deber y responsabilidad, se propone redefinir o precisar el principio de desarrollo sustentable, bajo dos premisas o ideas nucleares²⁸: 1) autolimitación, en-

²⁶ ESTEVE ARAUJO, JOSÉ A. (Editor), *El libro de los deberes. Las debilidades e insuficiencias de las estrategias de los derechos*, Editorial Trotta, 2013.

²⁷ CAPELLA, JUAN RAMÓN, *Derechos, deberes: la cuestión del método de análisis*, en *El libro de los deberes. Las debilidades e insuficiencias de las estrategias de los derechos*, Editorial Trotta, 2013, p. 46.

²⁸ MERCADO PACHECO, PEDRO, *Derechos Insostenibles*, en *El libro de los deberes. Las debilidades e insuficiencias de las estrategias de los derechos*, Editorial Trotta, 2013, pp 159 y sgtes.

tendida como no superación de carga del planeta, límite al mito del progreso indefinido y, 2) proyección a futuro, en cuanto asunción de una justicia intergeneracional, de solidaridad con las futuras generaciones y otras especies no humanas, con la finalidad de legarles una naturaleza sin riesgos. Se señala que la traducción jurídica de esta ideas requiere adoptar las siguientes transformaciones en la actual cultura jurídica: una nueva gramática de deberes; una responsabilidad prospectiva hacia los otros y la naturaleza; un estatuto jurídico de los bienes comunes ambientales como bienes fundamentales; y, el establecimiento de mayor participación en los procesos de decisión pública ambiental mediante derechos de información, participación y control.

En fin, existe una extensa teoría constitucional, especialmente en Europa y Alemania, así como una no menos importante doctrina jurisprudencial del mismo origen²⁹, que ha venido sustentando el principio de los deberes de protección iusfundamentales (*grundrechtliche Schutzpflichten*), lo que en gran medida da vigencia y validez a la tesis del derecho al medio ambiente comprendido como un *deber de protección* al mismo, permitiendo incluso una expansión en la interpretación del mismo. Esta interpretación ha partido desde el mismo texto de las constituciones y de las normas legales medio ambientales, para continuar por un camino de superación de la concepción clásica de los derechos fundamentales entendidos exclusivamente en clave de garantías subjetivas de neutralidad y abstención de intervención estatal, derivando en la comprensión de que el contenido de los derechos fundamentales importa un deber de protección por parte del Estado, también extensible a los particulares, en virtud del efecto *drittwirkung* o de vinculación entre terceros de las normas constitucionales. Así se afirma que “*sentado que no existe ni puede existir un derecho al medio ambiente, es posible constatar, por el contrario, que diversos bienes jurídico-fundamentales pueden verse afectados por las agresiones al entorno. Las obligaciones iusfundamentales que de un modo u otro comportan exigencias ecológicas pueden adoptar además, múltiples formas: La mas relevante de todas ellas es la llamada “obligación iusfundamental de protección”*”³⁰.

Por lo anterior, la perspectiva jurídica propiamente tal, de un derecho fundamental al medio ambiente libre de contaminación, podría visualizarse más bien como un deber de no contaminar o de descontaminar el medio ambiente. En tal sentido, la Constitución Política de 1980, aún cuando sigue la lógica de reconocimiento de derechos y, concretamente, en el inciso primero del numeral 8 del artículo 19 reconoce a las personas un derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación y *propietariza* a favor de ellas el entorno y la naturaleza, sin embargo, puede destacarse una perspectiva distinta en su inciso segundo, al disponer deberes para el Estado. En efecto, esta norma establece obligaciones consistentes primeramente en velar porque el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación no sea afectado y, luego, en tutelar la preservación de la naturaleza, lo que de algún modo nos permite

²⁹ Jurisprudencia del Tribunal Federal Constitucional alemán y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, TEDH.

³⁰ YARZA, FERNANDO SIMÓN, Medio ambiente y derechos fundamentales, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012, p. 373.

concebir la existencia de un sujeto que no es el individuo ni la sociedad la que reclama su protección, sino el medio ambiente por sí solo.

Para sintetizar, desde estas teorías resulta actualmente inconcebible un derecho subjetivo al medio ambiente, como si existiera un interés o pretensión individual para gozar del mismo, del mismo modo que resulta inaceptable el simple goce presente por parte de la comunidad, sin observarlo con responsabilidad prospectiva hacia las generaciones futuras. El nuevo paradigma que se impone, no es sólo un giro lingüístico, sino, un cambio en el contenido del derecho al medio ambiente, que se centra en la conservación y preservación de la naturaleza, concibiéndose además, como un deber constitucional de protección iusfundamental, que obliga a todos sin distinción.