

ROSATTI

HORACIO D. ROSATTI

Art. 41. 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;

FOTOCOPIADORA
C.E.D.

CARPETA: 521
FOLIO: 7 S/F D/F 41

DERECHO AMBIENTAL CONSTITUCIONAL

DERECHO AMBIENTAL CONSTITUCIONAL

El daño ambiental genera la obligación de repararlo, según lo establece la ley.
Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales.

Corresponde a la Nación dictar las normas que establezcan los presupuestos mínimos a seguir en las provincias, las necesarias para

RUBINZAL - CULZONI EDITORES



52100007



950-727-503-7

349.6(8)
ROS
83003

①

FMI



CENTRO DE ESTUDIANTES DE DERECHO



521 - 07

FMI



CENTRO DE ESTUDIANTES DE DERECHO

3

HORACIO D. ROSATTI

DERECHO
AMBIENTAL
CONSTITUCIONAL

FMM
CENTRO DE ESTUDIANTES DE DERECHO



COLABORADORES-COORDINADORES
-SIN CARGO-

521 - 07

RUBINZAL - CULZONI EDITORES

Talcahuano 442 - Tel. (011) 4373-0544 - C1013AAJ Buenos Aires
Salta 3464 - Tel. (0342) 455-5520 - S3000CMV Santa Fe

3

1.6(82)
ROS
3003



BIBLIOTECA

RUBINZAL - CULZONI EDITORES

de RUBINZAL Y ASOCIADOS S. A.

Talcahuano 442 - Tel. (011) 4373-0544 - C1013AAJ Buenos Aires

Queda hecho el depósito que dispone la ley 11.723

IMPRESO EN ARGENTINA



Dedico este libro a todos los niños del mundo, categoría dentro de la cual incluyo tanto a los menores de edad cuanto a los mayores de edad que tienen memoria.

A los menores de edad que transcurren su niñez, les dedico este libro por creer que los dragones existen; a los mayores que aún se acuerdan de su niñez, por creer que los dragones no existen ahora pero existieron en el pasado.

Dedico también este libro a los niños del futuro, para que hagan posible que los mayores de edad que no se acuerdan de su niñez vuelvan a creer en dragones.

COLABORADORES-COORDINADORES
-SIN CARGO-

PRÓLOGO

La relación entre medio ambiente y derecho ha sido tradicionalmente una relación "difícil", signada en gran medida por la incompreensión.

Desde la perspectiva científica (fundamentalmente la de las ciencias naturales), los estudios sobre medio ambiente —concentrados en el análisis técnico de sus componentes y en las posibles modalidades de su tutela— suelen no reparar en los instrumentos jurídicos disponibles para llevar sus conclusiones a la práctica. Podría decirse que, desde el ángulo de las ciencias naturales, suele subestimarse la "cuestión jurídica".

Desde la perspectiva estrictamente jurídica, los análisis sobre medio ambiente suelen no asumir íntegramente la complejidad que —en términos de comprensión del fenómeno— el tema ambiental plantea, desafiando los esquemas jurídicos clásicos (vgr.: derecho público-derecho privado, bienes muebles-bienes inmuebles y también, en el caso argentino, competencia nacional-competencias locales). Podría decirse que, desde el ángulo de la ciencia jurídica, suele subestimarse la complejidad del "factor ambiental".

Estas "incomprensiones" entre las ciencias naturales y la ciencia jurídica pueden explicar en parte (aunque de seguro no totalmente) la brecha que se cierne entre el discurso proteccionista y la realidad de su implementación jurídica.

La reforma constitucional de 1994 abrió caminos de comprensión entre medio ambiente y derecho; estableció criterios dogmáticos y programáticos y fijó prohibiciones explícitas. Como toda norma de su tipo, dejó abierta a la posteridad reglamentaria la implementación de este "nuevo trato".

521 - 07

El presente libro procura profundizar, a partir de las cláusulas constitucionales incorporadas en 1994, la línea de entendimiento entre protección ambiental y derecho en el contexto institucional argentino. Expresa el razonamiento y la convicción de quien ha visto el tema desde la docencia universitaria, el ejercicio profesional, la función pública consultiva y ejecutiva, la Convención Constituyente Nacional y la formación específica de posgrado.

HORACIO ROSATTI



PRIMERA PARTE
EL MEDIO AMBIENTE

Capítulo I

CARACTERIZACIÓN DEL MEDIO AMBIENTE

1. Las definiciones

No existe una única definición de “medio ambiente”. En su raíz sajona la expresión *environment* (neologismo del verbo francés *environner*) podría traducirse casi literalmente como “lo que rodea” o “lo que circunda”; de ahí que algunos autores prefieran hablar de “entorno”¹ antes que de “ambiente”.

A nivel doctrinario, el medio ambiente ha sido definido como la “interacción del conjunto de elementos naturales, artificiales y culturales que propician el desenvolvimiento equilibrado de la vida en todas sus formas”²; como el “conjunto de elementos naturales, artificiales o creados por el hombre, físicos, químicos y biológicos, que posibilitan la existencia, transformación y desarrollo de organismos vivos”³ y también como “un sistema dinámico y complejo [...] de apoyo a la vida humana [...] que evoluciona fundamentalmente en el largo plazo y que cumple un conjunto de funciones interrelacionadas que son las de suministrar los recursos materiales y energéticos necesarios para la producción de bienes y servicios requeridos para satisfacer las necesidades humanas [...] provee también a la sociedad de una capacidad asimilativa

¹ CANO, Guillermo J., *Derecho, política y administración ambientales*, Depalma, Buenos Aires, 1978, p. 21.

² DA SILVA, José Afonso, *Direito ambiental constitucional*, Malheiros, São Paulo, 1997, p. 2.

³ SABSAY, Daniel y ONAINDIA, José. *La Constitución de los argentinos*, Errepar, Buenos Aires, 1994, ps. 149 y ss.

521 - 07

de los desechos de la actividad económica, tanto de la producción como del consumo [...] y constituye un conjunto de bienes y servicios 'naturales' orientados a las necesidades de recreación y calidad de vida de la población"⁴.

Desde el punto de vista normativo ha sido destacada la definición de la ley chilena 19.300, que caracteriza al 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 que rige y condiciona la existencia y desarrollo de la vida en sus múltiples manifestaciones"; también ha sido destacada la caracterización medioambiental de las comunidades europeas que —siguiendo los antecedentes de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza— lo han definido como "el conjunto de los elementos que forman en la complejidad de sus relaciones, los cuadros, los medios y las condiciones de vida del hombre y la sociedad, tal como son o tal como se presentan" (22-7-71).

Más allá de los matices, importantes por cierto, las definiciones transcriptas guardan una radical similitud, en tanto integran al medio ambiente con elementos heterogéneos (naturales, culturales y artificiales) y en tanto consideran al medio ambiente como un conjunto de "relaciones" y no sólo de "elementos". No obstante, tales similitudes no pueden evitar un primer debate que surge con las definiciones mismas: ¿se trata de algo que "envuelve" al hombre o se trata de algo que "comprende" al hombre?

En el primer caso, la expresión "ambiente" se emparenta con su significado académico ("circunstancias que rodean a las personas o cosas")⁵; el ambiente sería algo que me "circunda", que está mi alrededor, que se me presenta como un objeto (en el sentido etimológico

⁴ SUNKEL, Osvaldo y LEAL, José, *Economía y medio ambiente en la perspectiva del desarrollo*, en *Ambiente y recursos naturales*, Revista de Derecho, Política y Administración, La Ley, Buenos Aires, 1984, vol. I, N° 3 (julio-setiembre de 1984), p. 55.

⁵ HUTCHINSON, Tomás, en MOSSET ITURRASPE, Jorge; HUTCHINSON, Tomás y DONNA, Edgardo Alberto, *Daño ambiental*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1999, t. I, p. 304.

de "lanzado enfrente" o "colocado frente a mí"). En el segundo caso, la expresión se emparenta con cierta connotación subjetiva⁶, con algo que me incluye, que me involucra, de donde no puedo salirme, de mi "casa" (en el sentido etimológico de *oikos*).

En el primer caso, se pone énfasis (más allá de la citada composición heterogénea del medio ambiente) en el "ambiente *natural*", en lo "dado" (vgr.: el agua, el aire, el suelo, la vegetación, los animales); en el segundo caso, se pone énfasis, además, en el "ambiente *cultural*", en algo "creado" (vgr.: los edificios, los monumentos).

Aunque el debate pueda considerarse resuelto a la fecha en su faz teórica en favor de los que opinan que el ambiente "comprende" y no sólo "envuelve" al hombre, porque abarca tanto a los elementos "naturales" como a los "culturales" (o "artificiales" como algunos los llaman) por igual, en el orden de los comportamientos, en la faz práctica la disociación de los dos enfoques sigue vigente. En ocasiones, más allá de las declamaciones, el hombre se recorta del ambiente y toma distancia de él para convertirlo en objeto, contraponiendo su conducta a su discurso.

En realidad, como se verá a continuación, detrás de las posibles caracterizaciones del medio ambiente se esconde una disímil concepción antropológica y, eventualmente, una disímil percepción científica de la realidad.

2. La percepción del medio ambiente desde la concepción antropológica

Hay dos formas de interpretar a la naturaleza. O se la concibe como un orden preexistente al hombre y del cual éste no es dueño sino —a lo sumo— "custodio", en una relación en la que todos sus componentes ("cosas" y seres vivientes, incluido el propio hombre) interactúan, o se trata de un ámbito material apropiable, destinado al exclusivo servicio del hombre, tal como un objeto lo puede estar de un sujeto que es su propietario.

En el primer caso, se argumenta que el orden natural no es capri-

⁶ MOSSET ITURRASPE, Jorge, en MOSSET ITURRASPE, HUTCHINSON y DONNA, ob. cit., t. I, p. 14.

choso, fungible o intercambiable; en la medida en que es un "orden" funciona como un "sistema" y por ello no es lo mismo que sus componentes existan o no existan, o que existan de modo escaso o abundante. Siempre según este criterio, las cosas y los seres vivientes (incluido el hombre) deben ser respetados por su calidad de tales y —también— por su carácter de miembros de una comunidad mucho más compleja que la suma aritmética de ellos mismos. En este contexto, la preocupación por la protección ambiental tiene un fundamento filosófico sólido, en la medida en que el universo resulta ser la expresión de un orden creado por alguien que es distinto (y superior) a sus cotidianos partícipes, y tiene también un fundamento procesal sólido, en la medida en que el aseguramiento de la supervivencia de todos los miembros constituye la mejor garantía para el funcionamiento del sistema natural *in totum* y —por vía de consecuencia— para la reproducción de todos sus integrantes.

En el segundo caso, el argumento decisivo es el principio de superioridad del hombre sobre todo lo creado. El supuesto "orden" de la naturaleza —más allá de la pretendida voluntad de su hipotético creador— no es un "orden autónomo" de la voluntad del hombre, sino una cierta forma de "disposición" que el hombre va definiendo y modificando en función de sus necesidades y de sus posibilidades tecnológicas de apropiación. Tal disposición es siempre "voluntaria", "histórica" y —consecuentemente— "mutable". En este contexto de fundamento filosófico preciso ("antropocentrismo", "pragmatismo", "utilitarismo") es la preocupación ambiental la que no tiene un fundamento consistente; estando el hombre en la cúspide del reino de las cosas y de los seres vivientes, de modo que todos ellos están a su servicio, la supervivencia de alguna o algunas formas de vida podrá ser consentida o suprimida según lo determine el interés histórico concreto⁷.

⁷ "En la raíz de esta insensata destrucción del ambiente natural hay un error antropológico, por desgracia muy difundido en nuestro tiempo. El hombre, que descubre su capacidad de transformar y, en cierto sentido, de 'crear' el mundo con el propio trabajo, olvida que éste se desarrolla siempre sobre la base de la primera y originaria donación de las cosas por parte de Dios. Cree que puede disponer arbitrariamente de la Tierra, sometiéndola sin reservas a su voluntad como si ella no tuviese una fisonomía propia y un destino anterior dados por Dios, y que el

3. La percepción del medio ambiente desde la ciencia

De acuerdo al objeto de investigación, suele clasificarse a las ciencias en *formales y fácticas*⁸; las primeras se ocupan de objetos ideales, que sólo existen en la mente humana, las segundas se ocupan de objetos materiales del mundo físico. La diferencia entre la "materialidad" y la "idealidad" de un objeto queda clara con el ejemplo de Bunge: "En el mundo real encontramos 3 libros, en el mundo de la ficción construimos 3 platos voladores: ¿pero quien vio jamás un 3, un simple 3?"⁹

En las *ciencias formales* el investigador opera deductivamente y busca, a través de la verificación lógica, la *coherencia* de sus postulados; se trata de una coherencia "interna" que no confronta con la realidad material. En las *ciencias fácticas* el investigador busca, a través de la verificación de los hechos, la *verdad*; una "verdad" siempre provisoria que debe confrontarse constantemente con la realidad. Las *ciencias formales* "demuestran" o "prueban"; las *ciencias fácticas* "verifican" (confirman o disconfirman) hipótesis provisionales. Ejemplo de *ciencias formales* son la *matemática y la lógica*; ejemplo de *ciencias fácticas* son la *física, la química, la biología, la psicología, la sociología, la historia*.

A su turno, de acuerdo a la *estrategia metodológica de investigación*, las *ciencias fácticas* se subclasifican en *ciencias duras y ciencias blandas*; las primeras priorizan las descripciones cuantitativas de los objetos de investigación, conformando "modelos" explicativos (vgr.: *ciencias naturales*), las segundas priorizan las descripciones y explicaciones cualitativas (vgr.: *ciencias sociales*)¹⁰.

hombre puede desarrollar ciertamente, pero que no debe traicionar. En vez de desempeñar su papel de colaborador de Dios en la obra de la creación, el hombre suplanta a Dios y con ello provoca la rebelión de la naturaleza, más bien tiranizada que gobernada por él" (Juan Pablo II, Encíclica *Centesimus annus* del 1º de mayo de 1991, N° 37).

⁸ Para la diferenciación entre *ciencias formales y ciencias fácticas*, seguimos el libro de BUNGE, Mario, *La ciencia, su método y su filosofía*, Siglo Veinte, Buenos Aires, 1985.

⁹ Ob. cit., p. 10.

¹⁰ Las bases para una diferenciación epistemológica entre las ciencias naturales (*duras*) y las ciencias sociales (*blandas*) en: LORES ARNAIZ, María del Rosario, *Hacia una epistemología de las ciencias humanas*, Ed. de Belgrano, Buenos Aires, 1986.

Cuando el objeto de estudio es el ambiente (o medio ambiente), ¿debemos pensar en un abordaje *duro*, atendiendo a los fenómenos naturales que en él se producen y que sólo pueden explicarse mediante *modelos* que describen su ocurrencia (vgr.: terremoto) o recurrencia (vgr.: inundación)?, ¿o debemos pensar en un abordaje *blando*, atendiendo a la incidencia del hombre (sus ideas, sus gustos, su subjetividad) en el entorno? ¿Incidirá en nuestro abordaje la percepción que tengamos del hombre, privilegiando su *materialidad* o su *espiritualidad*, en la medida en que es “desde él” que percibimos a la naturaleza?¹¹

En el plano de los hechos, es evidente que el análisis y la explicación del tema ambiental ha estado dominado por el “paradigma”¹² propio de las *ciencias duras* (vgr.: biología, química, edafología, botánica, zoología, geografía, oceanografía, etc.) en detrimento de las llamadas *ciencias blandas*, haciendo realidad la profecía de la Ilustración francesa de proclamar “la unidad de la sociedad y la naturaleza” y —consecuentemente— decretar que las ciencias sociales, basadas (como las ciencias naturales) en la observación de los hechos “deben seguir los mismos métodos, adquirir un lenguaje igualmente exacto y preciso [...] [y] alcanzar el mismo grado de certeza”¹³. La asimilación cientí-

¹¹ En esta dirección, Pigretti se pregunta: “¿Es el hombre un recurso natural o cultural?”, para responder que tendremos contestaciones diferentes “según valoremos al hombre por los resultados de su acción física en el planeta que habita, o destaquemos los resultados inmateriales e impalpables de su acción espiritual” (PIGRETTI, Eduardo A., *Política legal de los recursos naturales*, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1975, p. 9).

¹² El concepto de “paradigma” fue utilizado por el físico y epistemólogo norteamericano Thomas Kuhn (KUHN, Thomas, *La estructura de las revoluciones científicas*, Fondo de Cultura Económica, México, 1975) y refiere a un conjunto de “respuestas firmes” que una comunidad científica da a preguntas tales como: “¿cuáles son las entidades fundamentales de que se compone el universo?”, “¿cómo interactúan esas entidades unas con otras y con los sentidos?”, “¿qué preguntas pueden plantearse legítimamente sobre esas entidades y qué técnicas pueden emplearse para buscar las soluciones?” (ob. cit., p. 25).

Sobre la evolución de este concepto, la polémica generada en torno a él y su utilidad en el campo de las ciencias sociales, resulta especialmente recomendable: LORES ARNAIZ, *Hacia una epistemología de las ciencias humanas* cit.

¹³ Sobre esto: BUNGE, Mario, *Las ciencias sociales en discusión*, Sudamericana, Buenos Aires, 1999, ps. 25 y ss.

fico-metodológica entre naturaleza y sociedad propiciada por Condorcet se ha revelado como una falacia y el monopolio de las *ciencias duras* no ha sido suficiente (y en ocasiones ha sido inconducente) para captar la complejidad del fenómeno ambiental.

Inicialmente, la convicción de que el tema ambiental debía ser estudiado y explicado siguiendo el modelo de las *ciencias naturales* o *duras*, resultándole ajeno el sistema de las *ciencias sociales* o *blandas*, ha prolijado una consecuencia nefasta, derivada de lo que Kuhn advertía respecto de los “paradigmas” de ambas ciencias: mientras en las *ciencias naturales* lo común es el consenso en torno a un “paradigma”, en las *ciencias sociales* lo común es el disenso en técnicas, métodos, hipótesis, creencias o valoraciones¹⁴.

La especialización del científico (biólogo, químico, edafólogo, botánico, zoólogo, geógrafo, oceanógrafo, etc.) ha permitido profundizar el conocimiento de factores sectoriales del entorno, pero ha impedido —en ocasiones— comprender su carácter holístico.

• La búsqueda obsesiva de recurrencias tendientes a edificar un modelo predictivo ha permitido explicar el desencadenamiento de los fenómenos, pero ha impedido —las más de las veces— comprender el funcionamiento ambiental de mediano y largo plazo, al confundir los efectos con las causas¹⁵.

La visión “corto-placista” en el análisis de los fenómenos de la naturaleza, propio de cierto método científico que otorga preponderancia a los instrumentos de análisis antes que a la realidad misma, ignorando su “mensaje”, es responsable de los “errores de predicción” que han generado numerosos equívocos, alarmas irresponsables y negligencias irreparables desde que la “cuestión ambiental” ingresó en la agenda de los problemas internacionales.

Fenómenos tales como el “recalentamiento” o “enfriamiento” del

¹⁴ KUHN, ob. cit., p. 25.

Hoy se admite que la controversia no sólo es propia de las *ciencias sociales* sino que también está presente en las *ciencias naturales* y aun en las *ciencias formales*. Pero la aseveración de Kuhn mantiene vigencia como una impronta antes que como un juicio categórico.

¹⁵ BAILEY, Ronald, *Mitos y realidades en el debate ambiental*, en *Nueva Revista*, Madrid, 1996.

planeta que, mirados aisladamente desde sus ciclos temporales de vigencia concreta auguran una catástrofe segura, pueden significar —si se amplía la mirada en el tiempo— la recurrencia de la búsqueda del equilibrio realizada por la propia naturaleza.

Pretender que el ritmo o “velocidad” de la naturaleza se adapte al ritmo o “velocidad” de la tecno-ciencia supone una equivocación de gravísimas consecuencias. Detrás de esta percepción errónea de las cosas, que se revela incapaz de interpretar *el mensaje de la naturaleza* se aloja el convencimiento de que la verdad está, de alguna manera, en el investigador y no en las cosas mismas.

Desde el punto de vista metacientífico, este criterio según el cual es el “yo” (el investigador) quien otorga significado (o se lo quita, o se lo niega) al “ser” (en este caso al ambiente o, en términos más clásicos, a la naturaleza), permite vincular estrechamente a concepciones —en principio— antagónicas como el *fundamentalismo* y el *indiferentismo* que, aplicados a la cuestión ambiental, han generado “errores predictivos” de consecuencias funestas. Según cierto punto de vista filosófico¹⁶, tanto el *fundamentalismo* cuanto el *indiferentismo* devienen en posiciones “nihilistas”, si se entiende por “nihilismo” no (o no sólo) a la mera negación de toda verdad o conocimiento por parte de un sujeto cognoscente sino, fundamentalmente, a la pretensión de ese sujeto de constituirse en el único “dador de sentido” a las cosas.

En materia ambiental, tanto el *indiferentismo* cuanto el *fundamentalismo*, en la medida en que han soslayado o combatido “al otro enfoque”, han conducido a la negación del debate y al correlativo anquilosamiento de sus propios enfoques, devenidos en “autorreferenciales”.

A su turno, si bien es cierto que la especialización del saber ha contribuido a aumentar cuantitativamente los conocimientos en torno a materias determinadas, también lo es que ha conllevado —en ocasiones— un empobrecimiento cualitativo en el análisis de la realidad, como consecuencia de la falta de una percepción global de los fenómenos estudiados.

Como en cualquier otra materia, también (y especialmente) en materia ambiental la visión de la totalidad no equivale a la suma de visiones particulares; es algo bien distinto, pues proviene de una “per-

cepción” que se presenta como una “sensibilidad inteligente”. Una de las carencias más acentuadas de la tecno-ciencia es la de considerar al “sentimiento” como un enemigo del conocimiento, antes que como un complemento en la búsqueda sincera de la verdad¹⁷.

El *positivismo* y la tecno-ciencia ignoran que ninguna realidad es “puramente material”, en la medida en que toda “materialidad” está cargada de información y necesita ser captada. Ello explica que —en ocasiones— las conclusiones del pensamiento especializado estén tan divorciados del sentido común, cuya valoración conllevaría a recuperar la competencia ontológica de los sentidos, más allá de la experimentación modelista o artificial. En materia ambiental, este divorcio es especialmente apreciable y no han sido pocas las ocasiones en que la percepción del isleño, basada en la observación cotidiana de la naturaleza, ha triunfado sobre los pronósticos de los especialistas, elaborados según modelos matemáticos, respecto de la altura del nivel del río en un proceso de inundación¹⁸.

Obviamente, no se trata de propiciar una concepción romántica

¹⁶ MARION, Jean-Luc, *Indiferencia religiosa y fundamentalismo: dos caras de la misma moneda*, entrevista publicada en Castel Ivano, Trento, Italia, el 25-9-2002.

¹⁷ Una cita de Albert Camus en *El mito de Sísifo* resulta esclarecedora de este enfoque: “En último término me enseñáis que este universo prestigioso y abigarrado se reduce al átomo y que el átomo mismo se reduce al electrón [...] Las líneas suaves de estas colinas y la mano del crepúsculo sobre este corazón agitado me enseñan mucho más” (CAMUS, Albert, *El mito de Sísifo*, trad. de Luis Echávarri, Losada, Buenos Aires, 1975, ps. 22 y ss.).

¹⁸ Las vacilaciones y contradicciones del pensamiento *cientificista* moderno se manifiestan en su relación con el alma. Primero negó su existencia, por considerarla algo “inmaterial” (y consecuentemente algo “inexistente”); luego reconoció su existencia, calculó su peso (que sería igual a la diferencia de peso entre el ser agonizante y el cadáver) y procuró retratarla (mediante rayos X).

Esta mirada autorreferencial de la ciencia moderna, que se ubica a un paso del ridículo, nos recuerda a la fórmula cuantitativa de Birkhoff sobre la emoción estética, luego “perfeccionada” por Moor y Spender: “ $M = O/C = (I, S, C, A - Am)$ ”, donde M = medida de la sensación estética; O = medida del orden; C = medida de simetría, equilibrio y complejidad; I = identidad; S = similaridad; C = constancia del color; A = equilibrio; Am = desequilibrio. Sobre esto: PIERANTONI, Ruggero, *El ojo y la idea. Fisiología e historia de la visión*, trad. de Rosa Premat, Paidós, Barcelona, 1984, p. 185.

del conocimiento, negando el aporte de la tecno-ciencia, ni de reemplazar a la "ciencia" por el "sentido común", ni de negar los casos en que el conocimiento científico ha desnudado falacias en el llamado "sentido común"¹⁹; de lo que se trata es de morigerar la pretensión de cierto conocimiento científico de presentarse como la única forma de conocimiento posible, reivindicando el valor de la "sensibilidad inteligente".



¹⁹ BUNGE, *Las ciencias sociales...* cit., ps. 30 y ss.

Capítulo II

TUTELA JURÍDICA DEL MEDIO AMBIENTE Y ESPECIALIZACIÓN DE LAS RAMAS DEL DERECHO

1. Sobre la percepción jurídica del medio ambiente

El abordaje jurídico del tema medioambiental en la Argentina reconoce un "antes" y un "después" delimitado por la reforma constitucional de 1994¹.

Hasta la reforma, la normativa vigente estaba signada por la fragmentación. A partir de la reforma el enfoque holístico del tema y el mandato proteccionista se han hecho nítidos, pero su implementación infraconstitucional sigue dominada -en gran medida- por la "fragmentación" y aun por la "contradicción".

La "fragmentación" proviene del subsistente y, en ocasiones, ineludible abordaje normativo sectorial del tema ambiental y remite a la pregunta: ¿es posible concretar objetivos satisfactorios (consistentes y durables) a partir de normativas medioambientales que analicen cada recurso en particular (flora, fauna, suelo, aire, etc.) o es necesario hacerlo desde una perspectiva global? En el primer caso (legislación específica por recurso), ¿no terminará consagrándose -o convalidándose- una situación de privilegio de algún recurso natural por sobre otro, basándose en razones económico-productivas antes que científico-proteccionistas? En el segundo caso (legislación genérica u holística), ¿no terminarán anulándose los efectos positivos propios de la utilización racional de cada recurso específico, en la medida en que

¹ TAWIL, Guido Santiago, *La cláusula ambiental en la Constitución Nacional*, en L. L. 1995-B-1291 y ss.; PALAZZO, Eugenio Luis, *Algunos apuntes sobre los derechos ambientales*, en E. D. del 24-4-2000, ps. 1 y ss.

521 - 07

FMM
CENTRO DE ESTUDIANTES

la “preservación de todos en forma simultánea” conlleva imprimir “desde afuera de la economía” un mismo ritmo de utilización a recursos rentables y no rentables?

La “contradicción” se genera cuando las distintas especialidades del derecho asumen el bien jurídico a tutelar de modo diferente, reinstalándose el debate en torno al punto de equilibrio entre autoridad y libertad, comunidad y sociedad, Estado y Mercado. En efecto, ¿cuáles son las consecuencias de considerar a la fauna desde el andarivel del “derecho público” o del “derecho privado”? El solo encuadramiento, ¿no supondrá tomar partido por uno de los enfoques antropológicos en pugna, en la medida en que desde la mira estatal podría tenderse a cierto sesgo proteccionista y desde la mira privada podría tenderse a privilegiar cierto sesgo utilitarista?²

Para decirlo de otro modo: ¿puede la problemática ambiental resolverse íntegramente dentro de la esfera del derecho privado, anulándose las “externalidades” mediante el expediente de la indemnización? O de otra forma: ¿puede el contrato, aun apoyado en la ley, agotar el derecho en esta materia?

Estas preguntas, planteadas al solo título de ejemplo entre muchas otras que podrían formularse, revelan el estado actual de incertidumbre que preside la regulación jurídica ambiental en nuestro país y los intereses que pugnan por hacer prevalecer alguno de los enfoques posibles.

La incorporación de la materia en la reforma constitucional no marcó el final sino el principio de la regulación normativa, abriendo el debate a un marco de posibilidades que requiere, como paso previo a la sanción jurídica infraconstitucional, la interpretación de los artículos incorporados en 1994 en función de la literalidad de su texto, de su significación en el contexto científico internacional y de una concepción filosófica y antropológica que les sirva de sustento.

² ¿Podría en la Argentina —tal como ocurrió en otra parte del mundo— plantearse (y resolverse afirmativamente) la hipótesis de la compra de un pueblo íntegro por parte de una empresa contaminante para evitar futuras demandas por contaminación? Sobre esto: GREGORINI CLUCELLAS, Eduardo L., *La protección ambiental negociada: implicancias de la compra de un pueblo para evitar demandas de contaminación*, en L. L. del 3-7-2002, p. 6.

El artículo 41 de la Constitución Nacional argentina menciona, dentro de su impronta proteccionista, una heterogeneidad de temas, tales como la “salud”, el “desarrollo humano”, las “actividades productivas”, el “daño”, los “recursos naturales”, la “biodiversidad”, la “información”, la “educación”, los “residuos radiactivos y peligrosos”, etcétera, tradicionalmente asumidos desde diferentes especialidades jurídicas. ¿Es posible traducir un objetivo tuitivo tan loable en el contexto actual del desarrollo de la ciencia jurídica, que en ocasiones ofrece principios contradictorios, como los propios del “derecho público” y el “derecho privado”? Éste es el interrogante que aborda el presente capítulo.

2. La especialización en el derecho

Uno de los signos distintivos de la ciencia contemporánea es la especialización.

Especialización es un término relativo, en tanto *se es especial* respecto de algo que *se considera general*; así, el cocodrilo es una especie respecto del género animal vertebrado, y el animal vertebrado es una especie del género animal, en tanto que el animal es una especie del género ser viviente. De modo que animal vertebrado puede ser género o especie, conforme a cuál sea su parámetro de comparación.

En cualquier caso, la especialización en la ciencia supone una doble operación intelectual: acotamiento del objeto de estudio y profundización del análisis sobre ese objeto. Conforme a la relevancia que obtenga dentro del marco general en la que se recorta, la especialización puede conducir a la autonomía: la autonomía puede ser científica y/o académica.

En la ciencia jurídica dominante en la cultura occidental, la especialización comprende dos etapas, fuertemente diferenciadas por la materia y distanciadas en el tiempo: la primera etapa de “especialización” del derecho en sus ramas “pública” y “privada” tiene veinte siglos; la segunda etapa es propia del siglo XX y se desencadena a partir del paradigma de las ciencias fácticas contemporáneas que desagrega el objeto de estudio, profundiza el análisis y logra un corpus que reclama luego autonomía.

Dentro de la cultura occidental, la civilización helénica previa al dominio romano no se planteó esta división entre “derecho público” y

“derecho privado”, asumiendo la creencia de que el destino humano no era una construcción subjetiva y libre sino que estaba dominada por el *hadós* o fatalidad desde el mismo nacimiento, resultando una empresa imposible intentar contradecirlo (piénsese en los casos de Aquiles, Edipo o Prometeo). El ámbito de la privacidad o intimidad era de alguna forma contradictoria al necesario compromiso público del hombre, definido como “animal político” o “animal cívico”. Recordemos a Platón, a quien le era ajeno la obsesiva y contemporánea preocupación por la propiedad privada y a Aristóteles, para quien sólo los idiotas o los Dioses podían elegir una vida privada como la entendemos hoy, es decir una vida fuera de la polis (“fuera” significa no sólo geográficamente “lejos” sino actitudinalmente “alejado” de los asuntos públicos).

La división entre “derecho público” y “derecho privado” será asumida con caracteres indelebles a partir del dominio de la Roma republicana e imperial³. Roma comprendió esta duplicidad de intereses entre lo público y lo privado a partir de la necesidad simultánea de no perder identidad y de acrecentar su dominio abarcando pueblos con costumbres diferentes a la propia. *Jus civilis* y *jus gentium* constituyen el esfuerzo pragmático del genio romano por asimilar lo —en principio— inasimilable; la prueba del acierto de esta estrategia la constituye el hecho de que —más allá del derrumbe de la civilización que le dio origen y de los matices que la posteridad le asignó— tal divisoria continúa vigente hasta nuestros días.

Durante la Edad Media la distinción jurídica entre “público” y “privado” entra en una zona de eclipse, en la medida en que las relaciones estamentales entre el señor feudal y sus vasallos se estructuran en base a contratos. El “contrato” no será sólo un instrumento privado originado a partir de la posesión y el trabajo de la tierra sino también “una institución” utilizada “para fundamentar y transmitir derechos y obligaciones concernientes al ejercicio de la autoridad”. Como afirma Heller “el pensamiento jurídico medieval no conoció las distinciones entre derecho público y privado, entre contrato y ley...”⁴

³ JELLINEK, Georg, *Teoría general del Estado*, trad. de Fernando de los Ríos, Albatros, Buenos Aires, 1954, ps. 287 y ss.

⁴ HELLER, Hermann, *Teoría del Estado*, trad. de Luis Tobío, Fondo de Cultura Económica, México, 1985, p. 151.

La distinción entre “derecho público” y “derecho privado” tomará renovado auge a partir del siglo XVIII, con el triunfo del liberalismo, mentor del Estado de derecho en lo político y del Estado mínimo en lo económico. El predominio del Mercado (como expresión de un orden espontáneo basado en la libertad) sobre el Estado (como expresión de un orden artificial basado en la coacción) se traducirá en un encogimiento del derecho público (expresión de la “autoridad coactiva”) y un correlativo ensanchamiento del derecho privado (expresión del libre desarrollo de la “sociedad civil”).

El Estado de Bienestar, dominante en el núcleo del siglo XX, invertirá paulatinamente la ecuación del predominio entre Mercado y Estado; aquél deberá ser corregido y/o controlado (según el tipo de intervencionismo de que se trate) por parte de éste, para garantizar la equidad social que no brota espontáneamente en la sociedad civil.

Pero el siglo XX es también el siglo de la segunda especialización del derecho, aquella que se expresa —como dijimos más arriba— en un acotamiento del objeto de estudio, una profundización en el análisis y la conformación de un “corpus” que no tardará en reclamar la autonomía.

“Como decía Carnelutti —expresa Kemelmajer de Carlucci— el derecho, imperativo de la convivencia social, es uno; su división en ramas es producto de las limitaciones de las fuerzas humanas y de razones de orden didáctico; por ello, si bien la descomposición del derecho es un procedimiento necesario, puede conducir a gravísimos errores si no va acompañada por la conciencia de que en esta forma lo que observamos es más bien el cadáver del derecho que el derecho vivo, porque la vida, esto es, la realidad del derecho, no está en las partes singulares sino en el todo y así en su unidad”⁵.

Paulatina y progresivamente, a partir de un tronco común, surgirán las especialidades que —no obstante su particularidad— se enmarcarán dentro de los clásicos andariveles del “derecho público” y el “derecho privado”.

⁵ Confiesa la autora más adelante: “Si el *ambiente* es, como creo, un *sistema*, puede advertirse la dificultad que significa abordar el tema propuesto sólo desde la óptica de los llamados principios generales del Derecho Civil” (KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida, *La responsabilidad civil por el daño ambiental*, en *El derecho y los problemas contemporáneos*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba [Libro del Cincuentenario], Córdoba, 1991, p. 172).

3. Desde la legislación sobre los recursos hasta el derecho ambiental

En este marco y con referencia a nuestro tema, surgen sucesivamente:

- En una primera etapa, una serie de regulaciones normativas de recursos naturales específicos (vgr.: agua, bosques, fauna, electricidad, energía, etc.); se trata de normas pragmáticas, “de uso” antes que “de protección”, en las que predomina el sesgo civilista y comercialista (es decir “privatista”).
- En una segunda etapa, a partir de la exegésis de las normas regulatorias que los rigen, surgen una serie de derechos de recursos naturales específicos (vgr.: del agua, forestal, de la fauna, de la energía, del petróleo).
- En una tercera etapa, a partir de cierta concatenación normativa y de los principios que inspiran la regulación de los derechos naturales en particular, surge el derecho de los recursos naturales, en plural, aunque con la misma impronta fragmentaria observable en la etapa anterior, en la medida en que la pluralidad será entendida como una mera sumatoria de los componentes individuales.
- En una cuarta etapa, a partir de la percepción holística del ambiente y con una impronta que vira progresivamente hacia “la protección” (aunque compatible con “ciertos usos”) surge el derecho ambiental⁶, penetrado por un sesgo “publicista” y con vocación “internacionalista”⁷.

⁶ CANO, *Derecho, política y administración ambientales* cit., ps. 96 y ss., y 195 y ss.

Vid. asimismo: BELLORIO CLABOT, Dino, *Tratado de derecho ambiental*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1997, Tercera Parte (en especial, Caps. XVI, XVII y XXXI).

Sobre ciertas incongruencias (“excesos” y “exageraciones”) de la regulación ambiental: MOSSET ITURRASPE, Jorge, en MOSSET ITURRASPE, HUTCHINSON y DONNA, ob. cit., t. I, ps. 22 y ss.

⁷ Walsh sostiene que a esta etapa le seguirá otra, que integrará los aspectos ecológicos con los económicos y los sociales. La evolución permitiría marchar desde el “derecho ambiental” hacia el “derecho de la sustentabilidad” o “derecho del desarrollo sustentable” (WALSH, Juan Rodrigo, *El ambiente y el paradigma de la sustentabilidad y Derecho sustentable, una instancia superadora del derecho ambiental*, en WALSH, Juan R. y otros, *Ambiente, derecho y sustentabilidad*, La Ley, Buenos Aires, 2000, Caps. 1 y 10).

En la misma dirección: LÓPEZ, Hernán, *La regulación del desarrollo sustentable*

Como se ve, la atención pública no precedió a la preocupación, sino que ésta convocó a aquélla, siguiéndose un camino inverso al deseable. Del mismo modo, puede decirse que los niveles de concienciación en materia ambiental han marchado en paralelo con los niveles de deterioro.

Los años iniciales de la preocupación internacionalista fueron de extremismo e irreconciliable confrontación: los *conservacionistas* entendían cualquier modificación humana a la naturaleza como un acto depredatorio y pronosticaban un seguro apocalipsis; los *utilitaristas* justificaban la depredación enarbolando la superioridad humana dentro del reino natural y afirmaban que, en un contexto de progreso económico indefinido, la economía asumiría a la ecología como un tema relevante y le daría una solución rentable de mediano y largo plazo.

Lentamente las posiciones extremas dejaron de asumirse como autorreferenciales, aceptaron (aunque sin compartirlas, por supuesto) la existencia de otras voces y comenzó un período de coexistencia. La etapa actual, aún en ciernes, está signada por la expectativa de un tránsito desde la coexistencia (“existir con”) hacia la convivencia (“relacionarse con”); en el trayecto, es posible reconocer algunos síntomas alentadores, bien que generados por el temor a desastres futuros antes que por el convencimiento. Actualmente, las normas de convivencia de la comunidad internacional, las reglas económicas de la competencia globalizada y la opinión pública han asumido la preocupación por la preservación del ambiente. Gradualmente, la defensa de la biodiversidad y el combate a la degradación y contaminación ambientales comienzan a tener alicientes; incluso para el mundo del capital, inicialmente refractario a la problemática por considerarla un costo evitable.

Estos signos alentadores son correspondidos muy tíbiamente por la ciencia jurídica; en su interior, persisten tanto la fragmentación sobre el objeto de estudio cuanto la disputa entre las miradas del “derecho público” y el “derecho privado”. No se trata sólo de una disputa científica, se trata de una disputa económica y de poder.

en el derecho internacional y el derecho comparado: *el fin del derecho ambiental y el nacimiento del derecho de la sustentabilidad*, en WALSH y otros, ob. cit., Capítulo 9, ps. 407 y ss.

4. Entre el derecho público y el privado

Los criterios utilizados para formular la diferenciación entre el "derecho público" y el "derecho privado" han sido variados y nunca unánimes.

Un *primer criterio* es el que tiene en cuenta el interés prevalente: el "derecho público" es el que tutela o resguarda el interés global de la comunidad, emparentándose con nociones tales como "bien común" o "bienestar general", en tanto el "derecho privado" es el que resguarda el interés de los particulares.

Un *segundo criterio* es el que tiene en cuenta al sujeto jurídico interviniente: si interviene un ente estatal o público, tal relación será de "derecho público", si no existe tal intervención, la situación será de "derecho privado".

Un *tercer criterio* es el que tiene en cuenta la simetría o asimetría de las relaciones jurídicas; en el derecho público las relaciones no son igualitarias, en la medida en que o por el interés comprometido o por la intervención estatal (o pública) los particulares están en relación de subordinación, en tanto lo propio del derecho privado es regular relaciones igualitarias.

En realidad, los tres criterios precedentemente descriptos tienen su dosis de razón, pero son insuficientes para establecer "por sí solos" la línea divisoria entre "derecho público" y "derecho privado".

El primer criterio es, sin dudas, el más importante, porque atiende al "fundamento" antes que a los "sujetos intervinientes" o a la "estructura de las relaciones jurídicas" emergentes; pero tanto el segundo criterio cuanto el tercero son útiles para complementar a aquél y permiten reconocer —en una situación concreta— la filiación normativa en términos "público" o "privado". No obstante, habrá que tener presente que no siempre que intervenga el Estado (o un ente público) estaremos en presencia de una situación o relación regulada por el "derecho público" (tal el caso en que el Estado actúa como un particular, contratando un inmueble en condición de locatario en pie de igualdad con el locador); como también que no siempre las relaciones de supraordinación-subordinación se dan en el marco del "derecho público" (tal el caso de un negocio entre dos particulares con condición económica fuertemente desigual).

La perspectiva del "derecho privado" en la consideración del medio ambiente tiende a pensar en el interés particular. Así, a título de ejemplo, si analizamos un recurso natural como la "fauna", la mirada típicamente civilista es la de quien querrá reivindicar la posibilidad de acceder a la propiedad de un animal silvestre por su condición de *propietario* del terreno donde el animal habita o por su condición de *cazador* si el animal mora en un espacio común. En tales casos, el animal silvestre será considerado, respectivamente, como un *bien inmueble por accesión* (siguiendo el destino del ámbito en el que habita), o como *res nullius* (y por tanto susceptible de apropiación). De hecho, la mirada clásica sobre el tema de la fauna silvestre ha sido históricamente en la Argentina la "privatista", en línea con la consideración fragmentaria de los recursos naturales (primera y segunda etapa de evolución jurídica sobre el tema medioambiental)⁸.

La perspectiva del "derecho público" es la que tiende a pensar en el interés común. Siguiendo con el ejemplo de la fauna, el animal silvestre será considerado o bien como *res comunis*, patrimonio de todos los habitantes del Estado o bien como un *bien estatal*; en el primer caso, el Estado ejercería una especie de "fideicomiso" en nombre de los habitantes (presentes y futuros), en el segundo caso tendría a su cargo la conservación, explotación y disposición del recurso. En ambos casos, ningún particular podría reclamar un derecho exclusivo sobre la fauna salvaje sino —eventualmente— derechos concedidos por el Estado⁹.

La consideración del medio ambiente con un criterio "holístico", la necesidad de evitar que la protección no quede supeditada al "mercado", la exigencia de un sistema de controles adecuado y la formación de una conciencia tuitiva generalizada suponen:

— La primacía del interés público sobre los intereses particulares;

⁸ Los inconvenientes que genera la percepción "privatista" de la fauna para una adecuada estrategia conservacionista del recurso se pueden leer en: CATALANO, Edmundo F., *El dominio de la fauna salvaje*, en L. L. 1978-B-806.

⁹ URQUIZA DENIS, Carlos A., *Análisis sobre la ley nacional 22.421 relativa a la fauna silvestre, su conservación, aprovechamiento y caza*, en *Primer Congreso Nacional de Derecho sobre Protección de la Fauna*, Santa Fe, junio de 1986, capítulo *Trabajos presentados*, ps. 1 y ss.

- la inexorable (aunque no monopólica) intervención del Estado, y,
- la existencia de un plexo normativo que genere relaciones de supraordinación-subordinación.

Es evidente, entonces, que el *derecho ambiental*, entendido como la cuarta etapa evolutiva de las precedentemente citadas, participa de la rama "pública" del derecho, más allá de las necesarias vinculaciones que establezca con las distintas especialidades del "derecho privado"¹⁰.

5. La primacía del ambiente como materia de regulación o la primacía del derecho como ciencia de la regulación

Existen dos formas de captar, desde el derecho, un tema.

La primera consiste en tomar al tema o materia como eje de regulación e intersectar -desde ella- a las distintas especialidades del derecho; la segunda consiste en tomar como eje las distintas especialidades del derecho e intersectar -desde ellas- a la materia susceptible de regulación. En el primer caso, puede decirse que se "fracciona" el derecho en homenaje a la materia regulable; en el segundo caso, puede decirse que se "fracciona" a la materia regulable en homenaje al derecho.

Retomemos el ejemplo de la fauna:

- La primera estrategia normativista tomaría como eje al tema "fauna silvestre" y haría girar en torno a ella al derecho civil, penal, administrativo, tributario, etcétera, disponiendo "en el mismo texto" cláusulas sobre apropiación, sobre tipificación de delitos y asignación de penas, sobre habilitaciones para cazar, sobre franquicias impositivas con fines conservacionistas, etcétera.
- La segunda estrategia normativista tomaría como eje la disciplina jurídica (derecho civil, penal, administrativo, tributario, etc.) y se haría cargo "desde ella" de los aspectos de la fauna susceptibles de regulación.

¹⁰ MARTÍN-MATEO, Ramón, *Derecho ambiental*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1977, ps: 83 y ss. BIBILONI, Homero M., *Los principios ambientales y la interpretación*, en J. A. del 7-3-2001, p. 20.

La ventaja de la primera estrategia es evidente: en un solo cuerpo normativo estaría reunida o "compilada" toda la temática; la desventaja -para los especialistas del derecho- sería que su disciplina dejaría de estar "compilada" en un Código (vgr.: Civil o Penal), para pasar a estar dispersa entre ese Código y distintas normas que integrarían temas específicos (fauna, flora, agua, electricidad, petróleo, etc.). Simétricamente, la ventaja de la segunda estrategia consistiría en evitar la dispersión regulatoria de cada disciplina jurídica, pero al precio de dispersar o desarticular la temática objeto de regulación.

Puestos a decidir, no cabe duda de que debe ser la materia la que imponga su lógica y "arrastre" a la disciplina. Bien entendido que cuando hablamos de "materia" lo hacemos en un sentido general y no fragmentario. Para decirlo con un ejemplo: la ley de presupuestos mínimos de protección prevista por el artículo 41 de la Constitución Nacional debe ser "una ley" (o varias si fuere imprescindible) que involucre los aspectos civiles, penales, comerciales, administrativos, tributarios, etcétera, vinculados al tema y no "varias leyes" (una civil, otra penal, otra comercial, otra administrativa, otra tributaria) que hagan referencia -desde la especialidad- a los "presupuestos mínimos".

En realidad, la cláusula constitucional *sub examine* constituye un *mandato* (o, más modestamente, una *oportunidad*) para emprender la tarea de reconsiderar la problemática ambiental asumiendo un enfoque holístico antes que fragmentario, sin perjuicio de la debida consideración específica de los recursos naturales en particular. También supone una oportunidad concreta para la reconciliación de los enfoques público y privado en la materia, hasta hoy enfrentados en visiones que privilegian la protección y la utilización, respectivamente.

Desde este punto de vista, consideramos que la ley de presupuestos mínimos de protección sancionada por el Congreso de la Nación, 25.675, ha tenido una técnica acertada, al involucrar -en torno al eje "ambientalista"- normas de naturaleza constitucional (vgr: arts. 16 a 21 sobre derecho a la información ambiental y sobre participación ciudadana), normas de naturaleza administrativa (vgr.: art. 12, sobre criterios de procedimiento para la evaluación de impacto ambiental), normas de naturaleza civil (vgr.: arts. 27 y ss. sobre definición y criterios de responsabilidad por daño ambiental), normas de contenido comercial

y de seguros (vgr.: art. 22, sobre seguro ambiental), normas de derecho urbanístico (vgr.: art. 10 sobre ordenamiento territorial), normas procesales (vgr. arts. 30 a 33 sobre legitimación y criterios de procedimiento en casos de daño ambiental), etcétera.

En esta dirección, también resulta loable la redacción del artículo 15, primer párrafo, de la citada ley, cuando —refiriéndose a la educación ambiental— establece “la articulación” disciplinaria para facilitar la percepción “integral” del ambiente.

Capítulo III

NATURALEZA JURÍDICA DEL MEDIO AMBIENTE

1. El medio ambiente como sistema

La naturaleza jurídica “de algo” debe reflejar (o traducir en clave y lenguaje jurídicos) lo que “ese algo es”. Comencemos pues por preguntarnos: ¿Qué “es” el medio ambiente? Podríamos razonablemente responder que es un conjunto de elementos vivos e inertes, naturales y artificiales que, pese a su heterogeneidad, funcionan de modo integrado, conformando un sistema.

Analicemos esta breve caracterización:

- Conjunto de elementos: El medio ambiente está compuesto por una pluralidad de elementos que son reconocibles en su individualidad (vgr.: el agua, los animales, las plantas, los seres humanos, etc.).
- Elementos heterogéneos: Algunos tienen vida (vgr.: animales), otros sólo tienen existencia, son inertes (vgr.: montañas); algunos son naturales (vgr.: plantas), otros son artificiales, en el sentido de contruidos por el hombre (vgr.: edificios); algunos son materiales (vgr.: agua), otros son inmateriales o ideales (vgr.: la “belleza” de un panorama).
- Funcionamiento integrado: Los elementos que componen el ambiente se relacionan según pautas de “coexistencia” y/o de “convivencia”, conforme exista mero contacto o relación por proximidad física (vgr.: una piedra al lado de otra piedra) o interacción (vgr.: el colibrí y la flor).

- *Conformación de un "sistema"*: La disposición "estructural" (considerando la forma en que los elementos se colocan) y las relaciones "funcionales" (considerando las interacciones que entre ellos se producen) permiten reconocer al conjunto como algo más que un agregado de elementos heterogéneos, asignándole el status de "sistema", caracterizado por su autonomía, la regularidad de sus criterios de funcionamiento y su capacidad regenerativa. La disposición estructural del conjunto y las relaciones funcionales que dentro de él se generan revela la importancia de sus componentes, al punto que la alteración sustancial de alguno de ellos habrá de repercutir indefectiblemente en el conjunto.

Esta descripción conceptual o -a nuestros efectos- "prejurídica" del ambiente, no ha tenido el necesario correlato, reflejo o traducción en el campo del derecho. Ello se debe, en parte, a la heterogeneidad de los bienes concernidos en la caracterización del ambiente y a la incapacidad de la ciencia jurídica para considerarlos más allá de sus encuadramientos tradicionales. Esta es la problemática que se analiza en el presente capítulo.

2. Tipificación jurídica de los bienes conforme a la naturaleza

El Código Civil argentino, en el Libro Tercero (*De los derechos reales*), Título I (*De las cosas consideradas en sí mismas, o en relación a los derechos*) define a los "bienes" y los clasifica conforme a su naturaleza.

Son "bienes" para el Código Civil los objetos materiales (o "cosas") y los objetos inmateriales susceptibles de tener un valor (arts. 2311 y 2312).

Las disposiciones referentes a las cosas son aplicables a la energía y a las fuerzas naturales susceptibles de apropiación (art. 2311).

Las "cosas" pueden ser "muebles" o "inmuebles".

Las "cosas muebles" son "las que pueden transportarse de un lugar a otro, sea moviéndose por sí mismas, sea que sólo se muevan por una fuerza externa, con excepción de las que sean accesorias a los

inmuebles" (art. 2318); también son "cosas muebles" "todas las partes sólidas o fluidas del suelo, separadas de él, como las piedras, tierra, metales, etcétera; las construcciones asentadas en la superficie del suelo con un carácter provisorio; los tesoros, monedas y otros objetos puestos bajo el suelo; los materiales reunidos para la construcción de edificios mientras no estén empleados; los que provengan de una destrucción de los edificios, aunque los propietarios hubieran de construirlos inmediatamente con los mismos materiales; todos los instrumentos públicos o privados de donde constare la adquisición de derechos personales" (art. 2319).

Las "cosas inmuebles" pueden serlo por su naturaleza, por accesión o por su carácter representativo (art. 2313):

- Son "inmuebles por su naturaleza" "las cosas que se encuentran por sí mismas inmovilizadas, como el suelo y todas las partes sólidas o fluidas que forman su superficie y profundidad; todo lo que está incorporado al suelo de una manera orgánica, todo lo que se encuentra bajo el suelo sin el hecho del hombre" (art. 2314).
- Son "inmuebles por accesión" "las cosas muebles que se encuentran realmente inmovilizadas por su adhesión física al suelo, con tal que esta adhesión tenga el carácter de perpetuidad" (art. 2315) y las "que se encuentran puestas intencionalmente, como accesorias de un inmueble, por el propietario de éste, sin estarlo físicamente" (art. 2316).
- Son "inmuebles por su carácter representativo" "los instrumentos públicos de donde constare la adquisición de derechos reales sobre bienes inmuebles, con exclusión de los derechos reales de hipoteca y anticresis" (art. 2317).

3. Tipificación jurídica de los bienes conforme a su titularidad

El Código Civil argentino, en el Libro Tercero, Título I, Capítulo Único (*De las cosas con relación a las personas*) tipifica a los bienes en relación a su titularidad.

En primer lugar, distingue entre los "bienes con dueño" y los "bie-

nes sin dueño o sin dueño conocido”, siendo estos últimos susceptibles de apropiación privada (art. 2343). Respecto de los primeros, el Código distingue entre “bienes estatales” y “bienes no estatales”, subclasificando a estos últimos en “bienes de la Iglesia” (Iglesia Católica, art. 2345 o de Iglesias disidentes, art. 2346) y en “bienes particulares” (art. 2347).

Entre los “bienes del Estado”, el Código Civil distingue los “bienes del Estado General o de las Provincias” (art. 2339) y los “bienes municipales” (art. 2344). Los “bienes del Estado” pueden ser “públicos” (art. 2340) o “privados” (art. 2342).

a) Bienes con dueño

a.1) Bienes del dominio público

a.1.1) Concepto

Diez define al dominio público como “el conjunto de bienes, pertenecientes a personas jurídicas de derecho público, que sean esenciales para la satisfacción de una función pública exclusiva de esa persona”¹.

Para Marienhoff “dominio público es un conjunto de bienes que, de acuerdo al ordenamiento jurídico, pertenecen a la comunidad política pueblo, hallándose destinados al uso público —directo o indirecto— de los habitantes”².

Los bienes del dominio público y los bienes del dominio privado del Estado se diferencian por su *finalidad* y por el *sujeto-titular*.

Respecto de la *finalidad*, cabe decir que los bienes del dominio público están “siempre” destinados “al uso público” —directo o indirecto— de los habitantes, en tanto que los bienes del dominio privado regularmente se hallan afectados “al uso privado” de sus titulares.

Respecto del *sujeto-titular*, en el caso de los bienes del dominio público es la “comunidad política pueblo”, en tanto que en el caso de

¹ DIEZ, Manuel María, *Dominio público. Teoría general y régimen jurídico*, Valerio Abeledo, Buenos Aires, 1940, p. 259.

² MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado del dominio público*, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1960, p. 141.

los bienes del dominio privado puede ser tanto el Estado nacional, provincial o municipal, demás personas jurídicas o personas físicas.

a.1.2) Elementos

Cuatro son los elementos conformantes de la noción de “dominio público”, verbigracia: 1º) Elemento objetivo; 2º) elemento normativo o legal; 3º) elemento subjetivo, y 4º) elemento teleológico o finalista.

1º) *Elemento objetivo*: “conjunto de bienes”.

Pueden integrar el dominio público todo tipo de bienes; es decir: objetos materiales (cosas) muebles o inmuebles, objetos inmateriales (vgr.: energía), derechos (vgr.: servidumbres), universalidades jurídicas públicas.

2º) *Elemento normativo o legal*: “de acuerdo al ordenamiento jurídico”.

Siempre siguiendo a Marienhoff, podemos decir que no hay un dominio público “natural” o “por naturaleza”, su existencia depende de la voluntad del legislador.

Por lo dicho, la declaración legal de dominialidad de una cosa es siempre un acto “atributivo” del carácter público de un bien, nunca meramente “declarativo”.

En cuanto a la declaración del carácter “público” o “privado” de un bien, entendemos que sólo puede ser establecido mediante ley formal del Congreso, atento a la facultad conferida por el artículo 75, inciso 12 de la Constitución Nacional. El artículo 2340 del Código Civil —que es una ley— establece, en sus nueve incisos, la casuística taxativa y abstracta de los bienes que revisten el carácter de “públicos”.

Le queda al poder administrador la facultad de “afectación” concreta de los bienes específicos y singulares a la categoría de “dominio público” (en un tiempo y lugar determinados) de acuerdo a las cotas de la legislación civil referenciada ut supra, de la que no puede evadirse.

3º) *Elemento subjetivo*: “pertenecen a la comunidad política pueblo”.

Los bienes dominiales no son *res nullius* (cosas sin dueño), porque —en tal caso— cualquiera podría apropiárselos.

En respuesta a la pregunta ¿quién es el titular de los bienes del

dominio público?, la doctrina se divide: algunos autores, como Marienhoff, opinan que pertenecen al *pueblo*; otros autores consideran que el titular es el *Estado*.

4º) *Elemento finalista*: "hallándose destinados al uso público, directo o indirecto, de los habitantes".

a.1.3) Enumeración

El artículo 2340 del Código Civil establece:

"Quedan comprendidos entre los bienes públicos:

"1º) Los mares territoriales hasta la distancia que determine la legislación especial, independientemente del poder jurisdiccional sobre la zona contigua;

"2º) Los mares interiores, bahías, ensenadas, puertos y ancladeros;

"3º) Los ríos, sus cauces, las demás aguas que corren por cauces naturales y toda otra agua que tenga o adquiera la aptitud de satisfacer usos de interés general, comprendiéndose las aguas subterráneas, sin perjuicio del ejercicio regular del derecho del propietario del fundo de extraer las aguas subterráneas en la medida de su interés y con sujeción a la reglamentación;

"4º) Las playas del mar y las riberas internas de los ríos, entendiéndose por tales la extensión de tierra que las aguas bañan o desocupan durante las altas mareas normales o las crecidas medias ordinarias;

"5º) Los lagos navegables y sus lechos;

"6º) Las islas formadas o que se formen en el mar territorial o en toda clase de río, o en los lagos navegables, cuando ellas no pertenezcan a particulares;

"7º) Las calles, plazas, caminos, canales, puentes y cualquier otra obra pública construida para utilidad o comodidad común;

"8º) Los documentos oficiales de los poderes del Estado;

"9º) Las ruinas y yacimientos arqueológicos y paleontológicos de interés científico".

a.1.4) Caracteres jurídicos

a.1.4.1) Inalienabilidad

La "inalienabilidad" de un bien supone que está "fuera del comercio de derecho privado, no pudiendo alienarse por contrato u otro acto jurídico de derecho civil"³. La inalienabilidad de los bienes del dominio público surge implícita, al decir de Diez, del principio de no comerciabilidad de dichos bienes⁴. En el mismo sentido se expresa Marienhoff⁵.

El fundamento de la inalienabilidad es, en opinión de Diez, "el de reservar a las generaciones futuras los bienes del dominio público"⁶. Para Marienhoff tal indisponibilidad tiende a asegurar el cumplimiento del fin que motiva la afectación⁷.

Un bien declarado dominial no puede embargarse, hipotecarse ni ser objeto de ejecución forzosa⁸.

a.1.4.2) Imprescriptibilidad

La "imprescriptibilidad" de un bien significa que no puede ser adquirido por la posesión continua de un ocupante durante el lapso de tiempo fijado por la ley (interpretación *a contrario sensu* del art. 3948 del Cód. Civ.).

El fundamento de la "imprescriptibilidad" es, al decir de Waline, poner a cubierto a la Administración de imprevistas o sorpresas de tracciones al patrimonio comunitario⁹.

"Toda ocupación de hecho del suelo o de otro bien público, no importa adquisición de posesión, ni de propiedad o servidumbre, y constituye una contravención y una usurpación permanente que puede

³ DIEZ, ob. cit., p. 271.

⁴ Ídem, p. 274.

⁵ MARIENHOFF, ob. cit., p. 225.

⁶ DIEZ, ob. cit., p. 263.

⁷ MARIENHOFF, ob. cit., p. 221.

⁸ Lo dijo la Corte Suprema de Justicia de la Nación —entre otras tantas veces— in re "Puebla vs. Provincia de Mendoza", J. A. 34-296.

⁹ WALINE, Marcel, *Les mutations domaniales*, Paris, 1870, p. 43, citado por DIEZ, ob. cit., ps. 280 y ss.

ser siempre perseguida, no pudiéndose invocar el hecho de la posesión ni el justo título ni de la buena fe"¹⁰.

Los bienes del dominio público están exentos de imposición fiscal¹¹.

a.1.4.3) Sujeción a reglamentos de policía

Los bienes del dominio público están sujetos a un régimen especial, único para este tipo de bienes¹².

a.2) Bienes del dominio privado del Estado

El artículo 2342 del Código Civil establece que:

"Son bienes privados del Estado general o de los estados particulares:

"1º) Todas las tierras que estando situadas dentro de los límites territoriales de la República, carecen de otro dueño;

"2º) Las minas de oro, plata, cobre, piedras preciosas y sustancias fósiles, no obstante el dominio de las corporaciones o particulares sobre la superficie de la tierra;

"3º) Los bienes vacantes o mostrencos, y los de las personas que mueren sin tener herederos, según las disposiciones de este Código;

"4º) Los muros, plazas de guerra, puentes, ferrocarriles y toda construcción hecha por el Estado o por los Estados, y todos los bienes adquiridos por el Estado o por los Estados por cualquier título;

"5º) Las embarcaciones que diesen en las costas de los mares o ríos de la República, sus fragmentos y los objetos de su cargamento, siendo de enemigos o de corsarios".

a.3) Bienes de los particulares

Se trata de todos los bienes que, estando "dentro del comercio" (es decir "cuya enajenación no fuere expresamente prohibida o dependiente de una autorización pública", conforme a la prescripción del art. 2336 del Cód. Civ.) no pertenecen al Estado general o a los Estados particulares.

¹⁰ DIEZ, ob. cit., p. 281.

¹¹ CSJN, Fallos: 146:304 y 315.

¹² CSJN, Fallos: 146:289 y ss.

b) Bienes sin dueño ("res nullius")

Son los bienes que el Código Civil considera como susceptibles de apropiación privada (art. 2343):

"1º) Los peces de los mares interiores, mares territoriales, ríos y lagos navegables, guardándose los reglamentos sobre la pesca marítima o fluvial.

"2º) Los enjambres de abejas, si el propietario de ellos no los reclamare inmediatamente.

"3º) Las piedras, conchas u otras sustancias que el mar arroja, siempre que no presenten signos de un dominio anterior.

"4º) Las plantas y yerbas que vegetan en las costas del mar, y también las que cubrieren las aguas del mar o de los ríos o lagos, guardándose los reglamentos policiales.

"5º) Los tesoros abandonados, monedas, joyas y objetos preciosos que se encuentran sepultados o escondidos, sin que haya indicios o memoria de quién sea su dueño, observándose las restricciones de la parte especial de este Código, relativas a esos objetos".

4. Los interrogantes

¿Es posible proteger adecuadamente a un lago interior, en su constitutiva complejidad, sobre la base de considerar que se trata de un bien del *dominio público* y por tanto "fuera del comercio", pero que los arbustos de sus orillas y los peces de su interior son en principio *bienes sin dueño* y —por tanto— susceptibles de "apropiación"? ¿Cómo influirá, en términos de la protección global del lago, y de acuerdo a los modos de adquisición del dominio y justificación de la propiedad, el hecho de que las ruinas de una construcción añosa apoyada en la ribera de nuestro lago y desligada del suelo, como también las piedras que caracterizan su playa sean *bienes muebles* accesibles a los visitantes, aunque el lago "en sí mismo" sea un *bien inmueble*? ¿Y qué decir de los animales terrestres y de las aves (*bienes muebles* en la nomenclatura del Código) que "van y vienen" entre la ribera del lago y los inmuebles vecinos, algunos de los cuales tienen por dueño al propio Estado, integrando su *dominio privado*, y otros a *particulares*?

¿constitutivamente tienen dueño, no tienen dueño, son susceptibles de apropiación o depende de donde se encuentren?

En realidad, históricamente la regulación jurídica del medio ambiente ha sido asumida en forma parcial o sectorial. Existen normas sobre flora, fauna, reservas naturales, patrimonio cultural o histórico, contaminación del agua, del aire, del suelo, etcétera. Tales normas pueden provenir tanto del derecho privado (vgr.: Código Civil sobre apropiación) cuanto del derecho público (vgr.: control de contaminantes) y han sido dictadas (y aplicadas) por autoridad nacional o por autoridades locales. En las regulaciones ambientales de rigor, han tenido relevancia tanto la tipificación de los bienes concernidos en razón de su naturaleza intrínseca (cosas muebles o inmuebles, objetos inmateriales) cuanto de su titularidad (bienes con dueño, bienes sin dueño, bienes del dominio público, bienes privados).

¿Traduce esta costumbre normativa la complejidad del fenómeno medioambiental? ¿Satisface (o agota) esta estrategia jurídica la preocupación tuitiva del artículo 41 de la Constitución Nacional? Evidentemente no. Las regulaciones parciales o sectoriales podrán ser “necesarias” pero nunca “suficientes”, porque adolecen de la visión de conjunto que la materia requiere.

5. El medio ambiente como universalidad jurídica

¿Existe, dentro del inventario de dispositivos jurídicos vigente, una forma de captar eficazmente la complejidad del medio ambiente? En nuestro criterio, la estrategia de protección susceptible de contemplar desde el derecho la naturaleza sistémica del ambiente se enmarca en la noción de universalidad jurídica¹³.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación (vgr.: en *Fallos*: 212:600) ha considerado a esta figura con relación a los establecimientos industriales, y según la interpretación de Spota “...resulta fácil comprender que una unidad económica, como un establecimiento o hacienda industrial o mercantil (o una civil), tiene un valor como tal

¹³ HUTCHINSON, Tomás en MOSSET ITURRASPE, HUTCHINSON y DONNA, *Daño ambiental* cit., t. I, ps. 320 y ss.

organización de factores de la producción que resulta distinto de la suma de cada uno de los valores de los bienes que la integran aprehendidos aisladamente...” La Corte funda su doctrina en la fisonomía de derecho público de los bienes destinados al servicio concedido, que constituyen “una universalidad económica material e inmaterial” a la cual “no le son estrictamente aplicables las reglas del derecho privado, civil o comercial, salvo que lo fueren en forma subsidiaria”. Añade que se trata de bienes y objetos inmateriales, que si son cosas muebles e inmuebles *per se*, integran, sin embargo, “una comunidad patrimonial absorbida por la afectación funcional de valores y efectos económico-sociales indisolubles entre sí”. Esos bienes “adquieren o se revisten de una naturaleza jurídica diferente de la que representaban unitaria y originariamente”¹⁴. Concluye Spota, recordando a Biliboni, que “reglar en forma diversa las partes de una central hidroeléctrica, sin comprender todo lo que forma esa unidad técnica, económica y financiera, significa olvidar la realidad y originar perturbaciones en el comercio jurídico”¹⁵.

En nuestro criterio, los fundamentos transcriptos resultan extrapolables al momento de reconsiderar jurídicamente al medio ambiente y a los intentos de protección estructurados desde el derecho.

Considerar al medio ambiente como una *universalidad* no supone invalidar las regulaciones específicas sobre algunos de sus elementos —si ello fuera conveniente— pues, como ha dicho Doménico Barbero, “la *universalidad de cosas* es una categoría lógica [...] que no implica un nuevo sujeto de derecho [...] ni designa un ser sintético, formado por varios otros [...] sino que designa una operación del pensamiento sobre ellas”¹⁶.

Finalmente, considerar al medio ambiente como una universalidad conlleva —entre otras consecuencias— la de operar una modificación

¹⁴ SPOTA, Alberto G., *Tratado de derecho civil*, Depalma, Buenos Aires, 1969, t. I, *Parte general*, vol. 3 (*El objeto del derecho*), ps. 254 y ss.

¹⁵ Ídem, ps. 263 y ss.

¹⁶ BARBERO, Doménico, *Le universalità patrimoniali. Universalità di fatto e di diritto*, Milano, 1936, ps. 1 y ss., citado por SPOTA, ob. cit., t. I, vol. 3, ps. 673 y ss.

En el mismo sentido: HUTCHINSON, ob. cit., t. I, ps. 322 y ss.

en la condición jurídica de sus componentes, en la medida en que su integración al conjunto le otorga una significación distinta a la original. Volviendo a los ejemplos que sembraban los interrogantes jurídicos planteados más arriba, diremos que un animal silvestre es *per se* una cosa mueble, pero considerado en el contexto de un ecosistema podrá ser asumido como cosa inmueble por *accesión moral natural*¹⁷. Y más aún, no sólo asignaremos a un ejemplar concreto tal virtualidad; lo mismo podrá decirse de sus descendientes, actuales o potenciales.

En función de la preocupación por la *lógica territorial*, es evidente que *congregar* (cuantitativamente) y *concentrar* (cualitativamente) la protección en torno a un sitio determinado, fundado en razones ecológicas, no sólo es conveniente en términos ambientales sino también en términos institucionales, en la medida en que se limitan los problemas interjurisdiccionales que florecerían si consideráramos a cada factor o elemento por separado conforme al registro jurídico establecido (bien mueble, bien inmueble, bien sin dueño, bien con dueño, bien fuera del comercio, etc.).

¹⁷ Si bien Vélez Sársfield contempló el cambio de naturaleza de un bien por su inserción en otro de distinto carácter (tal el caso de los *muebles* que por *accesión moral* se convierten en *inmuebles*, como los peces de un estanque, referidos en el art. 2316 y su correspondiente nota), dicho enclave proviene de la actividad intencionada del hombre; se trata de una *accesión humana o artificial* y no de una *accesión provocada* por agentes o voluntades distintas al ser humano. No contempla el autor del Código Civil la alternativa de un agregado natural de seres vivos e inertes, unidos por motivos distintos que la intención humana.

CENTRO DE ESTUDANTES DE DERECHO

Capítulo IV

NATURALEZA JURÍDICA DE LA PRETENSIÓN AMBIENTAL

1. Introducción

El artículo 41 de la Constitución Nacional argentina consagra el derecho a gozar de "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", imponiendo asimismo el deber de preservarlo.

¿Derecho y deber en torno al mismo objeto son simultáneamente posibles? ¿Qué tipo de derecho es aquel que se garantiza a todos los habitantes de hoy y a todos los habitantes del mañana? Y finalmente, ¿cuál es el bien jurídicamente protegido por la cláusula? Éstos son los interrogantes que habremos de abordar en este capítulo.

2. Naturaleza jurídica de la "pretensión ambiental":

¿"interés difuso", "derecho" o "derecho-deber"?

a) ¿Qué es lo "difuso" de un interés difuso?

Tradicionalmente se ha sostenido que la pretensión de un ambiente sano encuadra dentro de la categoría de los "intereses difusos". Corresponde entonces preguntarse: ¿qué es lo "difuso" del llamado interés difuso?

En el lenguaje vulgar, el término "difuso" asume cierta equivocidad de significado. A veces se utiliza la expresión "difuso" para mentar algo etéreo, evanescente, volátil, algo que se esfuma; en otras ocasiones

521 - 071 14

se utiliza la expresión "difuso" para referirse a algo dilatado, esparcido, difundido: éste es en realidad el significado etimológico del término¹.

Conforme al primer significado (*difuso* como *evanescente*), un interés difuso sería una pretensión de tenor bajo (a partir de ahora vamos a hablar de "pretensión" en lugar de "interés" porque aquel término es más dúctil, en sentido jurídico, que éste). Afirmado en la legislación nacional vigente, pareciera ser ésta la opinión oportunamente sustentada por Miguel Marienhoff².

De acuerdo al segundo significado (*difuso* como *dilatado*), un interés difuso sería una pretensión colectiva o supraindividual³. Pareciera ser ésta la posición mayoritaria de la doctrina en torno al tema que nos ocupa y que sustentan Morello, Hitters y Berizonce⁴, Vázquez Rossi⁵, Barrios de Ángelis⁶ y Virga⁷.

Una reflexión que salta a la vista es que, prohijado en la equívocidad del término "difuso", pueden plantearse dos tipos de problemas: un problema de densidad de tutela (primer significado de lo difuso) y un problema de legitimación⁸ (segundo significado de lo difuso).

¹ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua española*, Espasa Calpe, Madrid, 1984, t. I, p. 498.

² MARIENHOFF, Miguel, *Delfines o toninas y acción popular*, en E. D. 105-244 y ss.

³ Distinciones conceptuales entre lo difuso, lo colectivo, lo público y lo supra-individual en DENTI, Vittorio, en *Novissimo Digesto Italiano*, Appendice, UTET, 1983, p. 306; FAZZALARI, Ezio, *Istituzioni di diritto processuale*, Cedam, Padova, ps. 183 y ss.

En el mismo sentido: VIRGA, Pietro, *Diritto amministrativo. Atti e ricorsi*, Z, Milano, 1987, ps. 183 y ss. Tuvimos acceso a este material por la trad. del Dr. Decio Carlos Ulla.

⁴ MORELLO, Augusto M.; HITTERS, Juan Carlos y BERIZONCE, Roberto Omar, *La defensa de los intereses difusos*, en J. A. 1982-IV-700 y ss.

⁵ VÁZQUEZ ROSSI, Jorge, *Apuntes para el encuadre de la problemática de los intereses difusos*, en *Ponencias generales del II Encuentro Panamericano y XII Congreso Argentino de Derecho Procesal*, Rosario, 1983, ps. 133 y ss.

⁶ BARRIOS DE ÁNGELIS, Dante, *Defensa judicial de los intereses difusos*, en *Introducción al proceso*, Idea, Montevideo, 1980, p. 102.

⁷ VIRGA, ob. cit., ps. 103 y ss.

⁸ GRECCO, Carlos Manuel, *Ensayo preliminar sobre los denominados intereses difusos o colectivos y su protección judicial*, en L. L. del 16-4-84, año XLVIII, N° 110, ps. 3 y ss.

b) *La conexión de los problemas*

Cruzando ambas cuestiones obtenemos las siguientes cuatro situaciones posibles:

	Legitimación restringida	Legitimación amplia
Pretensión alta	Situación 1	Situación 2
Pretensión baja	Situación 3	Situación 4

En un primer análisis, el sentido común diría que:

- Hay una serie de casos en que la ampliación de la legitimación no guarda relación decisiva —más allá de ciertas tendencias— con el grado de intensidad de la tutela de una pretensión;
- Hay otro tipo de casos en que es visible la tendencia en el sentido de que la ampliación de la legitimación parece jugar a favor, en el mismo sentido (e incluso ser directamente proporcional) a la intensidad de la tutela, y,
- Hay un tercer tipo de casos en que ocurre lo contrario del caso anterior (a mayor legitimación, la tendencia es una menor protección efectiva).

Llamaremos a estas tres relaciones: relación neutra (R0), relación positiva (R+) y relación negativa (R-), respectivamente.

Algunos ejemplos relacionados a ciertos derechos pueden aclarar lo dicho:

Primer ejemplo (R0): Tengo la pretensión de ejercer libremente mi culto; se trata de un culto reconocido por el país y cuyas prácticas no ofenden al orden ni a la moral pública, ni perjudican a terceros. En el contexto de un sistema democrático, fundado en la tolerancia, el grado de protección de esta pretensión no parece guardar una relación determinante con el hecho de que mis vecinos y conciudadanos tengan el mismo anhelo. En las condiciones citadas, todos podríamos tener una pretensión intensa a ejercer libremente nuestro culto.

Segundo ejemplo (R+): Tengo la pretensión, como consumidor, de no ser engañado en las calidades de los productos que se ofrecen en

el mercado. El sentido común me dice que mientras más habitantes-consumidores compartan este anhelo mayores posibilidades habrá de que la pretensión se efectivice, en la medida en que se conformará una conciencia social que valorizará la confiabilidad del mercado y su incidencia en la calidad individual de vida. Esta constatación no pasará inadvertida para los fabricantes de productos, que habrán de esforzarse por ganar la confianza de los consumidores. Entonces, a mayor interés en la pretensión, mayor posibilidad de su tutela efectiva.

Tercer ejemplo (R-): Tengo la pretensión de acceder a una vivienda digna, pero la lógica de la situación (una lógica concreta, "situada") me dice que si mis vecinos y todos mis conciudadanos tienen la misma ambición dentro de un contexto socioeconómico estrecho o limitado, entonces tendré menores posibilidades de que mi pretensión se concrete. Para decirlo siguiendo los términos que venimos utilizando: a mayor interés en la pretensión, menor posibilidad de su tutela efectiva.

c) *El sentido del texto constitucional*

Respecto de la intensidad de la tutela, es claro que la pretensión de la preservación del medio ambiente sano consagrado en la Constitución Nacional no constituye una mera aspiración (al modo de un interés difuso en el sentido de etéreo o volátil) sino un auténtico derecho⁹, con la peculiaridad de que el sujeto *destinatario* de la pretensión es también —de alguna manera— su *agente*, en la medida en que debe asumir un activo protagonismo para que tal pretensión pueda efectivamente concretarse.

En realidad, estamos en presencia de un derecho que se alimenta con el correlativo deber, b, para decirlo con otras palabras, se trata

⁹ Así lo han interpretado las constituciones nacionales a partir de los años 70 del siglo XX. A título de ejemplo: Suiza, con la modificación del año 1971 a su art. 27; Bulgaria de 1971, art. 31; Grecia de 1975, art. 24; Portugal de 1976, art. 66; Polonia de 1976, art. 12; España de 1978, art. 45; Perú de 1979, art. 123.

Sobre la incorporación del derecho ambiental en las constituciones provinciales argentinas: LÓPEZ, Joaquín, *Los recursos naturales, la energía y el ambiente en las Constituciones de las provincias argentinas*, en Instituto Argentino de Estudios Constitucionales y Políticos, *Derecho público provincial*, Depalma, Buenos Aires, 1983, t. III, ps. 1 y ss.

de un derecho irrenunciable. Y una de las consecuencias que se siguen de esta conclusión radica en comprender que no es sólo el Estado quien debe velar (y responsabilizarse) por el medio ambiente sano sino —en variadas pero efectivas maneras— todos y cada uno de sus habitantes¹⁰.

En el caso "Kattan", el juez federal interviniente había expresado estas ideas con claridad: "...considero que el derecho de todo habitante a que no modifiquen su hábitat constituye [...] un derecho subjetivo. En efecto, la destrucción, modificación o alteración de un ecosistema interesa a cada individuo, defender su hábitat constituye [...] una necesidad o conveniencia de quien sufre el menoscabo, con independencia de que otros miembros de la comunidad no lo comprendan así y soporten los perjuicios sin intentar defensas. Si se altera el aire que se respira, el agua que se bebe o la comida que se ingiere, el afectado directo es cada uno de los potenciales perjudicados. Si la biósfera se modifica, cada persona verá alterada su forma de vivir, su existencia estará amenazada o reducida; no se trata de necesidades o conveniencias públicas, se trata de cada vida afectada y de quienes dependen de esta persona"¹¹.

Teniendo presente el efecto multiplicador que una conducta individual o sectorial puede tener sobre el conjunto de la población en materia tan dilatada, esparcida o difundida (lo difuso se asume ahora

¹⁰ J1^o Inst. CAdm. N° 2 de la Capital Federal, 10-5-83, *in re* "Kattan, Alfredo E., y otro c/ Poder Ejecutivo Nacional", E. D. 105-214 y ss.

¹¹ "Hay una interrelación, una conexidad en nuestras relaciones que no hemos descubierto: está prohibido matar pero puedo ir quitando la vida de mi vecino con total indiferencia y desaprensión sin que se dé cuenta; se la puedo quitar a través de la molestia que le ocasiono por los ruidos, se la puedo quitar involuntaria pero efectivamente con el consumo continuo del tabaco [...] Nadie, salvo los criminales que se encuentran encerrados en la cárcel con veinticinco años de prisión, quita drásticamente la vida sin una sanción, sin que la eficacia del sistema jurídico no lo persiga. Alguno, cada tanto, escapa, pero todos escapamos todos los días a la destrucción que hacemos de la vida. Destruimos los árboles, nos olvidamos que el aire que respiramos no es otra cosa que un proceso clorofílico, físico-químico, que no hace otra cosa que permitirnos la vida en todo momento. Interín, no concebimos eso: miramos el bosque y lo hacemos como quien mira una mineralización. Y procedemos a talar el bosque..." (PIGRETTI, Eduardo A., *El ambiente y la fauna*, en *Primer Congreso Nacional de Derecho sobre Protección de la Fauna* cit., capítulo *Exposiciones*, p. 6).

en el segundo de los significados precisados más arriba), la legitimación para reclamar debe ampliarse para que el derecho no se torne ilusorio. Ello es consecuencia lógica de la jerarquización normativa que supone la inserción explícita del derecho-deber en la Constitución Nacional y explica la habilitación no sólo del afectado, sino también del Defensor del Pueblo y de las asociaciones ambientalistas debidamente autorizadas, para interponer la acción de amparo contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares que en forma actual o inminente restrinjan, alteren o amenacen, con arbitrariedad o ilegalidad manifiestas, los derechos que protegen el ambiente (art. 43 de la Constitución Nacional).

Se construye de este modo una relación entre pretensión y legitimación de tipo positivo (R+), conforme a la clasificación estructurada más arriba, en la medida en que cabe suponer que mientras mayor sea el interés en la pretensión, mayor posibilidad habrá de lograr su tutela efectiva (si todos los afectados por la contaminación de un río —o por la destrucción de un monumento histórico o de un paisaje irrepetible— plantean el problema, de seguro estarán en mejores condiciones de evitar que unos pocos puedan continuar degradándolo).

3. El bien jurídico protegido

Lo que manda proteger la cláusula *sub examine*, ¿es el medio ambiente en sí mismo? o ¿es la salud humana en función del medio ambiente? Las preguntas señaladas pueden conducir a respuestas diferentes y —en el extremo— contrarias.

En efecto, si lo que prótejo es el medio ambiente *en sí mismo*, las normas de ponderación vendrán dadas por las condiciones de calidad medidas sobre el propio ambiente (que obviamente también integra el hombre); si —en cambio— lo que protejo es la salud humana en función del medio ambiente, las normas de calidad no serán normas de calidad ambiental sino normas de calidad de vida humana.

Quienes se inclinan por la primera respuesta (el bien jurídico protegido es el medio ambiente *incluido* el hombre) ponen énfasis en el *equilibrio* y la *sanidad* medioambiental que el texto de la cláusula manda resguardar y también en la exigencia de preservar la *biodiver-*

sidad, en la medida en que estas expresiones colocan al hombre *dentro* del sistema; quienes se inclinan por la segunda respuesta (el bien jurídico protegido es la *salud humana*) ponen énfasis en las expresiones *desarrollo humano* y *necesidades presentes sin comprometer a las generaciones futuras* insertas en la cláusula, en la medida en que con ellas se estaría resaltando al género humano por sobre los demás.

El tema de la preservación de la biodiversidad permite plantear los matices que brindan las respuestas anteriores en su justa dimensión: cuando protegemos al cocodrilo, ¿lo hacemos porque forma parte de una cadena biológica, con prescindencia del uso que de él haga el hombre? (tal sería la respuesta del *equilibrio medioambiental* como bien jurídico protegido); ¿o lo hacemos porque el hombre necesita cocodrilos, ya sea para incorporarlos a la cadena productiva o para verlos en un zoológico? (tal sería la respuesta de la *salud humana —lato sensu—* como bien jurídico protegido).

En nuestra opinión, siguiendo con el ejemplo anterior, debemos proteger al cocodrilo para que el cocodrilo siga viviendo, porque integra la cadena biológica que el hombre no inventó sino que heredó. Si el *precio* de proteger al cocodrilo fuese (hipotéticamente) no poder verlo más en los zoológicos, deberíamos pagar ese *precio*, porque el cocodrilo no es un producto humano (que nace cuando abrimos los ojos y desaparece cuando los cerramos)¹² sino una criatura que compone —como tantas otras, incluido el hombre— un sistema del que no somos dueños.

Más aun: en nuestro criterio la vida del cocodrilo no debería depender de una “filosofía humana *no antropocéntrica*” inventada por hombres caritativos, ni de una construcción intelectual que conciba los derechos del animal a partir de una especie de “prolongación biológica” de los derechos humanos. Estos criterios, aunque loables, parten del presupuesto de que el hombre puede “crear” intelectualmente (y eventualmente “dejar de crear” o “dejar de justificar”) la protección de la vida ajena. Pero hay que volver siempre sobre lo mismo: el

¹² Huelga decir que no compartimos una opinión como la de Pluche, citado por Hampson, cuando afirma que “es por él (por el hombre) por quien sale el sol; es por él por quien brillan las estrellas” (HAMPSON, N., *The enlightenment*, citado por DOBSON, Andrew, *Pensamiento político verde*, trad. de José Pedro Tosaus, Paidós, Barcelona, 1997, p. 31).

hombre, en tanto no es el creador de la naturaleza, tampoco puede ser el justificador intelectual de su protección o desprotección.

Por ello, retomando el tema que nos ocupa en este capítulo, consideramos que el bien jurídico protegido por el artículo 41 de la Constitución Nacional no es la salud humana sino el equilibrio medioambiental asumido como presupuesto de la calidad de vida humana. De modo que en nombre de "cierta" calidad de vida humana no podría convalidarse (ni ética ni jurídicamente) el perjuicio al equilibrio medioambiental ni el menoscabo a la diversidad biológica.

En el contexto de las preocupaciones planteadas en el marco teórico de este trabajo, consideramos que –en la medida en que exige el compromiso constante del hombre para asegurar la aptitud del entorno– la cláusula bajo examen permite:

- Desde el punto de vista científico, considerar al ambiente no sólo como un conjunto de *elementos* sino –básicamente– como un conjunto de complejas *relaciones* cuyo equilibrio debe ser mantenido;
- desde el punto de vista meta-científico (o filosófico), considerar al hombre *involucrado* (y por tanto "comprometido") en la protección de la "casa grande" y no meramente *rodeado* (y por tanto "separado" o "recortado") de un entorno sobre el que se autoasigne facultades de dominio y apropiación.

521 - 07

16

Capítulo V

"BIODIVERSIDAD" Y SISTEMA POLÍTICO

El artículo 41 de la Constitución ordena a *las autoridades* que provean a "la preservación del patrimonio natural y cultural y de la *diversidad biológica*..."

La protección de la *biodiversidad* puede entenderse circunscripta al específico contexto científico (razón de ser originaria de la cláusula) o –a la vez y sin perder su sentido específico– proyectarse sobre otros contextos, en los que probablemente adquiera una justificación adicional y una significación más plena.

Recorreremos en este capítulo el segundo de los caminos indicados para detectar si, en este nuevo marco, la "biodiversidad" –en tanto expresión de la heterogeneidad "natural"– se vincula con otras heterogeneidades de raíz "cultural".

1. Biodiversidad y totalitarismo

La preferencia por la diversidad –tanto en el ámbito de la naturaleza cuanto en el de la sociedad– no siempre se ha percibido como algo valioso¹.

¹ "La diversidad biológica o biodiversidad se refiere al grado de variedad de la naturaleza, pudiendo dividirse en tres categorías jerárquicas (genes, especies y ecosistemas), que describen aspectos completamente diferentes de los sistemas vivientes" y que abarcan desde las estructuras químicas que son las bases moleculares de la herencia hasta los ecosistemas completos, midiéndose –por consiguiente– de distintas formas:

"La *diversidad genética* se refiere a la variación de genes dentro de una especie. Puede abarcar distintas poblaciones de la misma especie [...] o variaciones genéticas dentro de una misma población";

"La *diversidad de especies* se refiere a la variedad de especies dentro de una región" (se estima que en el mundo existen entre 5 y 30 millones de especies, pero sólo ha sido relevado 1,4 millón);

"La *diversidad de ecosistemas* resulta más complicada de medir que las dos

16

Una de las características del totalitarismo, tal vez aquella que mejor lo explica, es la de considerar a la diversidad social —entendida como heterogeneidad étnica, religiosa, lingüística, ideológica, socioeconómica, cultural o de otra índole— como un factor de peligrosidad (actual o latente) y aun como una explicación de las frustraciones sociales. A partir de este diagnóstico, el remedio no ha podido ser otro que el de imponer un pensamiento homogéneo.

Si el fundamento de la diversidad en lo político es la igualdad (todas las concepciones deben ser respetadas —en tanto no ofendan el orden, la moral pública ni perjudiquen a un tercero— porque expresan las convicciones de seres humanos iguales en su dignidad), el fundamento de la homogeneidad es la superioridad (debe preferirse —y luego imponerse— una interpretación de la historia, un estilo de vida y —finalmente— la vida de quienes despliegan esa interpretación y ese estilo por sobre la vida de los demás). La superioridad debe —a su vez— fundamentarse, para que sea preferida en una comunidad a la igualdad. Tal fundamentación, que no puede ser presentada “hacia afuera” en términos autorreferenciales o con una apariencia de subjetividad, ha sido históricamente “buscada” en distintas fuentes: a) En ocasiones, en las enseñanzas de la propia historia (debería decirse en una caprichosa interpretación de la historia), en especial en la llamada “filosofía de la historia”, por la cual se otorga sentido unitario a un pasado que permite entender unívocamente al presente y formular profecías para el porvenir; b) en ocasiones, en las demostraciones recurrentes de la ciencia (debería decirse en una caprichosa interpretación de los resultados de la ciencia), en especial de las llamadas “ciencias duras”, aquellas que pueden ofrecer corroboraciones en cualquier momento; al estilo de “el calor dilata los metales”, y, c) en ocasiones, se ha reparado en el ejemplo de la “madre naturaleza”.

Esta última perspectiva se presenta a sí misma como una explica-

anteriores, por cuanto es difícil determinar los ‘límites’ de los ecosistemas y de las comunidades, es decir, de las asociaciones de especies”.

Los párrafos entrecuillados corresponden a: GALLO MENDOZA, Guillermo y SEJENOVICH, Héctor, *Diversidad biológica*, Anexo II del *Manual de cuentas patrimoniales* de Héctor Sejenovich; Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente y Fundación Bariloche, México, 1996, ps. 102 y ss.

ción “objetiva” y “neutral”, en el más estricto sentido de ambas palabras: “objetiva” porque la naturaleza sería algo externo a nosotros (los sujetos) y “neutral” porque su plan no estaría contaminado por la subjetividad o la maldad humanas. ¿Y cuál es el ejemplo de la “madre naturaleza”? ¿qué enseñanzas se ofrecen a nuestra mirada externa?, ¿cuál es la causa de su funcionamiento perfecto y regular? Para esta ceñida percepción, la regla de oro del admirable funcionamiento de la naturaleza —aquella que la explica en términos teóricos y la mantiene y reproduce en términos históricos— es la lucha por la supervivencia, en la cual el más fuerte prevalece sobre el más débil. De modo que lo que nosotros vemos “desde afuera” como un perfecto equilibrio no es otra cosa que la resultante de continuos desequilibrios internos y lo que juzgamos globalmente como “perfecta armonía” es —a su vez— la consecuencia de una “guerra despiadada” que premia con la vida al que demuestra su superioridad y castiga con la muerte al que revela su inferioridad.

Este “darwinismo natural” se traslada como “modelo de funcionamiento” —no sólo explicativo sino fundamentalmente preceptivo— a las relaciones humanas. Junto con una falaz interpretación de la historia —que atribuía a un solo sector social la causa de las penurias comunitarias— y un igualmente mentiroso fundamento científico —que asignaba superioridad natural a los representantes de un brumoso tipo antropomórfico—, este “darwinismo social”² conformó el núcleo teórico del nacionalsocialismo alemán, causante de la Segunda Guerra Mundial y del exterminio de millones de inocentes.

Al percibir a la naturaleza como un factor objetivo de justificación para vindicar la “antidiversidad social”³, el totalitarismo nazi la ha

² Vide: LUKACS, Georg, *El asalto a la razón. La trayectoria del irracionalismo desde Schelling hasta Hitler*, trad. de Wenceslao Rocés, Grijalbo, México, 1984, Cap. VII.

³ Hay quienes creen ver en el “ordenamiento natural” una lección de igualdad y no de desigualdad.

“Según esta visión, ninguna parte del mundo natural es independiente y, por tanto, ninguna puede reclamar ‘superioridad’. Sin las humildes bacterias que limpian nuestra pared intestinal, por ejemplo, los seres humanos estaríamos permanentemente enfermos. Así mismo, esas bacterias concretas necesitan nuestro intestino para vivir.

interpretado de un modo falaz, interesado e ideológico. Por cuanto si algo revelaba la observación del funcionamiento de la "madre naturaleza" no era el espectáculo de la "lucha encarnizada contra la diversidad" sino un particular y exitoso "mecanismo de reproducción de la diversidad".

2. Biodiversidad y tipos de democracia

Los regímenes basados en la tolerancia política, entendida como aceptación de la diversidad del pensamiento y la conducta humanos, no necesariamente han adherido a las corrientes de aceptación de la diversidad biológica.

Son numerosos los casos de sistemas democráticos en lo político que han devastado la cadena biológica y el equilibrio ambiental. La pregunta sería entonces: ¿también la democracia es incompatible con el respeto de la biodiversidad? Si así fuera, ¿entonces no existe relación posible entre *régimen político y desarrollo sustentable*?

Las preguntas ameritan formular una disquisición previa en torno a lo que se entiende por democracia y a la vinculación de los posibles enfoques con la protección de la biodiversidad.

Las respuestas históricas formuladas en torno a lo que debe entenderse por "democracia" pueden clasificarse en dos grupos: o se trata de un consenso sobre valores o se trata de un consenso sobre procedimientos. Dicho de otro modo: ¿es el consenso sobre valores el que genera un acuerdo sobre los procedimientos para realizarlos, o es este último consenso—sobre los métodos— el que va definiendo prioridades históricas que se asumen como valores?

La primera respuesta (*democracia axiológica*) remite a las palabras de Pericles: "Por estas cosas y otras muchas, podemos tener en grande estima y admiración ésta nuestra ciudad, donde viviendo en medio de la riqueza y suntuosidad, usamos la templanza y hacemos una vida morigerada y filosófica, es a saber, que sufrimos y toleramos la pobreza

Hay un sentido, pues, en el hecho de que toda relación—desde el punto de vista ecológico— sea una relación simbiótica, y esto es lo que ayuda a crear un sentido de igualdad" (DOBSON, *Pensamiento político verde* cit., ps. 49 y ss.).

sin mostramos tristes ni abatidos y usamos de las riquezas más para las necesidades y oportunidades que se pueden ofrecer que para la pompa, ostentación y vanagloria. Ninguno tiene vergüenza de confesar su pobreza, pero tiénela muy grande de evitarla con malas obras"⁴.

La segunda respuesta (*democracia procesal*) remite a la técnica de gestión de la "cosa pública" y a los mecanismos de participación de la sociedad en un Estado concebido como organización.

Según Claude Lefort, "el rasgo revolucionario y sin precedentes de la democracia (es que) el lugar del poder se convierte en un lugar vacío. Inútil insistir sobre los detalles del dispositivo institucional. Lo esencial es que éste veda a los gobernantes la apropiación, la incorporación del poder. Su ejercicio está sometido a una puesta en juego periódica, a través de una competencia que obedece a reglas cuyas condiciones están preservadas de manera permanente. Este fenómeno implica una institucionalización del conflicto. Vacío, inocuable—tal que ningún individuo y ningún grupo puede serle consustancial— el poder se muestra sin imagen. Sólo son visibles los mecanismos de su ejercicio y los hombres, simples mortales, que ejercen la autoridad política [...] La democracia se revela así como la sociedad histórica por excelencia, la sociedad que, en su forma, recibe y preserva la indeterminación. Lo esencial, a mi juicio, es que la democracia se instituye y se mantiene en la disolución de las referencias de la certidumbre"⁵.

En realidad, tanto la dimensión "axiológica" cuanto la "procesal" deben entenderse como complementarias y no como contradictorias. No hay verdadera democracia sin el concurso de ambas dimensiones; cuando una de ellas falta estamos ante un remedo de democracia que, tarde o temprano—por sus métodos o por sus resultados— será socialmente percibido como un régimen diferente.

Una versión democrática que se circunscriba a los mecanismos procesales para la obtención de consensos, pero que se desinterese de la consecución de fines valiosos, terminará por convertirse en un en-

⁴ Extraído de TUCÍDEDES, *Historia de la Guerra del Peloponeso*, Lib. II, VII.

⁵ Citado por SEGAL, Silvia y VERÓN, Eliseo, *Perón o muerte*, Legasa, Buenos Aires, 1986, ps. 234 y ss.

tretenimiento lúdico; una versión democrática que no contemple la participación y el debate para definir prioridades terminará por convertirse en un régimen paternalista, de corte autoritario o totalitario.

Un tipo de *democracia procesal no axiológica* es aquella que ha subordinado la política al mercado, imponiendo la lógica económica cuyo éxito se mide por la obtención del mayor beneficio con el menor riesgo y en el menor plazo posible. La aplicación sistemática de este modelo liberal-utilitarista⁶ ha sido funcional a la "antidiversidad biológica" (extinción de especies, saturación de recursos naturales y contaminación ambiental), todo ello con el aval explícito o implícito de las mayorías. A su turno, la *democracia axiológica no procesal*, en la medida en que genera sistemas políticos paternalistas, no es un régimen proclive para debatir (o poner en cuestión) las decisiones ambientales susceptibles de comprometer al presente y al futuro. En el extremo del paternalismo se encuentra el totalitarismo, que —en su vertiente nacionalsocialista— realiza una lectura ideológica de la naturaleza, deviniendo funcional a la "antidiversidad biológica".

Sólo un sistema democrático "completo", que propicie la participación de todos y se proponga la consecución de fines valiosos, será capaz de comprender la complejidad del tema ambiental y su vinculación directa con la calidad de vida social (actual y futura). Una perspectiva axiológica-procesal o procesal-axiológica no sólo garantizará tomar las mejores decisiones (a mayor cantidad de opiniones sobre cuestiones no reservadas a las ciencias exactas menor margen estadístico de error), sino que asegurará la defensa social de esas de-

⁶ "Para el liberalismo utilitarista el deseo del propio placer es el único móvil del individuo: la confianza en la posibilidad de la armonía de los intereses privados egoístas o de la coincidencia de la utilidad privada con la pública se hizo posible gracias a la aplicación analógica a la política de los conceptos formulados por la economía de los librecambistas Adam Smith y Ricardo, o sea la de los mercados y de la utilidad. Las estructuras políticas que maximizaran el mercado político, expandiendo el cálculo utilitario al mayor número de personas, e hicieran depender a los gobernantes de las leyes del mercado, a través de frecuentes elecciones, permitirían la máxima felicidad del mayor número de personas" (MATTEUCCI, Nicola, *Liberalismo*, en BOBBIO, Norberto y MATTEUCCI, Nicola [dirs.], *Diccionario de política*, trad. de Raúl Crisafio, Alfonso García, Mariano Martín y Jorge Tula, Siglo XXI, México, 1982, t. II, p. 909).

cisiones frente al poder de los intereses sectoriales (siempre se está dispuesto a defender aquello en lo que se ha participado, pero difícilmente aquello que no se conoce por no haber intervenido en su gestión).

Pericles resumió la síntesis de las "dos democracias" con muy pocas palabras:

"Todos cuidan de igual modo de las cosas de la república que tocan al bien común como de las suyas propias, y ocupados en sus negocios particulares procuran estar enterados de los del común. Sólo nosotros juzgamos al que no cuida de la república, no solamente por ciudadano ocioso y negligente sino también por hombre inútil y sin provecho. Cuando imaginamos algo bueno, tenemos por cierto que consultar y razonar sobre ello no impide realizarlo bien sino que conviene discutir cómo se debe hacer la obra antes de ponerla en ejecución. Por esto en las cosas que emprendemos usamos juntamente de la osadía y de la razón más que ningún otro pueblo, pues los otros algunas veces —por ignorantes— son más osados que lo que la razón requiere, y otras —por quererse fundar mucho en razones— son tardíos en la ejecución".⁷

Este valor "epistemológico" de la *democracia axiológica-procesal* o *procesal-axiológica* es el que permite comprender la estrecha y directa relación existente entre el pluralismo social (tolerancia) y el pluralismo natural (biodiversidad).

⁷ Extraído de TUCÍDEDES, *Historia... cit.*, Lib. II, VII.

Capítulo VI

PROTECCIÓN MEDIOAMBIENTAL
Y SISTEMA ECONÓMICO

El artículo 41 de la Constitución Nacional ordena a las autoridades que provean la protección del derecho al medio ambiente sano y equilibrado, como así también a ~~“la utilización racional de los recursos naturales”~~.

A la pregunta acerca de cuándo estamos en presencia de un medio ambiente “sano”, conforme a la adjetivación constitucional, diremos como criterio interpretativo genérico que el calificativo “sano” debe asumirse en sentido amplio, no sólo como lo contrario a “enfermo” sino también en el sentido de “agradable”, aun desde el punto de vista estético. Una Constitución no puede establecer ecuaciones físicas, químicas, matemáticas o biológicas (si las hubiera) para que sirvan de parámetros de medición de la pureza, sanidad o contaminación ambiental. Tampoco puede apelar a fórmulas tan genéricas que prohíjan en la práctica una multiplicidad de interpretaciones (todas ellas lícitas o posibles), porque entonces la igualdad de los habitantes —en materia tan trascendente— se vería vulnerada.

En el presente capítulo analizaremos el *standard* de *utilización racional* de los recursos naturales, en el contexto de un sistema capitalista.

1. El concepto de “uso racional” de los recursos naturales en el sistema capitalista

En el sistema capitalista contemporáneo, Estado y Mercado se necesitan recíprocamente.

El Estado demanda del Mercado los recursos económicos sin los



521 - 07

FMI



CENTRO DE ESTUDIANTES DE DERECHO

cuales resultaría inviable para cumplir con sus cometidos y el Mercado demanda del Estado el sostenimiento de reglas de juego que otorguen previsibilidad a los intercambios. Esta relación requiere fundar las bases de su legitimidad en el consenso, de modo que los resultados que previsiblemente se obtengan resulten igualmente compatibles para el Estado (en términos de igualdad y justicia distributiva) y para el Mercado (en términos de obtención de excedentes).

Se trata, no obstante, de una relación "difícil", en la medida en que Estado y Mercado procuran maximizar sus objetivos y que ello sólo pueden lograrlo -en principio- a expensas de "la otra parte".

Dentro del contexto de una sociedad que asume las bases del sistema capitalista (caracterizado por el reconocimiento de la propiedad privada, la iniciativa particular y la competencia), la "cuestión ambiental", ¿debe ser considerada sólo en términos de costo-beneficio? Dicho de otra forma: ¿resultan incompatibles la búsqueda de ganancias y la preservación del medio ambiente? O también: la relación entre "afán de lucro" y "preservación del medio ambiente", ¿es una relación "imposible" o es una relación "conflictiva"? En este último caso, ¿el punto de equilibrio entre ambos objetivos sólo podrá obtenerse en base a factores "externos" a la voluntad del capital (tales como la regulación, el control y/o la represión)?, ¿o es posible que el capital asuma la "cuestión ambiental" como una preocupación propia, participando en la construcción de criterios específicos de protección?

Conforme a la perspectiva que se adopte, los términos de la relación varían dentro de un espectro de amplio radio. A título de ejemplo pueden citarse las siguientes actitudes:

- a) La preocupación ambiental puede ser asumida por el capital:
 - a1) como un costo adicional a la producción; o a2) como una oportunidad de diferenciación en el mercado²;

¹ Hemos desarrollado el tema de la relación entre Estado y Mercado en el siglo XX en nuestro trabajo *Un círculo vicioso: impacto de las emergencias continuadas en el diseño constitucional argentino*, en *Revista de Derecho Público*, N° 2002-2, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, noviembre de 2002, ps. 19 y ss.

² Sobre el particular, véase el llamado caso "Dolphin Safe", según la adaptación de Luis Bonino de un ejemplo dado por Stephen P. Robbins y Mary Coulter (*Administración*, Prentice-Hall Hispanoamericana, México, 1996) para la asignatura "Ele-

19

- b) la consigna proteccionista puede visualizarse: b1) como un dis-tractivo (retardatario) del proceso productivo, o b2) como una nueva línea de trabajo específico;
- c) el uso racional de los recursos puede ser percibido: c1) como una limitante cuantitativa de las actividades extractivas en el presente, o c2) como una garantía de reserva de esos recursos y consecuentemente como un reaseguro de la continuidad em-presaria hacia el futuro;
- d) en términos de motivación interna, la intención proteccionista puede receptarse: d1) con indiferencia dentro de la empresa; o d2) como factor de cohesión en el contexto de actividades diversificadas e incomunicadas³.

La elección por el primer término de las opciones precitadas -aque-las que se referencian como a1), b1), c1) y d1)- describe a la em-presa como tipo asociativo puramente "societario", según los términos maxweberianos, es decir como una "unión de intereses" que desarrolla una racionalidad netamente "finalista", utilizando las "expectativas como 'condiciones' o 'medios' para el logro de fines propios racio-nalmente sopesados y perseguidos".

La elección por el segundo término de las opciones precitadas -aque-las que se referencian como a2), b2), c2) y d2)- describe a la empresa como tipo asociativo que, más allá de su naturaleza básicamente "so-cietaria", participa -en algún grado- con el tipo "comunitario", según la terminología maxweberiana, es decir como una "unión afirmada en un sentimiento subjetivo", que desarrolla una racionalidad tanto "fina-lista" o "racional" cuanto "valorista" o basada en las convicciones⁴.

mentos Básicos de Organización Empresarial" correspondiente a la Maestría en Eva-luación de Impacto y Gestión Ambiental de la Universidad Católica de Santa Fe, material de estudio, Santa Fe, 2001.

³ Sobre el particular, véase el llamado caso "USX" (La misión corporativa), según la adaptación de Luis Bonino, de un ejemplo dado por Charles W. Hill y Gareth R. Jones (*Administración estratégica. Un enfoque integrado*, Prentice-Hall Hispanoame-ricana, México, 1996) para la asignatura "Elementos Básicos de Organización Em-presaria" correspondiente a la Maestría en Evaluación de Impacto y Gestión Ambiental de la Universidad Católica de Santa Fe, material de estudio, Santa Fe, 2001.

⁴ WEBER, Max, *Economía y sociedad*, Primera Parte, *Teoría de las categorías sociológicas. I. Conceptos sociológicos fundamentales*, en la edición de Fondo de Cultura

Las empresas con elementos del tipo "comunitario" y "valorista" no florecen por generación espontánea en el contexto del capitalismo competitivo⁵. Es necesaria la intervención del Estado para inducir comportamientos tuitivos y desalentar (o, en su caso, reprimir) las actitudes que los contravienen⁶.

A título de ejemplo, el Estado, en sus distintos estamentos territoriales y funcionales, debe generar:

- a) Un adecuado sistema de premios y castigos en relación al "comportamiento ambiental"⁷;
- b) una estructura de control capacitada que articule las instancias de prevención y sanción en los variados estamentos territoriales propios de un Estado federal;
- c) una interpretación uniforme de la "obligación prioritaria de recomponer" en caso de daño ambiental, y
- d) la concienciación de que se debe proteger el medio ambiente en base a argumentos extraeconómicos.

Económica, México, 1980, trad. de José Medina Echavarría, Juan Roura Parella, Eugenio Imaz, Eduardo García Máñez y José Ferrater Mora, ps. 20 y 21, 33 y ss.

⁵ Sobre esto: VALLS, Mariana, *Una luz en el camino... Los instrumentos económicos para la protección del ambiente*, en *Derecho Ambiental*, LexisNexis J. A. del 24-7-2002, N° especial, segunda parte, ps. 73 y ss.; LORENZETTI, Ricardo, *La protección jurídica del ambiente*, en L. L. 1997-E-1477 y ss.

⁶ Sobre esto: SUNKEL, Osvaldo y LEAL, José, *Economía y medio ambiente en la perspectiva del desarrollo*, en *Ambiente y recursos naturales*, en *Revista de Derecho, Política y Administración, La Ley*, Buenos Aires, vol. I, N° 2 (abril-junio de 1984), ps. 46 y ss.; vol. I, N° 3 (julio-setiembre de 1984), ps. 51 y ss.; vol. I, N° 4 (octubre-diciembre de 1984), ps. 83 y ss.; vol. II, N° 1 (enero-marzo de 1985), ps. 67 y ss.

⁷ Es necesario estar advertido sobre las tácticas del capital para eludir el acatamiento de objetivos de protección ambiental, simulando en ocasiones su cumplimiento.

Afirma Teresita Huerta: "Las elites corporativas usan varias estrategias básicas para asegurar que las leyes y reglamentaciones del gobierno hagan poco daño a los márgenes de ganancias de las empresas. Tales estrategias son:

- "1. Hacer donativos a las campañas electorales.
 - "2. Presionar a los funcionarios electivos.
 - "3. Hacer donativos para investigación.
 - "4. Montar campañas políticas y publicitarias con gran cantidad de fondos para alentar el apoyo a los intereses de las industrias.
 - "5. Establecer aparentes proyectos ambientales y de conservación de recursos"
- (HUERTA, Teresita, *Ecología, medio ambiente y biodiversidad de especies*, Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, 2000, p. 176).

En un sistema capitalista que se pretenda "humanizado", no sólo debe ponerse énfasis en la producción (y su eventual efecto contaminante), también debe atenderse a las pautas de consumo. Si la producción tiende a enfrentar al Mercado con el Estado, el consumo enfrenta a la sociedad con un espejo. Y son múltiples y variadas las voces que dicen que la *sustentabilidad* ambiental está tan (o más) vinculada a la racionalidad del consumo como a la racionalización de la producción⁸.

2. Crecimiento y desarrollo ≠

Desde otra perspectiva, también puede verse este tema a partir de la distinción entre dos conceptos que hasta no hace mucho tiempo estaban asimilados (ó resultaban equivalentes) para la macroeconomía: los conceptos de *crecimiento* y *desarrollo*.

Por *crecimiento* se entiende al aumento constante y sostenido en el tiempo de la actividad económica. El *crecimiento* de la economía de un país se mide:

- A nivel global, por la evolución del producto bruto interno (PBI), que equivale a la cantidad de bienes y servicios producidos por sus precios respectivos en un año;

⁸ Porritt lo dice con estas palabras: "Si quieres un contraste simple entre política convencional y política verde, te bastará nuestra convicción de que la demanda cuantitativa se debe reducir, no incrementar", citado por DOBSON, ob. cit., p. 39. De este libro de Dobson, vide asimismo el Capítulo 3 (*La sociedad sustentable*).

Vide también: GHERSI, Carlos Alberto, *Consumo sustentable y medio ambiente*, en L. L. del 10-3-2000, ps. 1 y ss.

Desde la Doctrina Social de la Iglesia, también se vincula al "consumismo" (y la concepción antropológica que lo potencia) con deterioro ambiental. Ha dicho Juan Pablo II: "La sociedad actual no hallará una solución al problema ecológico si no revisa seriamente su estilo de vida. En muchas partes del mundo esta misma sociedad se inclina al hedonismo y al consumismo, pero permanece indiferente a los daños que éstos causan [...] La austeridad, la templanza, la autodisciplina y el espíritu de sacrificio deben conformar la vida de cada día a fin de que la mayoría no tenga que sufrir las consecuencias negativas de la negligencia de unos pocos" (Del Mensaje de S. S. Juan Pablo II para la celebración de la Jornada Mundial de la Paz, el 1° de enero de 1990).

- a nivel personal, por la evolución del PBI per cápita, que equivale al PBI global dividido por el número total de habitantes.

Pero estos parámetros no suelen decirnos demasiado sobre la "calidad de vida" de los habitantes de un país, porque:

- La medición a nivel global, no nos dice cómo se desagrega la actividad económica de ese país (si es preferentemente primaria, secundaria o terciaria, por ejemplo);
- la medición a nivel personal, en tanto se expresa en un promedio, no nos dice nada respecto de cómo está distribuida la riqueza dentro de la población (cuántas personas están en la media, cuántas más arriba y cuántas por debajo del promedio).

Por los inconvenientes señalados, la noción de *crecimiento* como parámetro para conocer el nivel de vida de una población ha sido gradualmente matizada y/o reemplazada por la de *desarrollo*, que es más rica, más heterogénea y más humana.

El *desarrollo* de una comunidad incorpora no sólo los indicadores macroeconómicos clásicos vinculados con la generación de la riqueza (vgr.: PBI, PBI per cápita) sino también otros que aluden a variados aspectos culturales, educativos, institucionales y sociales de la población (tales como la esperanza de vida al nacer, el promedio de vida de la población, la tasa de alfabetización, el tipo de régimen político, etc.).

Desde esta perspectiva, el *desarrollo* (y su contracara, el *subdesarrollo*), atiende a una multiplicidad de factores vinculados con la "cantidad" pero también con la "calidad de vida" de la población.

Constituyen características propias del subdesarrollo⁹:

- Desde el punto de vista económico: se trata de economías de estructura primaria (en el sentido de que están estrechamente vinculadas a los recursos naturales), con una población activa dedicada predominantemente a la agricultura, ganadería y minería, con una producción interna no diversificada y con sus exportaciones monopolizadas por el sector primario (con bajo

⁹ BARRE, Raymond, *El desarrollo económico*, trad. de Julieta Campos, Fondo de Cultura Económica, México, 1973, Primera Parte, ps. 15 y ss.

valor agregado). Consecuentemente, el funcionamiento de la economía está signado por la inestabilidad en la producción (depende fuertemente de los agentes naturales) y en las exportaciones (incididas por el progresivo deterioro de la relación de los términos del intercambio entre materias primas y productos manufacturados), generándose una creciente dependencia hacia las economías (países, regiones o empresas multinacionales) productoras de manufacturas y/o servicios de alta tecnología.

- Desde el punto de vista extraeconómico: se trata de sociedades con estructuras sociales *desequilibradas* (con diferencias socioeconómicas muy marcadas) y *desarticuladas* (no hay "movilidad" social), con estructuras políticas caracterizadas por la presencia de instituciones políticas inestables y organizaciones administrativas deficientes (burocráticas, resistentes al cambio y con tendencia a la corrupción estructural) y con estructuras mentales prejuiciosas.

A partir de este cambio de enfoque (desde el *crecimiento económico* hacia el *desarrollo humano*) se ha modificado también el nomenclador de indicadores de "calidad de vida". El Programa de Desarrollo de las Naciones Unidas ha elaborado un índice básico, en el que colaboraron los economistas Amartya Sen y Gustav Ranis, que comprende cuatro variables¹⁰:

- El PBI real per cápita;
- la esperanza de vida al nacer;
- las tasas de escolarización, y
- el porcentaje de adultos que saben leer y escribir.

La estructura del *desarrollo* está estrechamente relacionada con la posibilidad de concretar una economía "diversificada", en el sentido de que no dependa para la subsistencia de la población de la extracción indiscriminada o el consumo creciente de sus recursos naturales (con más razón si se trata de recursos no renovables) y con la posibilidad

¹⁰ SAMUELSON, Paul A. y NORDHAUS, William D., *Economía*, trad. de Esther Rabasco y Luis Toharia, McGraw-Hill, Madrid, 2000, ps. 532 y ss.

de sostener un sistema institucional que tienda a mejorar la calidad de vida de los que menos tienen. Desde esta perspectiva suele hablarse de *desarrollo sustentable* como un objetivo propio de las comunidades más avanzadas.

En el capítulo siguiente indagaremos acerca de las consecuencias que se derivan del *desarrollo sustentable*, tanto en su sentido estrictamente ecológico cuanto sociológico.

Capítulo VII

DESARROLLO SUSTENTABLE Y CONCEPTO DE NACIÓN

[La cláusula del artículo 41 de la Constitución Nacional incorpora el concepto de *desarrollo sustentable* o *sostenible*, definiéndolo como aquel que permite satisfacer “las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras”.

La referencia de la cláusula constitucional a las generaciones futuras abre el análisis a una dimensión novedosa y lo vincula —en nuestro criterio— a la definición misma de *Nación*.

Si, como se ha dicho, la Nación se “ubica temporalmente” en un presente que resume afinidades históricas y alberga expectativas de un futuro común¹, entonces su sustentación se vincula:

- Con la necesidad de que la sociedad actual no traicione el legado recibido, y
- con la exigencia de que no intente construir cualquier proyecto para el porvenir.

En términos medioambientales, la *Nación* entendida como vinculación intergeneracional respetuosa y responsable supone evitar contraer en el presente una “deuda ambiental” que deba ser soportada o sufrida por el porvenir.]

¹ Un concepto místico de “nación” es el ya clásico de Johann Gottlieb Fichte, estructurado a partir de un ciclo de conferencias pronunciadas con el título: *Discursos a la nación alemana*. Hay traducción al castellano de Luis A. Acosta y María Jesús Varela para Orbis, Buenos Aires, 1968.

Una negación del concepto clásico de “nación” en SEBRELLI, Juan José, *¿Cómo pensar la Argentina?*, en *Pensar la Argentina*, Plus Ultra, Buenos Aires, 1986, Cap. II, ps. 27 y ss.

La distribución temporal (o "prorrato") del esfuerzo social que —en términos de calidad de vida— genera la utilización actual de los recursos naturales disponibles remite al planteamiento de las siguientes dos cuestiones:

- 1º) ¿Cuál ha de ser la "unidad temporal de análisis" sobre la que se justipreciará el esfuerzo social?, y
- 2º) ¿cómo se ha de mensurar o cuantificar el sacrificio realizado?

La primera de las preguntas remite al concepto de "generación", utilizado en el texto de la cláusula bajo análisis; el segundo interrogante remite al concepto de "sustentabilidad", también inserto en la norma constitucional.

1. ¿Qué es una generación?

Para Ortega y Gasset los miembros de la generación "vienen al mundo dotados de ciertos caracteres típicos, que les prestan una fisonomía común, diferenciándolos de la generación anterior. El individuo está adscrito a su generación, pero la generación está, no en cualquier parte —utópica y ucrónicamente—, sino entre dos generaciones determinadas"², de forma que es posible concebir dinámicamente (sin segmentar) a la sociedad como la articulación (polémica y no meramente genealógica)³ de generaciones, "altitudes vitales" desde las que "se siente la existencia de una manera determinada"⁴.

Ahondando en el tema, cabría preguntarse: ¿sobre qué bases puede obtenerse una caracterización de la generación?, y también: ¿cuánto "dura" una generación?

Seguendo los antecedentes que cita José A. Portuondo⁵, es posible clasificar los siguientes criterios de respuesta:

- 1) *Criterio biológico "puro"*: remite a factores naturales de com-

² ORTEGA Y GASSET, José, *En torno a Galileo*, Espasa Calpe, Madrid, 1984, p. 59.

³ Ídem, p. 66.

⁴ ORTEGA Y GASSET, José, *El tema de nuestro tiempo*, Revista de Occidente, Madrid, 1958, p. 8.

⁵ PORTUONDO, José, *La historia y las generaciones*, Letras Cubanas, La Habana, 1981.

probación estadística precisa (vgr.: tasas de natalidad, de mortalidad, vegetativas, etcétera, y sus posibles y variadas combinaciones).

Sobre fines del siglo XVIII, Thomas Jefferson calculó la "duración" de una generación en diecinueve años, sobre la base de vincular —a partir de un hipotético "corte social" practicado en un momento determinado— la coexistencia de hombres de diversa edad y la expectativa normal de vida, según las tablas europeas de mortalidad extraídas de los registros estadísticos de Buffon⁶.

2) *Criterio biológico-político*: tiene en cuenta —más allá de cuestiones personalísimas— el predominio social de determinadas franjas de edad en la toma de decisiones políticas.

Justin Drommel estimó que la preponderancia social se extiende por dieciséis años, aquellos que cubren entre los veinticinco y los cuarenta y un años de edad de las personas.

La raíz del predominio parece afirmarse en las condiciones biológicas que presiden el desarrollo de los diferentes estadios humanos. Computando la población "activa" (veintidós a setenta años), el autor formula esta segmentación cronológico-política: de veinticinco a cuarenta y un años, etapa de actividad política (fase ascendente); de cuarenta y uno a sesenta y cinco años, continuación de la etapa de actividad política (fase descendente); de sesenta y cinco a setenta años, continuación de la fase descendente; más de setenta años, pérdida de gravitación política.

3) *Criterio funcional*: remite al segmento de vida humana impregnado de utilidad social.

Giuseppe Ferrari, luego de diferenciar a las generaciones "políticas o históricas" con relación a las generaciones "materiales" (ambas están

⁶ "Buffon nos ha dado —explica Jefferson— una tabla de 23.994 muertes, especificando las edades en las cuales han ocurrido dichos fallecimientos. Supongamos una sociedad en la cual 23.994 personas nacen cada año y viven las edades especificadas en la tabla de Buffon. Entonces se podrán extraer las siguientes inferencias: tal sociedad consistirá constantemente en 617.703 personas de todas las edades. De esos vivientes, en un instante dado, la mitad morirá en 24 años y 8 meses. En dicha sociedad, 10.675 individuos arribarán cada año a la edad de 21 años. Habrá constantemente 348.417 personas de todas las edades mayores de 21 años, y la mitad de los 21 años para arriba que vivan en un mismo instante morirán en 18 años y 8 meses o, digamos, 19 años" (extraído de PORTUONDO, ob. cit., p. 37).

constituidas por hombres que nacen, viven y mueren en los mismos años, pero mientras en aquéllas se asocian para colaborar en empresas comunes o para disputar sobre ellas, en éstas simplemente coexisten sin tratarse), concluye que la duración media de las primeras se extiende por un período aproximado de treinta años, que es el lapso que corre desde la mayoría de edad hasta el retiro de la vida activa.

4) *Criterio vivencial-cultural*: la generación como “alma colectiva” basada en la afinidad de ideas, creencias, deseos y proyectos de una franja social temporalmente acotada.

Ésta es la concepción de Wilhelm Dilthey y François Mentré. Para el primero, la generación se compone de “una serie de individuos que imprimen su carácter a la cultura espiritual de una época”⁷, o también, es el “estrecho círculo de individuos que por su común dependencia de los mismos grandes sucesos y de las mismas mudanzas —los sucesos y mudanzas acaecidos durante su máxima receptividad—, y a pesar de la disparidad de otros factores adventicios, se hallan unidos en un todo homogéneo”⁸.

Según Mentré, los miembros de una generación, por estar situados ante la misma coyuntura histórica, asumen la tarea de realizar un programa de vida colectivo⁹. Sobre las bases citadas, tanto Dilthey como Mentré mensuran en treinta años la “duración” de una generación.

Este criterio vivencial-cultural es el que más se ajusta a la teoría de las generaciones de Ortega y Gasset y su discípulo Julián Marías.

Ortega y Gasset ha definido a la generación como “un nuevo cuerpo social íntegro, con su minoría selecta y su muchedumbre, que ha sido lanzado sobre el ámbito de la existencia con una trayectoria vital determinada”¹⁰. En su opinión, del mismo modo que para Julián Marías, la generación se extiende temporalmente por quince años, que involucran las siguientes etapas del crecimiento humano: niñez (cero a quince años), juventud (quince a treinta años), iniciación (treinta a cuarenta y cinco años), predominio (cuarenta y cinco a sesenta años), vejez (más de sesenta años).

⁷ Ídem, p. 44.

⁸ Ídem, p. 48.

⁹ Ídem, ps. 50 y ss.

¹⁰ ORTEGA Y GASSET, *El tema de nuestro tiempo* cit., p. 7.

5) *Criterio complejo o mixto*: la generación es la resultante de factores diversos, que involucran lo biológico, lo existencial, lo social y lo cultural. Es el criterio de Julius Petersen, que hace suyo José A. Portuondo¹¹.

Las generaciones quedan determinadas por los siguientes factores: a) la fecha de nacimiento, que determina la coetaneidad; b) los elementos formativos, que se extienden más allá de la familia y los recintos escolares hasta los factores transmisores de la concepción del mundo dominante en el momento de hacer su arribo la nueva generación: periódico, radio, cine, etcétera; c) la comunidad personal, a través de grupos, escuelas, fábricas, partidos, asociaciones, periódicos, revistas, etcétera, que propician la cohesión de los grupos generacionales; d) la experiencia generacional que, de acuerdo con Petersen, puede ser de dos clases: *catastrófica*, como una guerra, la proscripción, la dictadura, etcétera, o *cultural*, como la introducción de escuelas, industrias, etcétera. De este factor podría deducirse otro, no mencionado por Petersen: e) El quehacer generacional, puesto que ninguna generación permanece como simple espectadora ante las experiencias arriba enumeradas, sino que interviene activamente en el desarrollo de los hechos históricos, de acuerdo con el quehacer que su tiempo le impone. Es decir, que entre todos los problemas que le son dados, cada generación destaca uno que se impone a los demás como verdadero quehacer generacional, a cuya solución acude con procedimientos que, en su constante lucha y contraposición, determinan el movimiento mismo de la historia.

“Aún hay que añadir otros factores menos importantes [...] como: f) el guía, que personifica el ideal de cada tiempo y que, más que impulsar, es impulsado por su generación; g) el lenguaje generacional, que concreta su expresión común, aunque antagónica, en la solución de los problemas colectivos, y h) el anquilosamiento de la generación anterior, que no puede tomarse de modo radical y absoluto”.

Aun precisando la “duración” de una generación, restaría determinar la forma por la que un grupo de personas habrá de ser considerado como perteneciente a una generación y no a la anterior o a la siguiente,

¹¹ PORTUONDO, ob. cit., ps. 64 y ss.

o sea, determinar el punto inicial, el año indubitable y decisivo a partir del cual se estructurará el enfoque generacional prospectivo y/o retrospectivo (situados en la posición que ocupa una persona de treinta años, ¿diremos que comparte la instancia generacional con otra de veinte —“hacia atrás”— o con otra de cuarenta años —“hacia delante”—?).

Ortega y Gasset¹² recomienda seguir el siguiente método: 1º) Identificar, dentro de un simple ámbito histórico, la época en que se produce “un cambio en el vivir humano que sea radical, evidente, incuestionable”; 2º) hallada la época, habrá de buscarse el “epónimo de la generación decisiva”, aquel que aparece como la figura central y dominante, y 3º) deberá precisarse la fecha en que el líder generacional ha cumplido los treinta años: éste será el punto de partida a partir del cual se eslabonará la cadena generacional sumando o restando los quince años que —según Ortega y Gasset— “dura” la generación.

2. La magnitud del sacrificio generacional

El segundo de los problemas a considerar es el de la cuantificación del sacrificio a realizar. La importancia de esta cuestión se mide a través de la posibilidad de comparar los sacrificios de distintas generaciones: cotejo que permite —a su turno— describir la carga o herencia que una generación recibe de la anterior.

Desde la perspectiva ambiental, se trata de “comparar” la *capacidad de carga* con la *capacidad de absorción* ambientales; aquella computa los recursos (entendido el término “recurso” en sentido amplio) requeridos para cubrir las necesidades de una población determinada, ésta computa la capacidad del sistema natural para neutralizar los efectos negativos derivados de la actividad humana sobre el ambiente. La resultante (positiva o negativa) de este cotejo, en su sucesiva proyección a las generaciones venideras, permitirá juzgar acerca de la conservación, acrecentamiento o reducción del *capital ambiental*, entendiendo por tal a la suma del *capital natural* (compuesto por los “recursos” y “servicios” que ofrece la naturaleza) y el *capital humano* (compuesto por las actividades y avances tecnológicos debido a la inventiva humana, que permiten sustituir o eficientizar el empleo del capital natural).

¹² ORTEGA Y GASSET, *En torno a Galileo* cit., ps. 69 y ss.

La situación ideal sería aquella en la cual cada generación pudiera recibir la herencia de la anterior “con beneficio de inventario”; algo parecido a lo que imaginara Jefferson en punto a las decisiones políticas: “Cada generación es tan independiente de la precedente como ésta lo fue de las anteriores. Tiene, por lo tanto, como ellas, derecho a escoger por sí misma la forma de gobierno que crea más promovedora de su propia felicidad; consecuentemente, acomodar a las circunstancias en que ella misma se encuentra las recibidas de sus predecesores, y es por la paz y bienestar de la humanidad por lo que la Constitución debe proveer una solemne oportunidad de ser revisada cada diecinueve o veinte años, a fin de que pueda ser utilizada, con periódicas modificaciones, de generación en generación, hasta el fin de los tiempos, si alguna cosa humana puede durar tanto”¹³.

Desde la perspectiva de la economía (y dentro de ella la “economía ambiental”) la crucialidad del problema se hace más evidente, porque a la cuestión recurrente del “consumo generacional justo” —que llevado a la problemática ambiental puede traducirse como “desarrollo sustentable”¹⁴— se añade, en el caso de economías subdesarrolladas, la necesidad de resolver las recurrentes crisis de supervivencia¹⁵.

Entendemos por “consumo generacional justo” al nivel de satis-

¹³ Citado por PORTUONDO, ob. cit., p. 38.

¹⁴ El parámetro ambiental de “desarrollo sustentable” no debe ser interpretado con criterio solamente impeditivo, sino como una expresión de razonabilidad de la actividad humana (en especial la productiva), en un contexto que valore el desarrollo económico como llave del progreso de los pueblos. Ésta es la perspectiva de equilibrio que, a partir del progreso de la conciencia ambientalista en el mundo, se conoce con el nombre de “desarrollo sostenible” o “desarrollo sustentador” y que tiene su formulación más divulgada en el informe *Cuidar la Tierra* publicado en octubre de 1991 por la Unión Mundial para la Naturaleza, la Fundación Mundial de Vida (WWF) y el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (UNEP): desarrollo sostenible es un “desarrollo que satisface las necesidades del presente sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer las propias”.

¹⁵ Vide: GLIGO, Nicolo, *Desafío para la gestión ambiental: políticas ambientales explícitas e implícitas*, extraído de *Institucionalidad pública y políticas ambientales explícitas e implícitas*, en *Revista de la CEPAL*, Santiago de Chile, noviembre de 1997, N° 63, distribuido como material de estudio del Curso de Derecho y Política Ambiental correspondiente a la Maestría en Evaluación de Impacto y Gestión Ambiental de la Universidad Católica de Santa Fe, junio de 2001.

facción de necesidades sociales que reúne la doble característica de permitir la subsistencia y desarrollo de la generación actual sin comprometer la posibilidad de que futuras generaciones tengan, cuando menos, la misma chance de subsistencia y desarrollo que la presente. Esta aptitud se traduce no sólo en la posibilidad de cuantificar producción y consumo, sino que también involucra la toma de decisiones sobre variables tales como la relación entre la población y el territorio (inmigración-control de natalidad), la preservación de raíces socioculturales mínimas (tradicionalismo vs. modernismo), etcétera.

En países con economías subdesarrolladas, sujetos a recurrentes "crisis por la supervivencia", la pregunta por el "consumo generacional justo" termina por plantearse en términos inversos: en lugar de interrogarnos respecto de cuánto habremos de producir para que nuestro consumo no comprometa a las generaciones futuras ("ahorro justo")¹⁶, el dilema se expresa de este modo: ¿cuánto arrebatamos a las generaciones subsiguientes, comprometiendo su disponibilidad, para que la actual generación pueda subsistir?

La necesidad de limitar temporalmente los compromisos económicos (personales y familiares) fue advertida desde los tiempos inaugurales del Estado-Nación contemporáneo. Partiendo de las tablas de mortalidad de la época (que arrojaban una expectativa promedio de vida humana cercana a los cincuenta y cinco años) y tomando a la mayoría de edad (veintiún años) como punto de partida para contraer obligaciones, decía Jefferson —en otra época y en otro país, por cierto— que las leyes debían impedir que una persona contrajera deudas que gravaran la tierra afectando a sus descendientes. De modo que si el individuo tenía veintiún años podía obligarse por un lapso máximo de treinta y cuatro años; si tenía veintidós, podía hacerlo hasta por treinta y tres años, etcétera, y cuando una persona tuviera cincuenta y cuatro años, sólo podía endeudarse por un año¹⁷. Visto el incumplimiento de esta aspiración en la realidad cotidiana de los negocios, las leyes civiles

¹⁶ Se utiliza la expresión "ahorro justo" en el sentido en que lo hace John Rawls para estructurar sus "Principios de la Justicia para las Instituciones" y sus "Normas de Prioridad". Sobre esto: RAWLS, John, *Teoría de la justicia*, trad. de María Dolores González, Fondo de Cultura Económica, México, 1979.

¹⁷ Citado por PORTUONDO, ob. cit., p. 36.

optaron por el camino inverso: si no se puede evitar que una persona contraiga deudas ilimitadamente, habrá que evitar que sus descendientes respondan por su inconsciencia¹⁸.

Cuando se trata de Estados (y no de personas físicas) el problema es más complejo: la continuidad jurídica, esa ficción que no distingue entre gobiernos de jure y gobiernos de facto, administraciones eficientes y administraciones inoperantes o corruptas, obliga a quienes asumen la conducción política de un país a hacerse cargo de activos y pasivos por igual.

La dimensión de esta hipoteca generacional queda reflejada en el caso argentino con la progresión de la deuda externa: desde 1976 hasta el año 2000 (es decir en el espacio que ocupan menos de dos generaciones) la deuda creció desde 9.700 hasta 147.000 millones de dólares. La deuda per cápita —obtenida como consecuencia de dividir el monto total de la deuda por la cantidad total de habitantes— creció en ese período once (11) veces: en 1976 el compromiso prorrateado ascendía a los 360 dólares aproximadamente; en el año 2000 la deuda por habitante creció a algo más de 3.900 dólares.

3. Sustentabilidad, nacionalidad y transmisión del acervo natural y cultural

Alguna vez, Ortega y Gasset supo graficar la continuidad generacional con la imagen de la "torre humana" que forman los acróbatas del circo: "Unos sobre los hombros de los otros, el que está en lo alto goza la impresión de dominar a los demás, pero debería advertir, al mismo tiempo, que es su prisionero"¹⁹. El excesivo endeudamiento presente que se descarga irresponsablemente en la posteridad nos trae la imagen de los acróbatas: si la pirámide humana (en nuestro caso la suma de endeudamientos ambientales) crece y se hace más alta, los acróbatas de arriba (primero nuestros hijos, luego nuestros nietos, bisnietos, y así siguiendo) estarán cada vez más lejos de nosotros (y no

¹⁸ Véase sobre el particular la trayectoria del art. 3363 del Cód. Civ. argentino, en especial el debate que precede a la reforma introducida a dicha cláusula por la ley 17.711.

¹⁹ ORTEGA Y GASSET, *En torno a Galileo* cit., p. 60.

sólo en términos temporales sino en la posibilidad de acceder a mejores condiciones de vida). Y el acróbata de la cima estará tan inalcanzablemente lejos de nosotros que, en realidad, lo habremos condenado a ser nuestro prisionero.

La consecuencia social de esta comprobación es previsible: mientras más lejos estén las generaciones sucesivas a la nuestra, más difícil será reconocer a este presente como un punto de contacto y de tensión entre lo que fue y lo que será, en esa síntesis permanentemente cuestionada, enriquecida y renovada que es la Nación. Es claro que en esa realidad congelada en el tiempo no hay lugar para los proyectos ni para el progreso²⁰.

La *sustentabilidad* expresa una concepción humanista y antimercantilista que, al preservar el patrimonio ambiental gestado en una continuidad generacional para que subsista en el futuro, no hace sino traducir (en el idioma de la naturaleza y de la cultura) el concepto mismo de *Nación*.

Desarrollo sustentable debería ser entendido no sólo como *progreso económico o crecimiento sostenido*; también debería ser interpretado como el despliegue intergeneracional de nuestro ideario, permanentemente enriquecido. Porque no es un resultado contable el que expresa la *sustentabilidad*, con prescindencia de cuáles sean los factores que integran el inventario, sino que son los valores que se asimilan y transmiten en el tiempo los que aseguran la permanencia de lo que debe ser mantenido.

En este contexto de protección del acervo natural-cultural debe también interpretarse la prohibición de ingreso "al territorio nacional" "de residuos actual o potencialmente peligrosos y de los radiactivos", establecido en el cuarto párrafo del artículo 41 incorporado en la re-

²⁰ En términos prácticos, no nos parece relevante el debate en torno a si la cláusula del art. 41 de la Constitución Nacional convierte (o no) a las generaciones futuras en "sujetos de derecho". Lo concreto es que el texto constitucional impone una obligación "presente" y "permanente" (es decir "siempre presente") al Estado. Sobre esto: BIDART CAMPOS, Germán J., *El artículo 41 de la Constitución y el reparto de competencias entre el Estado federal y las provincias*, en D. J. L. L. 1997-2-709; SAGÜÉS, Néstor P., *Elementos de derecho constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 1997, t. 2, p. 276.

forma constitucional, en la medida en que tales desechos constituyen una amenaza a nuestro territorio físico y también a nuestras convicciones.

No es excesivo afirmar, desde la perspectiva de las ideas, que todo daño infligido al ambiente es —además de un menoscabo material y tangible— también un daño inmaterial a nuestro acervo. Por ello, según veremos en el capítulo siguiente, el daño genera —de acuerdo a nuestro sistema constitucional— la obligación prioritaria de "recomponer".



Capítulo VIII

CARACTERIZACIÓN Y REPARACIÓN DEL DAÑO AMBIENTAL

1. Caracterización

La ley nacional 25.675, de presupuestos mínimos de protección, define al daño ambiental "como toda alteración relevante que modifique negativamente el ambiente, sus recursos, el equilibrio de los ecosistemas o los bienes o valores colectivos" (art. 27). Tal alteración puede provenir de hechos o actos jurídicos¹, tanto lícitos como ilícitos, que —por acción u omisión— causen un daño de incidencia colectiva².

Para establecer el perfil del "daño ambiental" es necesario diferenciarlo de todo aquello que —en los términos de la definición transcrita de la ley— no lo es. "Daño ambiental" no es "daño irrelevante"; daño ambiental no es "alteración positiva del ambiente" y daño ambiental no es "daño de incidencia no colectiva".

a) El daño "irrelevante" todo

Pensando en la asignación de responsabilidades y para evitar una

¹ *Hechos jurídicos*: "Los hechos de que se trata en esta parte del Código son todos los acontecimientos susceptibles de producir alguna adquisición, modificación, transferencia o extinción de los derechos u obligaciones" (Cód. Civ. argentino, art. 896).

Actos jurídicos: "Son actos jurídicos los actos voluntarios lícitos, que tengan por fin inmediato, establecer entre las personas relaciones jurídicas, crear, modificar, transferir, conservar o aniquilar derechos" (Cód. Civ. argentino, art. 944).

² MOSSET ITURRASPE, en MOSSET ITURRASPE, HUTCHINSON y DONNA, ob. cit., t. I, Cap. III, ps. 67 y ss.

cadena de imputaciones infinita y finalmente inconducente, el legislador establece en materia de daño ambiental el criterio de la "relevancia". La expresión "relevante" (o su contraria, "irrelevante") no deja de ser clara para viabilizar un mensaje, pero es a la vez ambigua para resolver *ministerio legis* los casos concretos³.

Cierta doctrina considera que la línea divisoria entre la "relevancia" y la "irrelevancia" se vincula con la posibilidad de la naturaleza de *auto-re-generar* lo destruido o degradado, distinguiendo las hipótesis de "alteración" (o daño "no relevante"), caracterizada como una "consecuencia no *irreversible* provocada al ambiente que el propio sistema natural puede remediar" y la de "daño", caracterizado como "degradación que afecta la diversidad genética o los procesos ecológicos esenciales y que el sistema natural afectado no puede *auto-re-generar*"⁴.

Aunque pueda constituir una posible guía para nuestro tema, este criterio deja pendiente la cuestión del plazo dentro del cual debería ocurrir la *auto-re-generación* natural de lo destruido, pues una cosa es que la *auto-re-generación* sea casi automática y otra que tarde cien años.

En nuestra opinión, no existe una única línea divisoria susceptible de diferenciar todas las hipótesis de "relevancia" e "irrelevancia" en materia de daño ambiental; existen, como mínimo, dos líneas divisorias: una de ellas es *absoluta* y ocurre en caso de pérdida de biodiversidad; la otra es *ponderada* y ocurre en caso de alteración de ecosistemas, recursos, bienes o valores colectivos.

En el primer caso, cualquiera sea el alcance que le asignemos al vocablo "biodiversidad" (ya sea de "genes" dentro de una especie, de "especies" dentro de una región, o de "ecosistemas") estamos casi frente a un absoluto, porque la pérdida definitiva de algunos de ellos quebranta un mandato expreso del constituyente y supone un atentado que no puede meritarse en términos de "genes, especies o ecosistemas relevantes" (aquellos que deben protegerse y salvarse) y "genes, especies o ecosistemas no relevantes" (aquellos que pueden desprotegerse y condenarse a la muerte); en el segundo caso (alteración de recursos,

³ NATALE, Alberto, *Protección del medio ambiente en la reforma constitucional*, en L. L. 1994-E-1386 y ss.

⁴ WALSH, *El ambiente y el paradigma de la sustentabilidad* cit.

bienes o valores colectivos, equilibrio de un ecosistema), estamos frente a la hipótesis susceptible de meritación prudencial, entre un más y un menos que —en algún momento— genera el "salto cualitativo" que separa a lo "irrelevante" de lo "relevante". Tal vez sea posible —aun en esta segunda hipótesis— diferenciar entre recursos "renovables" y "no renovables", bienes "escasos" o "abundantes" y ecosistemas de "difícil o fácil recomposición", pero —en todos estos casos— la ponderación prudencial estará inicialmente presente.

b) La alteración "positiva"

Así como no todo movimiento significa cambio, no toda alteración ambiental es necesariamente negativa. La forestación de una ciudad, realizada según criterios adecuados, constituye una modificación (o alteración) ambiental que dejará consecuencias positivas.

Nuevamente tenemos una expresión (alteración "negativa" o su contraria "positiva") que nos dice mucho en términos de comprensión general pero poco en términos de resolución de casos concretos. El problema se presenta cuando simultáneamente (o sucesivamente, dentro de un mismo proyecto) se generan alteraciones negativas y positivas del ambiente, tanto del mismo tipo (vgr.: tala de árboles y forestación), cuanto de distinta naturaleza.

En el caso de alteraciones ambientales del mismo tipo como la "deforestación" y la "forestación" (vgr.: sacó un árbol maduro y planto un árbol joven): ¿habremos de comparar la magnitud de los efectos positivos y negativos (vgr.: cuántos árboles talé y cuántos árboles sembré) y establecer el signo de la resultante para emitir un veredicto? ¿Consideraré los efectos directos de la alteración (vgr.: en términos de producción de oxígeno para el hombre) o evaluaré también otros efectos derivados de la presencia del árbol talado (vgr.: retención de agua, producción de sombra para otras especies vivientes, etc.)? Entendemos que la contabilidad patrimonial ambiental debe computar todos los efectos derivados de la presencia del árbol y las consecuencias de su futura ausencia y no sólo aquellos más inmediatos o directos (que tal vez son los más perceptibles, pero que no siempre son los más importantes).

24

521 - 07 (24)

En el caso de alteraciones ambientales de distinto tipo (vgr.: construcción de una carretera con tala de árboles y modificación del hábitat de varias especies para permitir el acceso a una comunidad aislada), el estudio de impacto ambiental deberá establecer:

- Un sistema de cuentas patrimoniales ambiental exhaustivo, de modo que se computen todos los factores incididos (los "en principio" fundamentales y los "en principio" irrelevantes, los "naturales" y los "culturales");
- un patrón de medición "común" a todos los factores que permita "comparar" lo -en principio- "incomparable" (vgr.: comunicar a una comunidad aislada, talar árboles y modificar los hábitos de una especie animal);
- la necesaria participación de la comunidad incidida.

c) *La incidencia no colectiva*

Así como la repercusión del daño ambiental debe evadir -en términos cuantitativos- los límites de la mera molestia (para cobrar la necesaria "relevancia"), también debe rebasar -en términos subjetivos- el umbral de la mera intersubjetividad⁵.

Quien diariamente corta una rosa del rosal del vecino puede provocarle a su dueño una enorme mortificación y puede ser pasible de sanción jurídica, pero difícilmente genere con su actitud un daño colectivo. Quien maltrata a un perro callejero realiza una actitud censurable (y jurídicamente punible), pero difícilmente comprometa colectivamente al ambiente.

El "daño colectivo" no debe ser confundido con otras modalidades:

- "Daño colectivo" no equivale a "daño provocado por muchas personas", puesto que -en ocasiones- la actitud dolosa, negligente, imprudente o carente de pericia de una sola persona (o de un grupo reducido de personas) puede ocasionar un daño ambiental de dimensiones colosales.

⁵ Hutchinson denomina a la responsabilidad emergente de este tipo de daño (que excede el de algún bien concreto de un particular) "responsabilidad ambiental colectiva" (HUTCHINSON, en MOSSET ITURRASPE, HUTCHINSON y DONNA, ob. cit., t. II, p. 16).

- "Daño colectivo" no equivale necesariamente a "mortificación colectiva", porque bien podría ocurrir que un atentado a la *sustentabilidad* del desarrollo no fuera considerado un daño para quienes no tuvieran descendencia, y si éstos llegaran a ser mayoría, entonces el *desarrollo sustentable* dejaría de ser una aspiración y una responsabilidad de la comunidad.
- "Daño colectivo" no equivale a "daño ocasionado a los bienes del dominio público", por cuanto aquél puede provocarse (o expandirse) sobre bienes privados (del Estado o de los particulares) o sobre *res nullius*⁶.
- La distinción entre "daño no colectivo" y "daño colectivo", en términos ambientales, no debe ser asimilada con las perspectivas del "derecho privado" y del "derecho público", respectivamente. La correspondencia no es exacta y por ello -aunque en ocasiones sea aproximada- tal asimilación puede confundir antes que aclarar (vgr.: el maltrato ocasionado por un vecino a un animal callejero no puede ser considerado un "daño colectivo", sin embargo la sanción frente a tal comportamiento provendrá del sistema contravencional de derecho público).

"Daño colectivo" equivale a "daño que padecemos todos", entendiendo esta expresión en términos objetivos (algo así como "daño que nos perjudica, directa o indirectamente, a todos"), más allá de la presencia efectiva de mortificación individual. Puede ocurrir que no nos enteremos de la extinción de una especie animal o que, al enterarnos, nos parezca una noticia irrelevante; igual habrá "daño colectivo", porque éste surge de una definición legal fundada en consideraciones científicas que expresa una concepción filosófica determinada.

2. La recomposición

a) *¿Qué significa recomponer?*

"Recomponer" significa "componer nuevamente", "arreglar", "vol-

⁶ HUTCHINSON, en MOSSET ITURRASPE, HUTCHINSON y DONNA, ob. cit., t. II, p. 84.

ver las cosas a su estado original". En materia ambiental, supone restablecer la alteración ocasionada (vgr.: el equilibrio ecosistémico lesionado, el cuántum o la disposición de los recursos o bienes indebidamente extraídos, etc.).

El cuántum de la recomposición plantea problemas de apreciación. Tal vez un ejemplo pueda ayudar a comprender la esencia del problema: supongamos que, como efecto de una actividad humana contaminante, la capacidad de dilución de un río —comprometida antes del acto lesivo— se sature. ¿Qué significa, en ese contexto, "recomponer"? ¿Volver a la capacidad de dilución del río previo a la actividad contaminante (que aun comprometida seguía permitiendo la dilución) o limpiar completamente el río, de modo de dejarlo con una capacidad de dilución muy superior a la instancia previa al acto lesivo? Como pregunta la doctrina, ¿deberemos "conformar al paisajista exigente", deberemos "poder bañarnos" en el río, "poder beber de sus aguas" o sólo se tratará de "alcanzar cierta aptitud para un proceso industrial"?⁷

Las respuestas a estas preguntas suponen un juicio prudencial que vincule la proporcionalidad entre el acto u omisión lesivos y la magnitud del daño perpetrado. En ocasiones, para lograr un objetivo más exigente (volver a un río cristalino) alcanzará con iniciar el proceso y dejar que la naturaleza demuestre una vez más su capacidad *auto-re-generativa*; en otras hipótesis el trabajo humano de recomposición deberá ser total.

b) *¿Es una opción o una obligación?*

El texto del artículo 41 de la Constitución Nacional expresa —en lo pertinente— que "el daño ambiental generará *prioritariamente* la obligación de recomponer". ¿Qué significa —en el contexto de la cláusula— la expresión *prioritariamente*?

Una primera interpretación puede entender que *prioritariamente* se opone a *exclusivamente*, *únicamente* y aun *obligadamente*. Desde este punto de vista, sería *opcional recomponer* (en el sentido de "volver a colocar las cosas en su lugar") o *reparar* (en el sentido de "indem-

nizar"). Ésta parece ser la posición de cierta calificada doctrina cuando, al comentar la cláusula *sub examine*, afirma: "Aquí se convalida el principio general del derecho civil: el daño debe siempre ser reparado, pero la persona víctima del daño puede optar por reclamar la reparación o demandar una retribución indemnizatoria"⁸.

Una segunda interpretación entiende que *prioritariamente* supone en la especie *siempre que sea posible* (atendiendo a que en ocasiones "volver las cosas a su lugar" no será técnicamente o fácticamente posible) o aun *sin perjuicio de otras obligaciones* (considerando que la obligación de recomponer se debe entender sin perjuicio de otras obligaciones no tan prioritarias en términos ambientales como el pago de una indemnización o el cumplimiento de una sanción penal).

Participamos de este segundo criterio: la obligación *prioritaria* de recomponer es una "obligación" (aunque parezca redundante decirlo); no es una "opción" para la víctima del daño o para el causante del daño. No está en juego aquí un interés particular sino un interés general; por ello la reparación del daño no puede quedar sujeta a la voluntad de una de las partes involucradas (ni de ambas), ni puede reemplazarse con una indemnización.

El fundamento de la *recomposición ambiental* no es un fundamento económico sino moral, que expresa un síntoma de preocupación "meta-materialista": el deseo de preservar un acervo "físico", "material", "natural" pero también "espiritual", "histórico" y "cultural" que contribuye a definir nuestra "identidad".

¿Por qué entonces se utiliza la expresión *prioritariamente*, en lugar de *obligatoriamente*, si aquella pareciera minimizar la obligación de recomponer en caso de daño ambiental? Sólo para la hipótesis en que la *recomposición* (en el sentido de "volver las cosas a su lugar") sea técnica o fácticamente imposible; en este caso —y sólo en este caso— puede hablarse de indemnización "sustitutiva". Pero habrá de quedar claro que la "sustitución" de la *recomposición* por la indemnización deberá provenir de la propia voz de la naturaleza y no de la voluntad de las partes.

⁸ NATALE, ob. cit., p. 1387.

⁷ CASTELLI, Luis. *La obligación de recomponer el daño ambiental en la Constitución Nacional*, en L. L. 1995-B-983.

Lo dicho es sin perjuicio de la indemnización "complementaria" a la recomposición que la ley o los jueces puedan establecer para reparar íntegramente el daño causado.

c) ¿Quién debe recomponer?

Esta pregunta tiene una respuesta jurídica y otra técnica; la primera se refiere al "sujeto obligado" a recomponer, la segunda remite al "sujeto capacitado" para recomponer. Ambos sujetos pueden no coincidir.

Desde el punto de vista jurídico, el "sujeto obligado" es el causante o responsable del daño. La ley de "presupuestos mínimos" resuelve algunos supuestos específicos:

- Pluralidad de responsables: Cuando "hubieren participado dos o más personas, o no fuere posible la determinación precisa de la medida del daño aportado por cada responsable, todos serán responsables solidariamente de la reparación frente a la sociedad, sin perjuicio, en su caso, del derecho de repetición entre sí, para lo que el juez interviniente podrá determinar el grado de responsabilidad de cada persona responsable" (ley 25.675, art. 31).
- Responsabilidad de las personas jurídicas: Cuando el daño es cometido por personas jurídicas "la responsabilidad se hace extensiva a sus autoridades y profesionales, en la medida de su participación" (ley 25.675, art. 31 *in fine*).

Cuando resulte imposible identificar al responsable, es el Estado quien tiene la obligación de asumir el problema y darle solución⁹.

Desde el punto de vista técnico, el "sujeto capacitado" es el que tiene los conocimientos y la tecnología necesarios para "volver las cosas a su lugar"; de modo que es el sujeto indicado para realizar la tarea de recomposición.

d) Exención de la obligación de recomponer

El artículo 29 de la ley 25.675 dispone que sólo podrá eximirse

⁹ CASTELLI, ob. cit., p. 982.

de responsabilidad quien acredite que a pesar de haber adoptado todas las medidas destinadas a evitar el daño, el mismo se produjo por culpa exclusiva de la víctima o de un tercero por quien no debe responder. La cláusula, que nos recuerda al texto del artículo 1113, 2º párrafo, del Código Civil (responsabilidad del dueño o guardián por el daño causado por el riesgo o vicio de la cosa)¹⁰, remite a un principio básico del derecho ambiental, el principio de precaución, q:

El principio de precaución exige la toma de medidas tendientes a evitar la ocurrencia de un mal potencial o de atenuar sus efectos en caso de que se produzca. Se diferencia de la prevención, en la medida en que la precaución se basa en la incertidumbre científica en torno a los posibles efectos dañosos de la actividad concernida, en tanto que en la prevención la peligrosidad de la cosa o actividad involucradas es bien conocida. Como nota distintiva, el principio de precaución supone la inversión de la carga de la prueba, debiendo el proponente (y no el opositor a la iniciativa concernida) demostrar la inocuidad de su propuesta¹¹.

• La incertidumbre científica, el riesgo de daño y la magnitud relevante del daño son, a criterio de la doctrina especializada, los elementos tipificantes del principio de precaución¹², que ha tenido reconocimiento internacional a partir de la Declaración Ministerial de la Segunda Conferencia Mundial sobre el Clima, del Convenio Marco sobre Cambio Climático (1991) y de la Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de Río de Janeiro (1992)¹³.

¹⁰ Código Civil argentino, art. 1113: "La obligación del que ha causado un daño se extiende a los daños que causaren los que están bajo su dependencia, o por las cosas de que se sirve, o que tiene a su cuidado.

"En los supuestos de daños causados con las cosas, el dueño o guardián, para eximirse de responsabilidad, deberá demostrar que de su parte no hubo culpa; pero si el daño hubiere sido causado por el riesgo o vicio de la cosa, sólo se eximirá total o parcialmente de responsabilidad acreditando la culpa de la víctima o de un tercero por quien no debe responder.

"Si la cosa hubiese sido usada contra la voluntad expresa o presunta del dueño o guardián, no será responsable".

¹¹ WALSH, ob. cit., p. 48.

¹² GOLDENBERG, Isidoro H. y CAFFERATTA, Néstor A., *El principio de precaución*, en J. A. 2002-IV, del 6-11-2002, ps. 3 y ss.

¹³ "Con el fin de proteger al ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente

En la Argentina el principio de precaución tiene reconocimiento legislativo en los siguientes términos: "Cuando haya peligro de daño grave o irreversible la ausencia de información o certeza científica no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces, en función de los costos, para impedir la degradación del medio ambiente" (ley 25.675, art. 4°).

e) La indemnización "sustitutiva"

Tal como se dijo más arriba, sólo en caso de que sea imposible "recomponer" corresponderá "sustitutivamente" indemnizar.

La indemnización deberá reparar los daños ocasionados al ambiente y —si correspondiera— los ocasionados a particulares específicamente. La ley 25.675 establece que el monto de la indemnización por el daño ambiental colectivo deberá depositarse en un Fondo de Compensación Ambiental, "que estará destinado a garantizar la calidad ambiental, la prevención y mitigación de efectos nocivos o peligrosos sobre el ambiente, la atención de emergencias ambientales" y "a la protección, preservación, conservación o compensación de los sistemas ecológicos y el ambiente". El citado Fondo de Compensación Ambiental será administrado por la autoridad competente de cada jurisdicción (arts. 28 y 34).

f) La "compensación"

Más allá de la *recomposición* y de la *indemnización*, ¿no existen otros mecanismos de protección ambiental?

Natalé se lamenta de que la Convención constituyente reformadora de 1994 no haya incorporado la *compensación*, mecanismo que explica con el siguiente ejemplo: "Supongamos que existe una industria que genere anhídrido carbónico afectando la composición del aire. Si se la obliga a recomponer el daño ambiental deberá cesar de producir

el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente" (Declaración de Río de Janeiro de 1992, Principio 15).

anhídrido carbónico, pero es posible que también deba cesar en la producción industrial. Si se le admite la generación de anhídrido carbónico, pero se la obliga a indemnizar, el daño ambiental se mantendrá: sería la aplicación del principio 'el que contamina paga', rechazado por los ambientalistas. Finalmente, si se opta por el criterio de compensación, la fábrica podría seguir produciendo anhídrido carbónico pero estaría obligada a inyectar suficiente oxígeno para que la pureza del aire se mantenga"¹⁴.

En nuestro criterio, la *compensación* —en los términos expresados— puede ser interpretada como una especie de *recomposición simultánea* del equilibrio ambiental y cuadra con la exigencia del artículo 41 de la Constitución Nacional. Si se puede exigir la *recomposición* (lo más), cómo no va a poder exigirse la *compensación* (lo menos), suponiendo que habláramos de hipótesis diferentes. La *compensación* es congruente —además— con el *principio de prevención*, de reconocida prosapia ambiental (complementario del *principio de precaución* ya citado), que manda "prevenir los efectos negativos" sobre el ambiente, atendiendo "en forma prioritaria e integrada" a sus "causas y fuentes" (ley 25.675, art. 4°).

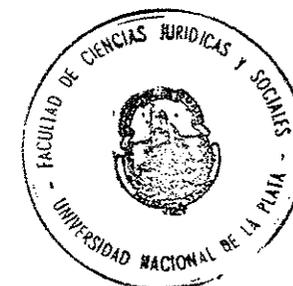
Atendiendo a que la *posibilidad de la compensación ambiental* encuentra sustento en la cláusula del artículo 41 de la Constitución Nacional, nos parece correcto que el Fondo de Compensación Ambiental creado por la Ley de Presupuestos Mínimos 25.675 contemple expresamente —dentro de sus cometidos— "la *compensación* de los sistemas ecológicos y el ambiente" (art. 34).

¹⁴ NATALE, ob. cit., p. 1387.

FMA
CENTRO DE ESTUDIOS ANTES DE DERECHO



TERCERA PARTE
MEDIO AMBIENTE Y FEDERALISMO



BIBLIOTECA

Capítulo IX

EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ORIGINARIO DE DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS Y SU APLICACIÓN AL TEMA AMBIENTAL

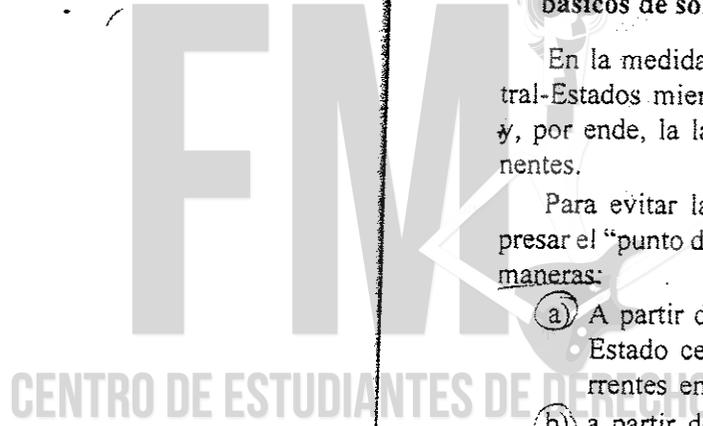
1. Norma general de reparto y criterios básicos de solución de conflictos

En la medida en que supone dos niveles de decisión (Estado central-Estados miembros), el federalismo expresa siempre una dualidad y, por ende, la latencia de un conflicto reivindicativo de sus componentes.

Para evitar la confrontación, los sistemas federales ^{reservan el reparto} procuran expresar el "punto de equilibrio" entre las partes y el todo de dos diferentes maneras:

- a) A partir de un listado taxativo de competencias exclusivas del Estado central, exclusivas de los Estados miembros y concurrentes entre ambos que se consagra en la Constitución;
- b) a partir de un listado taxativo de competencias exclusivas de una de las partes (Estado central o Estados miembros) y concurrentes entre ambas, que se consagra en la Constitución, quedando explícito o implícito que las competencias no atribuidas exclusivamente a una de las partes, ni concurrentes entre ambas, corresponden a la otra parte. → Arg.

[En el sistema federal argentino la división entre la competencia federal y las competencias provinciales sigue el criterio de "regla" y "excepción": la "regla" es la competencia provincial o local, la "excepción" es la competencia federal. En términos constitucionales, la fórmula de deslinde se expresa en el sentido de que todo aquello que no está expresamente cedido por las provincias (que son pre-existentes y "crea-



doras" del Estado nacional) al gobierno federal, queda retenido en aquellas (art. 121 de la Const. Nac.). Este criterio suele ser expresado —algo imprecisamente por cierto— como "poder residual" de las provincias.

Sin embargo, esta regla de distribución (lo que no está expresamente cedido por las provincias no puede ser materia federal) suele confrontar con otro criterio, también basado en el texto constitucional, que establece que el gobierno federal tiene los poderes implícitos necesarios para llevar adelante sus competencias constitucionales (art. 75, inc. 32 de la Const. Nac.). Este criterio suele ser expresado como "poderes implícitos" del gobierno federal.

No son pocos los casos en que las provincias y el Estado nacional reivindican un tema como propio de su competencia, incorporándolo dentro de la esfera del "poder residual" o del "poder implícito", respectivamente. El problema no es que existan estas "zonas grises" en materia de competencias pues ello es inevitable en todo régimen federal; el problema es que no exista un criterio previsible y razonable de resolución de las disputas.

En efecto, las previsiones constitucionales —aun las más exactas— suelen verse, más tarde o más temprano, desafiadas por la creciente complejidad de cuestiones originariamente previstas pero insuficientemente reguladas o por la generación de cuestiones imprevistas, sobrevinientes a su texto. En estos casos se renueva la dualidad "Estado central-Estados miembros" y la latencia del conflicto, cobrando importancia el talante con el que el problema se asume.

Desde una percepción disyuntiva o separatista, se propone que todo "nuevo tema" (o "viejo tema" devenido en "problema" por su actual complejidad) deba ser encarado con la fórmula tradicional del enunciado taxativo (corresponderá "exclusivamente" al Estado central o "exclusivamente" a los Estados miembros o será concurrente); desde una percepción conjuntiva o cooperativa, la cuestión debe resolverse por la vía del consenso de las partes, con más razón si no existe inicialmente cláusula constitucional que la regule.

La perspectiva del federalismo disyuntivo tiene la ventaja de la asignación inequívoca de responsabilidades y la desventaja de su falta de elasticidad para encarar un problema; la perspectiva del federalismo conjuntivo ofrece las ventajas y desventajas contrarias a la otra per-

cepción, pero sin duda es más creativa que el anterior, dejando abiertas múltiples formas de colaboración entre las partes.

Tales formas de colaboración pueden abarcar algunas de las siguientes modalidades:

– Pluralidad no jerárquica de carácter sustantivo (conurrencia): cada escala de decisión (Estado central o Estados miembros) tiene competencia para regular y controlar el tema o actividad concernido en paridad jerárquica, estableciéndose mecanismos de homogenización y/o compatibilización para evitar duplicaciones y/o contradicciones.

Este tipo de colaboración se asemeja al de las facultades concurrentes y al correspondiente al diseño de las normas-convenio sobre coparticipación de impuestos.

– Pluralidad jerárquica con complementación sustantivo-adjetiva: cada escala de decisión (Estado central o Estados miembros) tiene competencia para regular y controlar íntegramente un aspecto del tema o actividad concernido, estableciéndose una complementación forzosa entre ambos.

Un ejemplo de este tipo de colaboración es el que surge del reparto jurídico entre normas de fondo y normas de procedimiento, cada una de las cuales se asigna exclusivamente a una escala de decisión específica (Estado central y Estados miembros, respectivamente), con la particularidad de que si uno de los niveles no actúa el otro tampoco puede actuar (vgr.: un Código de fondo sin normas de procedimiento carece de operatividad; un código de procedimientos sin norma de fondo carece de encarnadura jurídica).

– Pluralidad jerárquica con complementación sustantiva: cada escala de decisión (Estado central o Estados miembros) tiene competencia para regular y controlar un sector o tramo específico del tema o actividad concernido, estableciéndose una jerarquía entre los sectores o tramos aludidos.

Este tipo de colaboración se encamina a diferenciar normativamente un nivel básico ("mínimo común denominador jurídico" aplicable en todo el país), que se asigna en competencia

al Estado central y otro nivel complementario (que excede al "mínimo común denominador jurídico"), asignado en competencia a los Estados miembros. El nivel complementario puede ser diferente entre los distintos Estados miembros, quienes tienen como única limitación respetar el nivel básico, uniforme para todos ellos.

2. Distintos niveles de competencia vinculados a temas ambientales

A partir del deslinde de competencias entre el Estado nacional, las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, puede formularse —a los fines de entrever la complejidad del cuadro de situación en materia ambiental— el siguiente inventario descriptivo:

- a) Normas sobre acceso y transmisión de la propiedad. El dictado de normas que establecen el régimen general de acceso a la propiedad de los bienes (objetos materiales —muebles o inmuebles— e inmateriales), y que regulan su transmisión, corresponde al Congreso de la Nación (art. 75, inc. 12 de la Const. Nac.)¹, con la salvedad constitucional de que el dominio originario de los recursos naturales que se encuentran sobre sus territorios les corresponde a las provincias (art. 124 de la Const. Nac.).
- b) Normas que definen los bienes que se encuentran dentro o fuera del comercio y cuáles pertenecen al dominio público. El dictado de este tipo de normas corresponde al Congreso de la Nación (art. 75, inc. 12 de la Const. Nac.) y —consecuentemente— son comunes a todas las provincias.
- c) Normas sobre restricciones a la propiedad en ejercicio del poder de policía. Son de naturaleza administrativa y —consecuentemente— provinciales y locales².

¹ Una interesante reflexión en torno a la amplitud con que suele interpretarse la facultad del Congreso de la Nación para regular "lo civil" en materia de recursos naturales en: PIGRETTI, Política legal de los recursos naturales cit., ps. 25 y ss.

² Hemos sostenido este criterio, siguiendo prestigiosa doctrina administrativista nacional, en: ROSATTI, Horacio D., La responsabilidad extracontractual del Estado en base a normas del Código Civil: una crítica, en Revista de Derecho de Daños, Nº 9, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2000, p. 78.

- d) Normas sobre resarcimiento por daños. El dictado de normas que establecen las causales de resarcimiento por daños corresponde al Congreso de la Nación (art. 75, inc. 12 de la Const. Nac.), con la salvedad constitucional de que respecto del daño ambiental rige la obligación prioritaria de "recomponer" (art. 41 de la Const. Nac.)³.
- e) Normas sobre tipificación de delitos y asignación de penas. Las normas penales, que establecen la posibilidad de establecer ilícitos ambientales, son también materia de competencia del Congreso de la Nación (art. 75, inc. 12 de la Const. Nac.) y —consecuentemente— comunes a todas las provincias.
- f) Normas sobre tipificación de contravenciones y asignación de sanciones. Revisten naturaleza administrativa y —consecuentemente— su dictado corresponde a las jurisdicciones provinciales y locales.
- g) Normas sobre resolución de las cuestiones interprovinciales o interjurisdiccionales. Dependiendo de su índole, las cuestiones interprovinciales (provincia con provincia) o interjurisdiccionales (Nación con provincia o Nación o provincia con Ciudad Autónoma de Buenos Aires) pueden ser resueltas de tres maneras:
 - Por la Nación, vgr.: para el caso de conflictos interjurisdiccionales (arts. 116 y 117 de la Const. Nac.), del tránsito, transporte (arts. 9º, 10, 11 y 12 de la Const. Nac.) o comercio interjurisdiccional (art. 75, inc. 13 de la Const. Nac.);
 - por convenios interprovinciales, respetando la prohibición de celebrar convenios políticos (art. 126 de la Const. Nac.);
 - por estrategias regionales (art. 124 de la Const. Nac.).

La proyección del entramado jurisdiccional previsto por la Constitución Nacional a un ejemplo ambiental concreto puede revelar la magnitud del problema⁴.

³ La definición de daño ambiental ha sido establecida por la ley 25.675 de "presupuestos mínimos de protección" (art. 27).

Sobre los criterios de derecho público y de derecho privado en materia de daño ambiental: JIMÉNEZ, Eduardo P. y PELLE, Walter David, Algunas reflexiones acerca del Proyecto de Código Civil de 1998 y sus vinculaciones con la manda constitucional de tutela ambiental, en E. D. del 7-12-99, ps. 1 y ss.

⁴ Más ejemplos en: PALLARÉS, Beatriz, Consideraciones sobre algunos pro-

Un animal, que puede ser materia de preocupación por su escasez o por su abundancia, cruza diariamente una ruta, un camino, un alambrado o el eje divisorio de un río y “pasa” —sin saberlo— de una jurisdicción provincial a otra. ¿Qué respuesta ofrece el derecho para concretar un interés tuitivo sobre esa especie o sobre otras que la especie en cuestión captura?

Veamos:

- Si el medio por el que el animal cruza la jurisdicción es un curso de agua, habrá que ver si dicho curso de agua es navegable o no; si es “navegable” rige la legislación que dicta el Congreso de la Nación, pero sólo para la navegabilidad y no para otros fines (vgr.: recreación), de modo que pueden coexistir “sobre el curso de agua” normas de distintas jurisdicciones según el uso que se le dé; si el curso de agua es “no navegable”, corresponde que legislen las provincias ribereñas para los distintos usos, a excepción del comercio interprovincial (que es difícil pero no imposible que se dé sobre un curso de agua no navegable), de modo que para lo atinente con el comercio regirán las normas del Congreso de la Nación y para todo lo demás las normas locales.
- Si el animal se desplaza por vía terrestre, habrá que considerar si al cruzar una jurisdicción e ingresar a otra lo hace entre propiedades privadas o no; en el primer caso, podría ser —en principio— legítimamente apresado por el dueño del fundo invadido, rigiendo las normas del derecho privado; en el segundo caso, podría ser apresado por cualquiera, si se lo considera *res nullius*, rigiendo también normas de derecho privado; pero —en cualquier caso— si la especie está amenazada, no podría ser cazado o podrían establecerse severas restricciones para la captura, rigiendo las normas restrictivas del derecho público.
- Si el animal se desplaza por aire, habrá que analizar si puede entorpecer la aeronavegación, rigiendo en tal caso normas de

derecho público federal; si no interfiere en la aeronavegación, habrá que ver si se trata de una especie amenazada, si es plaga o si no “encuadra” en ninguna de las categorías anteriores, para determinar si predominará el derecho público o el privado, respectivamente. Si se trata de una especie amenazada en vuelo estacional y con fines determinados (nidificar), podrá disponerse una protección severa no solamente en el trayecto sino en el lugar de destino, a través de restricciones de uso de la propiedad “invadida” por el tiempo que lleve la nidificación, indemnizándose en tal caso al propietario.

Podríamos seguir ampliando (o complicando) los ejemplos casi hasta el infinito...

Por suerte para los animales, ellos no estudian abogacía, de modo que no tienen que estar sabiendo a cada momento cuál es la norma que rige sus desplazamientos. Pero para todos aquellos interesados en estructurar la mejor protección posible, medida no sólo en términos científicos (vgr.: defensa de la especie teniendo en cuenta sus hábitos) sino también en términos de facilidad/dificultad jurisdiccional (vgr.: posibilidad de planteamiento de problemas interjurisdiccionales) y en términos económicos (vgr.: costo de la implementación de la medida de protección), el sistema federal puede ser una complicación adicional.

Para que ello no ocurra, es necesario compatibilizar la “lógica territorial de la especie o el sistema ambiental” a preservar (para lo que habrá de tener en cuenta —casi exclusivamente— consideraciones científicas) con la “lógica territorial del federalismo” (para lo que habrá que tener en cuenta —casi con exclusividad— su diseño constitucional y las posibilidades de elongamiento que la Constitución Nacional permite).

La reforma constitucional de 1994 incorporó criterios alternativos en la materia. Pero —no podría ser de otra manera— subsiste una serie de incógnitas que deben ser despejadas por la legislación infraconstitucional y por la interpretación doctrinaria y judicial.

Ése es el tema que abordan los capítulos siguientes.

blemas que plantea la legislación de protección de la fauna, en Primer Congreso Nacional de Derecho sobre Protección de la Fauna cit., capítulo Trabajos presentados, ps. 17 y ss.

Capítulo X

EL DOMINIO ORIGINARIO DE
LOS RECURSOS NATURALES

El artículo 124 in fine de la Constitución Nacional, incorporado en la reforma de 1994, reivindica el dominio originario de las provincias (y, según nuestro criterio, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires)¹ sobre los recursos naturales existentes en su territorio.

1. Dominio y jurisdicción

Conviene recordar, a los efectos de esclarecer este tema, la diferencia jurídica existente entre *dominio* y *jurisdicción*.

El *dominio* es definido por el artículo 2506 del Código Civil argentino como "el derecho real en virtud del cual una cosa se encuentra sometida a la voluntad y a la acción de una persona". Cierta doctrina distingue, "a efectos de conservar la pureza del léxico", el *dominio* de la *propiedad*, en la medida en que la *propiedad* sería el género abarcador de todo tipo de derechos susceptibles de apreciación pecuniaria (bienes), en tanto el *dominio* resultaría una especie referida a las cosas que están en el comercio². No obstante, y más allá de la

¹ ROSATTI, Horacio D., *Tratado de derecho municipal*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2001, t. IV, ps. 131 y ss.

Sobre el status jurídico de la Ciudad de Buenos Aires luego de la reforma constitucional de 1994 nos hemos explayado en: ROSATTI, Horacio D., *La autonomía en la Ciudad de Buenos Aires*, incluido en BIDART CAMPOS, Germán J. y GIL DOMÍNGUEZ, Andrés (dirs.), *Instituciones de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, La Ley, Buenos Aires, 2001, ps. 29 y ss.

² DROMI, José Roberto, *Derecho administrativo económico*, Astrea, Buenos Aires, 1979, t. II, p. 329.



relevancia intelectual que pueda tener el distingo, lo cierto es que el propio codificador se refiere indistintamente a ambos términos en la nota al artículo citado.

La *jurisdicción*, en sentido amplio³, supone *potestas*, o sea una “masa de competencias” atribuida a un órgano de poder, sobre las bases de la función o las funciones que son propias del Estado, para cumplir determinadas actividades⁴.

La distinción entre *dominio* y *jurisdicción* es graficada por Frías en estos términos: “el dominio se ejerce sobre las cosas; la jurisdicción sobre las relaciones”, concluyendo que “el dominio lleva necesariamente a la jurisdicción si nada la limita o excluye”, pero “la jurisdicción no lleva necesariamente al dominio”⁵. La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha convalidado la distinción entre *dominio* y *jurisdicción*, ratificando que “puede existir uno sin la otra y viceversa”⁶.

A los efectos de la asignación de competencias en materia de recursos naturales, dentro de nuestro sistema federal, la distinción entre *dominio* y *jurisdicción* permite afirmar:

- Que no caben dudas respecto del dominio originario de las provincias sobre ellos, y
- que es “posible” –bajo determinadas condiciones– reconocer la jurisdicción nacional sobre los mismos.

2. La interpretación de la cláusula

La respuesta constitucional a favor del “dominio originario” local

³ BIDART CAMPOS, Germán J., *Jurisdicción federal y jurisdicción provincial en materia electroenergética*, en E. D. 54-736.

⁴ Hay quienes consideran “impropia” esta interpretación amplia del vocablo *jurisdicción*, entendida como *potestas*, estimando que debe circunscribirse a su desarrollo etimológico (*iurisdicatio*, “decir el derecho” según la traducción de la locución latina), propio del Poder Judicial.

En este sentido: VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín, *Derecho administrativo*, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, t. IV, ps. 14 y ss.

⁵ FRÍAS, Pedro J., *Domínio y jurisdicción de la Nación y las provincias*, incluido en VV. AA., *Derecho público provincial*, Depalma, Buenos Aires, 1985, p. 323.

⁶ CSJN, Fallos: 154:312.

de los recursos naturales no ha sido la constante en la materia⁷, pero –en nuestro criterio– es la más adecuada a un país federal.

La palabra “originario” que complementa, adjetiva o califica al vocablo “dominio” debe ser entendida:

- a) Como una reivindicación histórica, derivada de la preexistencia de los entes territoriales locales al Estado nacional (“originario” connota en este sentido a “previo” y evoca lo “ancestral”), y
- b) como una advertencia a los titulares del dominio, en el sentido de que tal titularidad no conlleva la facultad de explotación local desligada de las necesidades del país (“originario” connota aquí a “no absoluto” y evoca lo “no definitivo”).

De modo que, a partir de lo señalado, es posible desdoblar –en materia de recursos naturales– la titularidad del *dominio* y el ejercicio de la *jurisdicción*. No cabe duda, tal como se dijo más arriba en función del texto expreso del artículo 124 constitucional, que el *dominio* es provincial, pero ello no invalida la *jurisdicción* nacional en la materia por razones de planificación y como garantía del uso racional de los recursos y de la sustentabilidad ambiental.

“Más que multiplicarse las cosas –dice Frías–, hoy se multiplican las relaciones que se descubren o se establecen entre las cosas, y éstas son las que reclaman una disciplina innovadora, un nuevo comportamiento donde nociones como ‘escala’, ‘coordinación’, ‘planificación global’, etcétera, no se sujetan a la órbita del dominio originario. Este fenómeno de aceleración de las interrelaciones, sumado al de la especialización y planamiento, provoca la creciente disociación del dominio y la jurisdicción. Y correlativamente, por razones de innovación, de escala y de centralización virtual, este proceso se cumple a pesar del dominio provincial y a favor de la jurisdicción nacional”⁸.

⁷ El art. 40, segundo párrafo, de la Constitución Nacional de 1949 disponía que “los minerales, las caídas de agua, los yacimientos de petróleo, de carbón y de gas y las demás fuentes naturales de energía, con excepción de los vegetales, son propiedades imprescriptibles e inalienables de la Nación, con la correspondiente participación en su producto, que se convendrá con las provincias”.

Una defensa del sentido de esta cláusula en: VV. AA., *La Constitución de 1949. Comentada por sus autores*, El Coloquio, Buenos Aires, 1975, ps. 300 y ss.

⁸ FRÍAS, *Domínio y jurisdicción...* cit., p. 324.

Pero para que este proceso no conduzca a abusos (la jurisdicción nacional como la expresión de decisión del ente más poderoso) o simplificaciones (la jurisdicción nacional como el atajo para evitar la "complicación jurisdiccional federal"), es necesario que se lleve a cabo garantizando:

- La necesaria participación de los integrantes de la federación argentina (las provincias y la Ciudad de Buenos Aires) al momento de decidir una política global que contemple la explotación de los recursos naturales existentes en sus territorios, y
- la adecuada compensación económica al titular originario por la utilización de sus recursos naturales, según la planificación nacional en la materia⁹.

⁹ FRÍAS, Pedro J., *Introducción al derecho público provincial*, Depalma, Buenos Aires, 1980, ps. 197 y 215.

Capítulo XI

LOS "NIVELES" DE PROTECCIÓN

El artículo 41 de la Constitución Nacional, incorporado en la reforma de 1994, prescribe, en su tercer párrafo, que "corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquéllas alteren las jurisdicciones locales".

Se trata del párrafo federal de la cláusula ambiental. Seguidamente analizaremos cómo se inserta el texto transcrito en el marco teórico del federalismo oportunamente descrito.

I. La determinación de los "presupuestos mínimos de protección" por parte del gobierno nacional

Desde el punto de vista jurisdiccional, la cláusula del artículo 41 de la Constitución Nacional impone la necesidad de manejar un lenguaje ambiental común en el contexto de la multiplicidad federal, de modo de potenciar —antes que anular— los esfuerzos locales.

El texto plantea algunos interrogantes que deben ser contestados en el marco del "sistema" de reparto de competencias estructurado en la propia Constitución Nacional.

a) ¿Quién debe establecer los "presupuestos mínimos de protección"?

El artículo 41 de la Constitución Nacional estipula que el cometido de establecer los "presupuestos mínimos de protección" en materia

ambiental le “corresponde a la Nación”. Pero, ¿a qué órgano del Estado nacional? Indudablemente al Congreso.

Ello así porque:

- El propio artículo 41 de la Constitución Nacional dice que los “presupuestos mínimos” deben estar contenidos en “normas”, es decir preceptos generales como los que dicta el Congreso;
- al aludir a dichas “normas” establece que las mismas no deben alterar las jurisdicciones locales, tal como ocurre en el caso del dictado de los códigos de fondo que la Constitución asigna específicamente al Congreso (art. 75, inc. 12);
- la Constitución le atribuye al Congreso “hacer todas las leyes y reglamentos que sean convenientes para poner en ejercicio los poderes concedidos al gobierno de la Nación argentina” (art. 75, inc. 32);
- lo dicho es sin perjuicio de la facultad reglamentaria que, con posterioridad a la intervención del Congreso y dentro de los límites de la ley, pueda ejercitar el Poder Ejecutivo, conforme a las previsiones del artículo 99, inciso 2º de la Constitución Nacional¹.

b) ¿Qué contenidos involucran los presupuestos mínimos de protección?

Podría en principio pensarse que los “presupuestos mínimos” son exclusivamente “presupuestos científicos” de protección (entendiendo por “ciencia” a las distintas disciplinas fácticas que estudian la naturaleza, o sea las ciencias *duras*) y que tales “presupuestos”, en tanto que “mínimos” y susceptibles de “complementación” local, deberían

¹ HUTCHINSON, Tomás, en MOSSET ITURRASPE, HUTCHINSON y DONNA, *Daño ambiental* cit., t. I, p. 282.

Compartimos –no obstante– los reparos o prevenciones que formula Díaz Araujo en torno a la posible interpretación extensiva de la facultad reglamentaria por parte del Poder Ejecutivo Nacional en la materia (DÍAZ ARAUJO, Mercedes, *El artículo 41 de la Constitución Nacional: la jurisdicción local y federal en materia ambiental*, en L. L. del 31-12-2001, p. 3).

expresarse cuantitativamente (vgr.: niveles de aptitud del agua, de contaminación sonora, de manejo de residuos peligrosos, etc.)².

El texto del artículo 41 de la Constitución Nacional –y su compatibilización con otras cláusulas de la misma jerarquía, como la del artículo 75, inciso 19– permite concluir que los “presupuestos mínimos de protección” pueden involucrar también a cuestiones propias de las ciencias *blandas* (vgr.: educación, información), no expresables cuantitativamente.

En esta dirección, es plausible el texto del artículo 15 de la ley 25.675, en la medida en que involucra al factor educativo (formal y no formal), dentro de los “presupuestos mínimos” aludidos por el artículo 41 de la Constitución Nacional, al disponer que –una vez establecidos los criterios básicos en la materia, con la participación de la representación federal– “las jurisdicciones [...] instrumentarán los respectivos programas o currículos a través de las normas pertinentes”.

² Koolen estructura un listado tentativo de materias susceptibles de ser reguladas por el Congreso de la Nación, en cumplimiento de lo dispuesto por el art. 41 de la Constitución Nacional. Tales temas abarcarían:

“I. La protección de la salud y la calidad de vida respecto de factores ambientales adversos:

- ”a) Contaminación de la atmósfera;
- ”b) Contaminación de las aguas;
- ”c) Contaminación de los suelos;
- ”d) Producción y manejo de sustancias y residuos peligrosos;
- ”e) Actividades riesgosas.

”II. Protección de los recursos naturales renovables:

- ”a) Normas comunes a todos los recursos renovables;
- ”b) Protección y fomento de la actividad biológica;
- ”c) Aguas y ecosistemas acuáticos:

- ”-normas comunes;
- ”-aguas continentales;
- ”-aguas marítimas y costeras.

”d) Suelos y ecosistemas terrestres:

- ”-normas comunes;
- ”-normas especiales para la protección de los suelos usados en actividades agropecuarias;

”-normas especiales para la protección de los suelos forestales, los bosques naturales y toda la flora silvestre.

”III. Recursos naturales no renovables.

c) ¿Puede el gobierno nacional establecer presupuestos mínimos de protección diferentes para distintas provincias?

Más allá de las circunstancias que puedan tornar conveniente establecer diferencias entre las provincias (derivadas del disímil grado de complejidad que en cada jurisdicción asuma un problema ambiental, del compromiso económico desigual que su solución irroge o de otra circunstancia que genere una desigualdad fáctica significativa), no parece razonable que sea el legislador quien formule —en cada caso— precedentes de disparidad. En tal hipótesis, puede resultar adecuado que el Congreso faculte al Poder Ejecutivo para establecer plazos diferentes para que las distintas provincias puedan cumplir con los mismos objetivos de protección. Obviamente, la disparidad temporal deberá estar debidamente fundada y sortear el test de “razonabilidad”.

Una reglamentación “razonable” por parte del Poder Ejecutivo en la materia —supuesto que le fuere delegada la cuestión por el Congreso— sería aquella que no colisionara con los siguientes criterios:

- 1º) *El principio de igualdad ante la ley*, que manda “tratar igual a quienes se encuentran en las mismas condiciones o circunstancias”. No sería por tanto razonable establecer desigualdades conceptuales o teóricas entre un cordobés, un santiagueño y un santafesino en materia de disfrute ambiental, sino —eventualmente— reconocer un diferente “punto de partida” en la materia pero con el objetivo de lograr un mismo “punto de llegada” (presupuestos mínimos iguales para todos).
- 2º) *El principio de la eminente dignidad de la persona humana*, que impediría —en este tema— establecer “presupuestos míni-

“IV. Áreas naturales protegidas.

“V. Emergencias y desastres ambientales.

“VI. Preservación de los recursos paisajísticos.

“VII. Preservación del patrimonio cultural.

“VIII. Ordenación de los asentamientos humanos” (KOOLEN, Ricardo, *La Constitución reformada en 1994 y las expectativas sobre el futuro desarrollo ambiental argentino*, material distribuido en el Curso de Derecho y Política Ambiental correspondiente a la Maestría en Evaluación de Impacto y Gestión Ambiental de la Universidad Católica de Santa Fe, mayo-junio de 2001, ps. 19 y ss).

mos” inferiores a los compatibles con una calidad elemental de vida a la que tienen derecho *in initio* todos los habitantes de la Nación, cualquiera sea su lugar de origen o residencia.

d) ¿Pueden las provincias discutir los “presupuestos mínimos de protección” establecidos por el Congreso?

Las provincias pueden discutir la razonabilidad de los “presupuestos mínimos de protección ambiental” fijados por el gobierno nacional, ya sea que éstos provengan de un convenio internacional o se originen autónomamente en el ámbito nacional.

Tales cuestionamientos sólo podrían fundarse en un avasallamiento a la “zona de reserva” de los poderes no delegados por las provincias, para lo cual debería cuestionarse la razonabilidad del *minimum* de protección estipulado por el Congreso (arts. 121 y 41, *a contrario sensu*, de la Const. Nac.)³.

Los cuestionamientos deberían ser incoados como “cuestión constitucional” ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación (art. 117 de la Const. Nac.).

e) ¿Pueden discutirse los “presupuestos complementarios de protección” establecidos por las provincias?

Hutchinson plantea el problema en su exacta dimensión cuando —refiriéndose a la competencia medioambiental de las provincias— pregunta: “¿Pueden dictar normas que contengan presupuestos mayores de protección, en orden a los particulares intereses de cada provincia? ¿O, por el contrario, la ubicación del tema en la Primera Parte de la Constitución, referente a las Declaraciones, Derechos y Garantías, hace que esa protección mínima sea un derecho de los particulares, que no puede ser alterado en su perjuicio (en forma que lo restrinja aún más) por las leyes complementarias provinciales?”⁴

³ GAMBIER, Beltrán y LAGO, Daniel, *El medio ambiente y su reciente aceptación constitucional*, en E. D. 163-731 y ss.

Según Díaz Araujo, “el límite entre lo mínimo y lo máximo en materia ambiental debe ser interpretado a la luz de la potestad provincial de ejercer el dominio sobre sus recursos naturales” (DÍAZ ARAUJO, ob. cit., p. 3).

⁴ HUTCHINSON, ob. cit., t. I, p. 284.

En nuestro criterio, la expresión *presupuestos complementarios*, vinculada a *presupuestos mínimos*, no puede sino ser entendida como *presupuestos mayores*, de modo que el debate jurídico en torno al ejercicio de facultades normativas de las provincias para ampliar el nivel de protección medioambiental no es un debate sobre “competencia” sino –eventualmente– un debate sobre “razonabilidad”, concomitante a todo ejercicio de función legislativa o reglamentaria.

Esta interpretación es compatible no sólo con la inteligencia de la cláusula y con un federalismo de concertación, sino también con la manifiesta intención del constituyente de consagrar un derecho a la protección y no un derecho contra la protección ambiental.

2. El sentido de la “coordinación” entre la Nación y las provincias en materia ambiental

El tercer párrafo del artículo 41 establece que “corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias las necesarias para complementarlas, sin que aquéllas alteren las jurisdicciones locales”.

¿Qué debe entenderse por “complementación” a los fines de este artículo?

Una *primera interpretación* del párrafo es aquella que reconoce tanto a la Nación como a las provincias una competencia “conjunta”, “sustantiva”, “integral” e “indistinta” sobre la materia ambiental. Según este criterio, ambas jurisdicciones estarían facultadas para establecer niveles sustantivos de protección sin restricciones de ningún tipo⁵. Esta interpretación, que se afirma en las potestades que –por distintas razones– tienen la Nación y las provincias en materia ambiental (se trata de una cuestión inicialmente no delegada por las provincias a la Nación, pero también regulable por la Nación en la hipótesis de interjurisdiccionalidad, como ocurre con el comercio o el transporte) choca con el texto mismo del artículo 41, que establece una línea distintiva entre “presupuestos mínimos de protección” y “protección complementaria”.

⁵ BOSCH, Juan, *Las provincias y el poder de policía medioambiental*, en E. D. del 7-12-99, ps. 4 y ss.

Una *segunda interpretación* del párrafo es aquella que se sitúa en la “pluralidad sustantiva-adjetiva”, distinguiendo entre un nivel “sustantivo” de protección –atribuido a la Nación– y un nivel “adjetivo”, “procesal” o “instrumental” de protección –atribuido a las provincias–. La línea distintiva entre ambas jurisdicciones sería por tanto una línea jerárquica, tal como ocurre entre una norma de fondo (como el Código Civil) y una norma de implementación (como un Código Procesal Civil de provincia). Esta interpretación, que se afirma en el texto de la última parte del párrafo (“sin que aquéllas” –se refiere a las normas que contienen los presupuestos mínimos de protección– “alteren las jurisdicciones locales”), de similar redacción que el correspondiente al artículo 75, inciso 12, por el que se encomienda al Congreso de la Nación la tarea de redactar los Códigos de fondo, estableciendo como regla su implementación procesal por parte de las provincias (“sin que tales códigos alteren las jurisdicciones locales, correspondiendo su aplicación a los tribunales federales o provinciales, según que las cosas o personas cayeren bajo sus respectivas jurisdicciones”) choca también con el texto del párrafo bajo análisis del artículo 41 en la medida en que los niveles de protección “complementarios” o “no mínimos” son también niveles sustantivos.

Una *tercera interpretación* del párrafo es aquella que reconoce “pluralidad jerárquica sustantiva” en los niveles de regulación de la materia ambiental. “Pluralidad” porque tienen capacidad normativa sobre la materia tanto la Nación como las provincias; “jerárquica” porque dicha atribución no es “indistinta” o “integral” para cada jurisdicción (una se encarga de establecer los “niveles mínimos” y otra los “niveles complementarios”), y “sustantiva” porque tanto Nación como provincias comparten la responsabilidad de lograr –en conjunto– la protección integral del ambiente.

Aquí el término “complementarlas” del artículo 41 –referido a las normas provinciales con relación a las nacionales en materia ambiental– debería ser asimilado al término “complementarios” incorporado también por el constituyente de 1994 en el artículo 75, inciso 22, segundo párrafo –referido a las normas internacionales con relación a las constitucionales en materia de derechos humanos y garantías–. La literalidad y el contexto de estas expresiones permi-

tirían colegir que cuando el constituyente de 1994 habla de “complementación” normativa alude a una pluralidad de jurisdicciones con capacidad legisferante sustantiva, cuyo despliegue concreto genera un acoplamiento entre una normativa “de base” de carácter nacional (legal o constitucional) y otra normativa “complementaria” (local o internacional), pero igualmente sustantiva⁶.

Esta tercera interpretación es la que nos satisface. Ello así por dos motivos:

- 1º) Porque es la que permite asegurar un “mínimo común denominador” de protección para todos los habitantes de la Nación (santafesinos, cordobeses, porteños, etc.), garantizando la vigencia del principio de igualdad jurídica en el plano territorial, y
- 2º) porque es el que permite conjugar la interjurisdiccionalidad propia de las cuestiones ambientales con un concepto moderno de federalismo participativo, dado que las provincias y la Ciudad de Buenos Aires “participan” tanto en la formulación de los “niveles mínimos de protección” nacional (a través de sus representantes en el Congreso), cuanto en la definición de los “niveles complementarios de protección” local (a través de sus representantes provinciales o ciudadanos, respectivamente).

3. Competencia judicial respecto de las cuestiones suscitadas por la aplicación de las normas sobre “presupuestos mínimos de protección”

Desde el punto de vista del ámbito de su vigencia territorial, las leyes que dicta el Congreso de la Nación suelen clasificarse en “leyes nacionales” y “leyes locales”; las primeras tienen vigencia en todo el territorio de la Nación, las segundas sólo en lugares específicos (vgr.: establecimientos de utilidad nacional).

En función de su especificidad material y con incidencia directa en la determinación de las autoridades administrativa y judicial de

⁶ QUITROGA LAVIÉ, Humberto, *El Estado ecológico de derecho en la Constitución Nacional*, en L. L. 1996-B-956 y ss.

aplicación (federal o provincial), las “leyes nacionales” que sanciona el Congreso de la Nación suelen subclasificarse en *leyes federales o especiales y leyes comunes u ordinarias*. Las primeras, destacadas principalmente en el artículo 75, inciso 12, segunda parte y, en lo pertinente, en el artículo 126 de la Constitución Nacional (vgr.: leyes sobre naturalización y nacionalidad, bancarrotas, falsificación de la moneda corriente y documentos públicos del Estado, juicio por jurados) son aplicadas (con prescindencia del lugar en el que los hechos ocurran) por las autoridades federales (tanto en sede administrativa como judicial); las segundas, referidas en el artículo 75, inciso 12 de la Constitución Nacional (vgr.: los Códigos Civil, Comercial, Penal, etc.) son aplicadas por las autoridades locales (tanto en sede administrativa como judicial) si las cosas o las personas caen bajo esa jurisdicción⁷.

La ley de “presupuestos mínimos de protección” sancionada por el Congreso de la Nación es evidentemente una “ley nacional”. Pero, ya dentro de esta categoría, ¿debe ser considerada una ley federal, aplicable en sede administrativa y judicial por las autoridades federales?, ¿o debe ser considerada una ley común, aplicable en sede administrativa y judicial –de darse el caso– por las autoridades provinciales o locales?

Quienes adhieren al primer criterio (*ley federal*) argumentan que el artículo 116 de la Constitución Nacional sólo excluye de la competencia federal a las causas que –originadas en leyes de la Nación– se encuentren incluídas en la reserva hecha en el inciso 12 del artículo 75. No emergiendo la “ley de presupuestos mínimos de protección” del citado artículo 75, inciso 12, sino del artículo 41, correspondería incluirla dentro de la regla prevista por el artículo 116. Según este criterio, la “ley de presupuestos mínimos de protección” no sería una ley de derecho común (como el Cód. Civil o Penal) sino una ley federal⁸.

Quienes adhieren al segundo criterio (*ley común*) argumentan que el artículo 41 de la Constitución Nacional, al aludir a la “ley de pre-

⁷ BIDART CAMPOS, Germán J., *Manual de la Constitución reformada*, Ediar, Buenos Aires, 1997, t. III, ps. 166 y ss.

⁸ HUTCHINSON, ob. cit., t. I, ps. 260 y ss.

supuestos mínimos de protección” reitera la reserva del artículo 75, inciso 12, en el sentido de que con su sanción por el Congreso no deben alterarse las jurisdicciones locales, con lo cual se estaría en la misma hipótesis que en el caso de la sanción de un Código de fondo. Según este criterio, la “ley de presupuestos mínimos de protección” no sería una ley federal sino una ley de derecho común⁹.

Consideramos que el sentido de la “coordinación” Nación-provincias buscado por el constituyente se compagina mejor con la consideración de *ley común* a la fijación congresional de los “presupuestos mínimos de protección”. Ello no supone excluir definitivamente la discusión del tema en la instancia jurisdiccional federal, sino limitarla como última instancia jurisdiccional posible, vía control de constitucionalidad¹⁰.

4. La política ambiental provincial, el Estado nacional y el derecho internacional

a) ¿Pueden las provincias celebrar convenios internacionales en materia ambiental?

A partir de la reforma constitucional de 1994 las provincias pueden celebrar convenios internacionales, con conocimiento del Congreso, “en tanto no sean incompatibles con la política exterior de la Nación y no afecten las facultades delegadas al gobierno federal o el crédito público de la Nación” (art. 124)¹¹.

⁹ BIDART CAMPOS, Germán J., *Tratado elemental de Derecho Constitucional argentino*, Ediar, Buenos Aires, 1995, t. VI (*La reforma constitucional de 1994*), ps. 302 y ss.

En el mismo sentido: GONZÁLEZ ARZAC, Rafael M., *Coordinación de competencias nacionales y provinciales en materia ambiental*, en *Revista de Jurisprudencia Provincial Buenos Aires*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1995, Año 5, Nº 6, p. 420; NATALE, Alberto, *Comentarios sobre la Constitución. La reforma de 1994*, Depalma, Buenos Aires, 1995, ps. 56 y ss.; TAWIL, *La cláusula ambiental en la Constitución Nacional* cit., p. 1329.

¹⁰ Éste parece ser el criterio asignado por el Congreso de la Nación a la ley 25.675, de presupuestos mínimos de protección, en su art. 7º.

¹¹ Sobre este tema nos hemos exployado en: ROSATTI, Horacio D., *El fede-*

Llevada la cláusula a nuestro tema, éstas serían las consecuencias:

1º) *Cuestión de competencia*: la materia sobre la que estarían habilitadas las provincias para celebrar convenios internacionales se compondría con:

- Todo aquello que permitiera cumplir con los “presupuestos mínimos de protección” fijados por el gobierno nacional –supuesto que ellos estén definidos–, y
- todo aquello que excediera el nivel de los “presupuestos mínimos” –por tratarse de materia no delegada–.

2º) *Cuestión política*: aun en los casos anteriores, el texto de los convenios no debería ser incompatible con la política exterior de la Nación. Esta prohibición se complementa con lo estatuido por el artículo 126 de la Constitución, que prohíbe expresamente a las provincias “celebrar tratados parciales de carácter político”, cláusula originariamente pensada para evitar la conformación de “ligas de gobernadores” que pugnarán con las autoridades nacionales –tal como ocurrió en la historia argentina en más de una ocasión–, pero que hoy debe ser interpretada también en una dimensión internacional.

En efecto, un convenio internacional celebrado por una o varias provincias argentinas con una o varias provincias o Estados extranjeros limítrofes, para la utilización conjunta de un recurso natural (vgr.: explotación de energía hidráulica proveniente de un curso de agua compartido) puede cumplir con los parámetros técnicos de protección y respetar la línea divisoria de competencias internas en materia ambiental, pero puede –a la vez– contradecir los lineamientos de la política exterior de la Nación (vgr.: si el fortalecimiento del país limítrofe en materia de energía hidroeléctrica resultara inconveniente para los intereses estratégicos de nuestro país).

3º) *Cuestión económica*: supuesto el cumplimiento de los dos re-

realismo en la reforma, en VV. AA., *La reforma de la Constitución explicada por los miembros de la Comisión de Redacción*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1994, ps. 258 y ss.

quisitos anteriores (actuar sobre competencia propia y no interferir la política exterior nacional), la viabilidad del convenio internacional celebrado por la provincia está sujeta a que sus cláusulas no afecten el crédito público de la Nación. Ello es comprensible, puesto que lo contrario supondría exponer las finanzas del país al arbitrio de los gobiernos locales de turno.

El Congreso de la Nación, órgano encargado de establecer los "presupuestos mínimos de protección" en materia ambiental, es también el órgano encargado de "conocer" el convenio internacional susceptible de colisionar con lo prescripto por el artículo 124 de la Constitución Nacional. "Conocimiento" no significa "aprobación" sino "anoticiamiento", según la doctrina constitucional mayoritaria que compartimos, de modo que el Congreso no puede desaprobado formalmente el convenio, pero sí puede (y debe) comunicar a los otros poderes nacionales (al Poder Ejecutivo, en tanto responsable de la política exterior y de las finanzas del país, y al Poder Judicial, custodio último de la legalidad) para que, actuando dentro de sus respectivas competencias, invaliden las cláusulas que contravengan lo prescripto en la Constitución Nacional.

b) *Las actividades lícitas (según el derecho interno) de las provincias en materia ambiental que generan consecuencias negativas en el exterior del país*

Una hipótesis diferente a la analizada con anterioridad se escenificaría en el caso en que una provincia ejerciera —en su jurisdicción territorial— una actividad de preservación o de utilización racional de sus recursos naturales (dentro de los *standards* fijados eventualmente por el gobierno nacional en la materia) de la que se siguiera perjuicio para uno o varios Estados limítrofes. La conducta no devendría en este supuesto de un convenio, por lo que no serían aplicables los requisitos previstos por el artículo 124 de la Constitución Nacional, sino que surgirían de una actividad típica y originariamente local. ¿Podría en este caso el gobierno nacional impedir dicha actividad para evitar un conflicto internacional? La respuesta no puede ser sino afirmativa y debería fundarse en documentos internacionales (vgr.: Principio 22

de la Declaración de Estocolmo de 1972¹² y artículo 3º del Convenio sobre Diversidad Biológica de Río de Janeiro en 1992¹³) y en cláusulas de derecho público interno (tales como los arts. 27, 75, inc. 32, 99, incs. 1º y 11, y 128 y concs. de la Const. Nac.).



CENTRO DE ESTUDIANTES DE DERECHO

¹² "Los Estados deben cooperar para continuar desarrollando el derecho internacional en lo que se refiere a la responsabilidad y a la indemnización a las víctimas de la contaminación y otros daños ambientales que las actividades realizadas dentro de su jurisdicción o bajo el control de tales Estados causen a zonas fuera de su jurisdicción".

¹³ "De conformidad con la Carta de las Naciones Unidas y con los principios del derecho internacional, los Estados tienen el derecho soberano de explotar sus propios recursos en aplicación de su propia política ambiental y la obligación de asegurar que las actividades que se lleven a cabo dentro de su jurisdicción o bajo su control no perjudiquen al medio ambiente de otros Estados o zonas situadas fuera de toda jurisdicción nacional".

Capítulo XII

LA REGIONALIZACIÓN

A partir de la reforma constitucional de 1994 se instituye a la *región* como una nueva forma de interjurisdiccionalidad que enriquece la gama de posibilidades político-territoriales de nuestro federalismo¹.

A continuación analizaremos los distintos significados de la *región*, cómo también sus alcances dentro de la estructura de la Constitución reformada.

Finalmente, habremos de indagar si la *región*, entendida como una interjurisdiccionalidad posible dentro del sistema federal argentino, constituye una estrategia recomendable para asumir las hipótesis de interjurisdiccionalidad del tema ambiental.

1. Caracterización de la *región*

Se ha definido a la *región* como “un área territorial caracterizada por elementos que le confieren cierta homogeneidad”².

Como toda definición, sólo se trata de un punto de partida. Queda

¹ “La presencia de las regiones no cambia la naturaleza jurídica del Estado federal, sino que supone la incorporación de una nueva estructura en su seno” (CASTORINA DE TARQUINI, María Celia, *La región y la reforma constitucional*, en Instituto Argentino de Estudios Constitucionales y Políticos, *Derecho constitucional de la reforma de 1994*, Depalma, Buenos Aires, 1995, t. II, p. 373).

² Citada por POVIÑA, Alfredo, *Tratado de sociología*, Astrea, Buenos Aires, 1977, p. 375.

por desentrañar cuáles son los "elementos" constitutivos de la región y cuál es el alcance de la "homogeneidad" enunciada.

a) *Los elementos o criterios constitutivos de la región*

a.1) *Criterio geofísico*

La *región* es la resultante de la uniformidad geofísica (morfología, clima, etc.) de un área territorial determinada.

En otra época, la morfología bastaba para delimitar una región, un Estado o un reino. Recordemos al Rey Macbeth, quien se consideraba invencible porque La Sombra le había pronosticado que conservaría su reino hasta que "viniera contra él la selva de Birnam y cubriera con sus ramas a Dunsinania", lo cual suponía que los árboles deberían moverse de su lugar... ¡algo imposible! Y recordemos que Macbeth perdió su reino porque creyó que la selva se le acercaba, al divisar los árboles que se le aproximaban, cuando en realidad se trataba del ejército enemigo que avanzaba camuflado con ramas³. Hoy este artificio no sería necesario; son los propios límites estatales los que ponen una "traba cultural" a la continuidad geográfica. El hombre ha logrado que la naturaleza deje de ser confiable. Para decirlo mejor: ha dejado de confiar en la naturaleza⁴.

No obstante, aunque la morfología no baste por sí sola para la conformación regional, no puede negarse que "las estructuras geosociales ejercen una profunda influencia sobre la constitución política de las sociedades"⁵.

a.2) *Criterio económico*

La *región* es la resultante de la "vocación económica preponderante" de un área geográfica, fundada en su "específica dotación de recursos"⁶.

³ SHAKESPEARE, William, *Macbeth*, acto IV, escenas primera y quinta.

⁴ "La comparación histórica muestra que no hay nada tan inmóvil y conservador como los derechos adquiridos dentro de las fronteras estatales existentes en una organización federal" (LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución*, trad. de Alfredo Gallego Anabitarte, Ariel, Barcelona, 1976, p. 365).

⁵ FERRANDO BADÍA, Juan, *Estudios de Ciencia Política*, Tecnos, Madrid, 1976, p. 266.

⁶ POVIÑA, ob. cit., p. 375; FERRANDO BADÍA, ob. cit., p. 279.

Dice Ferrando Badía que "los recursos vegetales y animales son esenciales en las sociedades subdesarrolladas" y que "los recursos minerales llegan a ser cada vez más importantes a medida que aumenta el crecimiento industrial"⁷.

Cuando la vocación económica preponderante se funda en la explotación de recursos extractivos (vgr.: minerales), la actividad humana conecta la "región económica" con la "región geofísica". Cuando la vocación económica deriva de industrias no extractivas, entonces lo económico no sólo conecta con la "actividad" sino también con la "creatividad" humana.

Es también factible que, no habiendo vocación económica "explicitada" (aunque tal vez sí "potencial") en un tiempo determinado, se la intente "prefabricar" o "incentivar".

a.3) *Criterio sociológico*

La *región* es la expresión territorial de un singular conjunto de ideas, creencias, sentimientos y costumbres.

Esta "singularidad" estaba otrora indisolublemente ligada a la geografía: la región con idiosincracia propia (la "región sociológica") era la región "absorta", "incontaminada", aislada en el espacio, porque "la geografía imponía al localismo como forma de vida (las distancias infranqueables precipitan la solidaridad de lo contiguo) y condicionaba la autosuficiencia (a través de las riquezas o carencias del territorio)"⁸.

De más está decir que en un mundo "de fronteras abiertas" esta noción de región "absorta" está en crisis. No obstante, la "conciencia territorial" sigue siendo un factor cohesivo de importancia, pero su custodio no es ya la naturaleza (a través de las distancias ineludibles, las montañas inescrutables o los ríos inabordables) sino el propio hombre, a través de la evocación, la memoria y la comunicación intergeneracional⁹.

⁷ FERRANDO BADÍA, ob. cit., p. 270.

⁸ ROSATTI, Horacio D., *Caracterización del municipio*, en E. D. del 31-10-84, p. 4.

⁹ CERVERA, Felipe J., *Regiones culturales: metodología y aplicación a Santa Fe*, ponencia presentada en el Congreso Nacional del Federalismo, Santa Fe, 8 al 11-11-86.

a.4) Criterio jurídico

La *región* es el producto de una compartimentación territorial generada por un acto de poder estatal normativo.

b) Valoración de los distintos criterios constitutivos de la región

Dependiendo de los fines para los que se estructure, la constitución de regiones habrá de privilegiar un criterio por sobre los demás.

No obstante, parece obvio que el criterio jurídico aparece como el menos relevante de todos, en la medida en que resulta fuertemente instrumental, radicando su importancia en la fidelidad con que sea capaz de traducir a un lenguaje institucional la elección de alguno (o algunos) de los otros criterios. "Al plantear el problema de la región como realidad sociopolítica —dice Ferrando Badía— habremos de tener bien en cuenta que, siendo la región [...] una realidad natural, sociológica —basada en una historia, un territorio, una población, una unidad económica peculiares—, tal realidad es, de suyo, independiente de las estructuras políticas, «que podrán reconocerla o dejar de hacerlo, sin que por ello se dude de su existencia ni disminuya su importancia»"¹⁰.

c) El "grado" o "nivel" de la homogeneidad regional

La "homogeneidad" requerida en los criterios fundantes para el reconocimiento de una región puede ser expresada como "conciencia territorial", que es el sentimiento de afinidad observable en una comunidad dentro de un marco de convivencia jurídico-político-institucional mayor. Este "auto-reconocimiento" precipita la idea de *contraste*, de *diferencia*, graficable con la obvia pero útil expresión: "el límite de una homogeneidad está dado por la presencia de otra homogeneidad".

Tanto en el mundo natural cuanto en el cultural, las áreas limítrofes de una homogeneidad participan del llamado "efecto borde", áreas en

las que coexisten características distintivas de las zonas adyacentes y que usualmente éstas consideran "marginales".

La detección del "contraste" regional sólo puede obtenerse utilizando métodos empíricos, aunque las razones del "contraste" deriven de causas históricas, étnicas, geográficas, económicas, etcétera.

"La idea básica de la 'conciencia regional' se configura en una dirección empírica, mediante el uso de determinados indicadores de la actitud de una población territorialmente definida. Hallamos entre dichos indicadores:

- "El grado de satisfacción de vivir en la región donde se reside;
- "el grado —muy elemental— de identificación obtenida por la proporción de habitantes que se adscriben al gentilicio correspondiente y el grado en que se 'sienten' o no adscriptos al gentilicio regional;
- "la proporción de gente cuyos padres eran de la región donde viven, y
- "la proporción de la población que —en las regiones lingüísticamente diversificadas— entienden, hablan, leen y escriben el idioma originario"¹¹.

2. La regionalización en la Argentina

a) La región como "creación"

La reforma constitucional de 1994 incorporó, en el artículo 124, a la *región* como "posibilidad".

La cláusula de habilitación está redactada en modo potencial, haciendo recaer en las provincias su efectiva concreción ("Las provincias podrán crear..."). Corresponderá entonces a las provincias (y no a la Nación) diseñar el mapa regional (o los mapas regionales, para mejor decir) conforme a la materia concernida (salud, economía, obras públicas, explotación de cuencas, administración de recursos, protección ambiental, etc.) y establecer —en cada caso— los órganos necesarios "con facultades para el cumplimiento de sus fines".

¹⁰ FERRANDO BADÍA, ob. cit., ps. 283 y ss.

¹¹ Ídem, p. 281.

De modo que cualquier eventual sistema regional en la Argentina deberá:

- a) Ser "instrumental" o "adjetivo" en función del objetivo propuesto, pero no "político" o "sustantivo", en la medida en que:
 - La región no reemplaza a las provincias y por tanto carece de autonomía, y
 - subsiste la prohibición constitucional a las provincias de celebrar tratados de carácter político y eventualmente constituir "regiones políticas" (art. 126 de la Const. Nac.).
- b) Interpretarse con sentido "integracionista" antes que "separatista", en la medida en que la intención regional nace de las propias provincias con fines de complementación y para remediar las carencias que su actuación individual genera frente a un tema de magnitud territorial mayor que sus propias geografías¹².

b) *La instrumentación de la creación regional*

La cláusula que habilita la *región* como creación interprovincial establece que dichas articulaciones deberán ser "comunicadas" al Congreso Nacional.

"Comunicar" no significa "aprobar" sino "notificar"¹³. De esta forma se resguarda la autonomía provincial (inhibiendo al gobierno federal de imponer regiones a las provincias), y a la vez se asegura el necesario anoticiamiento a las autoridades nacionales para que no se pierda —en ningún caso— la necesaria visión de conjunto de "un sistema nacional de planeamiento que debe cubrir todo el área del país y evitar así los nucleamientos provinciales por razones ajenas a las económicas-sociales" e incluso la marginación de provincias "por falta de integración suficiente con otra u otras"¹⁴.

¹² FRÍAS, Pedro J., *El proceso federal argentino*, ed. del autor, Córdoba, 1988, p. 44.

¹³ En el mismo sentido: HERNÁNDEZ (h), Antonio M., *Integración y globalización*, Depalma, Buenos Aires, 2000, ps. 106 y ss.

¹⁴ VERGARA, Ricardo Alberto, *La región*, en VV. AA., *Derecho público provincial cit.*, ps. 138 y ss.

c) *La región como "corrección"*

A esta alternativa de *creación* regional generada a partir de la voluntad provincial (incorporada en la reforma de 1994 en el art. 124) se suma la posibilidad de establecer un matiz de *corrección* del funcionamiento federal, con base regional, que se adjudica al Congreso de la Nación conforme al texto del segundo párrafo del inciso 19, del artículo 75 (también incorporado en la reforma de 1994) por el que se atribuye al órgano legislativo nacional "proveer al crecimiento armónico de la Nación y al poblamiento de su territorio" y "promover políticas diferenciadas que tiendan a equilibrar el desigual desarrollo relativo de provincias y regiones", siendo el Senado la Cámara de origen para estas iniciativas.

3. La regionalización como *interjurisdiccionalidad* institucional y la *interjurisdiccionalidad* ambiental. Vinculaciones y posibilidades

La regionalización (como *creación* o como *corrección*) supone una nueva jurisdiccionalidad dentro del sistema federal, tradicionalmente afirmado en la jurisdiccionalidad provincial.

A estas posibilidades de "nuevas interjurisdiccionalidades" se les suma la interjurisdiccionalidad susceptible de emerger de los convenios interprovinciales previstos por el artículo 125 de la Constitución Nacional, celebrados con conocimiento del Congreso, con objetivos —entre otros— "económicos" y de realización de "trabajos de utilidad común".

El espectro de alternativas citado habilita un cierto "ablandamiento" jurisdiccional (si se lo compara con los límites provinciales como única jurisdicción interna del federalismo argentino) y, desde esa perspectiva, constituye una herramienta potencialmente provechosa para dar *realismo territorial* a la cobertura jurídica medioambiental, "acercando" la jurisdiccionalidad institucional o legal de la tutela a la jurisdiccionalidad natural de lo tutelado.

Requerirá un esfuerzo adicional acompasar las finitas posibilidades jurídicas o institucionales que otorga nuestro federalismo constitucional

a las casi infinitas alternativas de jurisdiccionalidad ambiental. En efecto, cuando hablamos de protección del medio ambiente pensamos en una variedad de situaciones casi ilimitada: podemos referirnos a la protección de un ecosistema, de una especie vegetal, de un animal, de un curso de agua, etcétera, cada uno de ellos acompañado con su respectiva *lógica territorial*; pero cuando hablamos de interjurisdiccionalidad institucional la variedad de posibilidades es —como se ha visto— más limitada (convenios interjurisdiccionales y regiones) y la posibilidad fáctica de concretarlas con eficacia (a medida que la demanda de tutela ambiental se diversifica) es aún menor. Porque, ¿habremos de crear una región interprovincial para aprovechar racionales un río en términos de radicación de industrias, otra para tutelar al cocodrilo y regular la pesca, otra para conservar un bosque en galería, etcétera, cada una de ellas con sus órganos específicos? Evidentemente no.

De lo que se trata es de:

- Inventariar las demandas ambientales;
- agruparlas según su naturaleza;
- clasificarlas según su importancia;
- determinar el grado de influencia (positiva o negativa) que ciertas demandas ambientales puedan tener sobre otras;
- conformar los “mapas ambientales relevantes o basales”, que den cuenta territorial de las similitudes climáticas, fito-geográficas, geo-morfológicas, que expresen el área de influencia de las cuencas de los grandes ríos, que fijen la localización de los recursos naturales no renovables, de los ecosistemas, etcétera.
- Las conclusiones científicas (que den cuenta del comportamiento de los fenómenos o elementos a tutelar y de las interrelaciones que promueven), con su correspondiente despliegue territorial, generarán los mapas institucionales que habrán de conformarse dentro del ampliado (pero “finito”) marco de posibilidades de interjurisdiccionalidad propio de nuestro sistema federal.

Se trata de un camino difícil, pero es el único que permite preservar

dos términos igualmente valiosos para nuestra comunidad: la protección ambiental y el sistema federal de convivencia. En realidad, no sólo permite preservar ambos términos sino también afianzarlos el uno con el otro, haciéndolos más fuertes y más indisolubles.

Es el camino que exige agudizar el conocimiento y la imaginación para no traicionar dos legados que, por el camino de la naturaleza y por el camino de la cultura, hemos recibido de nuestros antepasados y deberíamos transmitir a nuestros descendientes.



Capítulo XIII

BASES PARA LA COMPATIBILIZACIÓN
ENTRE PROTECCIÓN AMBIENTAL Y
FEDERALISMO EN LA ARGENTINA

FMM
CENTRO DE ESTUDIANTES DE BUENOS AIRES

I. Presupuestos

1. La *lógica territorial* del federalismo y la *lógica territorial* de la protección ambiental no son las mismas, por cuanto:
 - a) La *lógica territorial* del federalismo se indica en normas constitucionales que expresan la resultante de un específico proceso histórico y político predominantemente "cultural"; en tanto,
 - b) la *lógica territorial* ambiental se expresa en fenómenos, hechos y conductas que reflejan el comportamiento predominantemente "natural" de factores heterogéneos.
2. La *protección ambiental* y el *sistema federal de convivencia* constituyen objetivos igualmente valiosos para nuestra comunidad y por ello tienen el mismo nivel de reconocimiento jurídico-constitucional. Hablamos de "valores" y no sólo de "normas" por cuanto:
 - a) El federalismo no se valida en la Argentina como una mera *técnica gubernamental* sino que constituye un *ideario* y —en tal sentido— no es un "instrumento" sino un "valor" internalizado en el imaginario colectivo que, al conectarnos con el pasado que lo explica, opera como un hilo conductor de nuestra historia patria, y

521 - 07

- b) la sustentabilidad ambiental no es una cifra contable que refleja la resultante entre un “haber” y un “debe” de factores que integran un inventario natural, sino que expresa la preocupación por asegurar la continuidad inter-generacional de un acervo natural y cultural que contribuye a definirnos como Nación.

3. La pareja importancia que la *protección ambiental* y el *federalismo* tienen en el sistema jurídico y meta-jurídico argentino impide “subsumir” la *lógica territorial* de uno dentro de la otra (o viceversa), por cuanto ello equivaldría a sacrificar a uno de los dos términos de la relación. Es necesario entonces emprender la tarea de la “compatibilización”, que no es una tarea “natural” (porque ello significaría “obligar” a la naturaleza a seguir los mandatos del hombre) sino predominantemente “cultural”.

2. Compatibilización de las lógicas territoriales de la protección ambiental y el federalismo. Posibilidades y límites

4. La “compatibilización jurídica” entre las *lógicas territoriales* del federalismo y de la protección ambiental en la Argentina es *posible*, entendiendo el término *posible* en los siguientes dos sentidos:

- en primer lugar, *posible* significa que *no es inviable*; pero,
- en segundo lugar, *posible* significa que *no es inexorable*, en la medida en que no cualquier concepción del medio ambiente ni cualquier significado del federalismo la torna viable.

5. La *viabilidad* de la compatibilización entre las *lógicas territoriales* de la *protección ambiental* y del *federalismo* en la Argentina supone:

- En materia de *protección ambiental*, un enfoque científico del ambiente que no se reduzca al análisis “fiscalista” propio de las *ciencias naturales* (ciencias *duras*) sino que incorpore la perspectiva de las *ciencias sociales* (ciencias *blandas*), en mérito a la heterogeneidad de los componentes ambientales y a naturaleza “compleja” o “mixta” (material y espiritual) del ser humano, como sujeto que percibe y analiza al entorno, y,

- en materia de *federalismo*, un enfoque de las relaciones entre Nación, provincias y ciudades que privilegie el consenso en la adopción de medidas de protección ambiental (federalismo de concertación o *conjuntivo*) antes que la separación tajante e irreconciliable de competencias (federalismo dual o *disyuntivo*).

6. Tanto los enfoques científicos “fiscalistas” del medio ambiente cuanto los enfoques “dualistas” o “disyuntivos” del federalismo, en la medida en que tienden a reivindicar a uno de los términos de la relación en detrimento del otro, agudizan el problema de las disimilitudes territoriales y dificultan la posibilidad de su “compatibilización”.

3. Protección medioambiental y federalismo en la Argentina a partir del texto constitucional

7. Desde el punto de vista de la regulación jurídica en materia ambiental puede distinguirse en la Argentina un “antes” y un “después” de la reforma constitucional de 1994. La reforma incorporó en los artículos 41 y 124 los conceptos más modernos y progresistas sobre protección ambiental y sumó nuevas posibilidades al sistema tradicional de reparto de competencias entre el gobierno nacional, las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en la materia. Pero se trata de normas jurídicas que por sí solas no transforman la realidad; requieren de una implementación adecuada que supone:

- La *interpretación* del texto vigente en el sentido que a continuación propiciamos, y
- la *reglamentación* por vía de normas infra-constitucionales que no contradigan el texto vigente y su interpretación.

8. El artículo 41, primero, segundo y cuarto párrafos, consagró los principios más progresistas en materia de protección ambiental. En nuestro criterio y desde la perspectiva que se asume en el presente trabajo, la cláusula expresa:

- La consideración del ambiente desde una perspectiva meta-científica o filosófica, entendido como un complejo sistema de elementos y fenómenos que *incluyen* al hombre (y no sobre

37

el que el hombre *se recorta* para dominarlo), lo cual se traduce en el reconocimiento no sólo derechos sobre el ambiente sino también de deberes.

- b) La consideración científica del ambiente desde un enfoque *holístico*, asumido como un *sistema* que interrelaciona elementos, fenómenos y conductas, sin perjuicio de la conveniencia e importancia de los análisis científicos sectoriales y de los sistemas regulatorios específicos de los distintos elementos o recursos que lo integran.
- c) La consideración jurídica del ambiente a partir de una visión armónica entre las perspectivas propias del *derecho público* y del *derecho privado* (privilegiando a aquél en caso de conflicto), para evitar que la visión fragmentaria provenga de la propia perspectiva de estudio y regulación. La noción de *universalidad jurídica* se constituye en una herramienta importante cuando se trate de garantizar —desde el derecho— un nivel de protección ambiental global y superlativo.
- d) La conveniencia de que el abordaje normativo infra-constitucional deba tomar como eje de regulación al tema ambiental, “haciendo girar” en torno a él a las distintas especialidades del derecho, en reemplazo del camino inverso que es el que se ha recorrido predominantemente hasta el presente.
- e) La percepción humanista y anti-materialista del concepto de *sustentabilidad ambiental*, lo cual supone diferenciar “desarrollo” de “crecimiento”. Esta perspectiva humanista de la *sustentabilidad* se conecta —a través de la relación temporal intergeneracional— con el significado mismo de *nacionalidad* y, de esta forma, encuentra relación con el significado del *federalismo-ideario* argentino, que expresa también un factor relevante y fundacional de nuestra *nacionalidad*.
- f) La convicción de que la protección de la *biodiversidad* constituye —más allá de su implicancia biológica específica— un mandato de respeto a la *heterogeneidad* en las distintas manifestaciones en que ésta pueda plantearse. Desde el punto de vista “cultural”, supone el respeto por la heterogeneidad de las opiniones y por la heterogeneidad de hábitos y costumbres. En

el primer caso, no es exagerado relacionarla con el sistema democrático; en el segundo caso, tampoco es exagerado vincularla con el federalismo, en tanto sistema de convivencia entre las partes descentralizadas y un centro aglutinante.

- g) La convicción de que la *reparación ambiental*, establecida como obligación prioritaria en caso de daño, constituye un nuevo síntoma de preocupación “meta-materialista” por parte del constituyente, en tanto expresa el deseo de preservar un acervo físico o material (pero también espiritual, histórico y cultural) que contribuye a preservar nuestra *identidad*, integrada asimismo por el *ideario federal*.

9. Los artículos 41, tercer párrafo y 124 amplían las alternativas de compatibilización entre las *lógicas territoriales* del federalismo y la protección medioambiental:

- a) El artículo 41, tercer párrafo, en la medida en que establece una línea divisoria entre “presupuestos mínimos” y “presupuestos complementarios” de protección (que asigna a las jurisdicciones nacional y locales, respectivamente) incorpora el principio de *pluralidad jerárquica sustantiva* en materia de regulación ambiental. Este criterio satisface tanto al reclamo de unidad nacional cuanto al reconocimiento de la heterogeneidad federal, quedando sujeto su ejercicio a los recíprocos controles de “razonabilidad” por parte de las jurisdicciones involucradas.
- b) El artículo 124, primera parte, en la medida en que “permite” la conformación de un sistema de articulación regional, sobre la base de la iniciativa provincial, enriquece las posibilidades de coordinar la *interjurisdiccionalidad* propia de la protección ambiental sin salirse del sistema federal argentino. La interjurisdiccionalidad regional, planteada en términos ambientales, puede expresarse en función de una cuenca hídrica, de áreas dotadas de similitudes fito-geográficas, climáticas, faunísticas, etcétera.

10. El artículo 124, segundo párrafo, en la medida en que reconoce a las provincias “el *dominio* originario de los recursos naturales existentes en su territorio”, potencia al federalismo argentino pero no im-

pide que, por razones de planificación y/o coordinación, se ejerza la *jurisdicción* nacional en materia ambiental, sujeta a la participación de los integrantes de la federación en la definición de las políticas globales y la debida compensación a las jurisdicciones locales por la utilización de los recursos de sus territorios.



BIBLIOTECA

83003

BIBLIOGRAFÍA

- BAILEY, Ronald, *Mitos y realidades en el debate ambiental*, en *Nueva Revista*, Madrid, 1996.
- BARBERO, Doménico, *Le universalità patrimoniali. Universalità di fatto e di diritto*, Milano, 1936.
- BARRE, Raymond, *El desarrollo económico*, trad. de Julieta Campos, Fondo de Cultura Económica, México, 1973, Primera Parte.
- BARRIOS DE ÁNGELIS, Dante, *Defensa judicial de los intereses difusos*, en *Introducción al proceso*, Idea, Montevideo, 1980.
- BELLORIO CLABOT, Dino, *Tratado de derecho ambiental*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1997.
- BIBILONI, Homero M., *Los principios ambientales y la interpretación*, en J. A. del 7-3-2001, p. 20.
- BIDART CAMPOS, Germán J., *El artículo 41 de la Constitución y el reparto de competencias entre el Estado federal y las provincias*, en D. J. L. L. 1997-2-709.
- *Jurisdicción federal y jurisdicción provincial en materia electroenergética*, en E. D. 54-736.
- *Manual de la Constitución reformada*, Ediar, Buenos Aires, 1997.
- *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, Ediar, Buenos Aires, 1995, t. VI (*La reforma constitucional de 1994*).
- BOSCH, Juan, *Las provincias y el poder de policía medioambiental*, en E. D. del 7-12-99, ps. 4 y ss.
- BUNGE, Mario, *La ciencia, su método y su filosofía*, Siglo Veinte, Buenos Aires, 1985.
- *Las ciencias sociales en discusión*, Sudamericana, Buenos Aires, 1999.

CAMUS, Albert, *El mito de Sísifo*, trad. de Luis Echávarri, Losada, Buenos Aires, 1975.

CANO, Guillermo J., *Derecho. política y administración ambientales*, Depalma, Buenos Aires, 1978.

CASTELLI, Luis, *La obligación de recomponer el daño ambiental en la Constitución Nacional*, en L. L. 1995-B-983.

CASTORINA DE TARQUINI, María Celia, *La región y la reforma constitucional*, en Instituto Argentino de Estudios Constitucionales y Políticos, *Derecho constitucional de la reforma de 1994*, Depalma, Buenos Aires, 1995.

CATALANO, Edmundo F., *El dominio de la fauna salvaje*, en L. L. 1978-B-806.

CERVERA, Felipe J., *Regiones culturales: metodología y aplicación a Santa Fe*, ponencia presentada en el Congreso Nacional del Federalismo, Santa Fe, 8 al 11-11-86.

DA SILVA, José Afonso, *Direito ambiental constitucional*, Malheiros, São Paulo, 1997.

DENTI, Vittorio, en *Novissimo Digesto Italiano*, Appendice, UTET, 1983.

DÍAZ ARAUJO, Mercedes, *El artículo 41 de la Constitución Nacional: la jurisdicción local y federal en materia ambiental*, en L. L. del 31-12-2001, p. 3.

DIEZ, Manuel María, *Dominio público. Teoría general y régimen jurídico*, Valerio Abeledo, Buenos Aires, 1940.

DOBSON, Andrew, *Pensamiento político verde*, trad. de José Pedro Tosaus, Paidós, Barcelona, 1997.

DROMI, José Roberto, *Derecho administrativo económico*, Astrea, Buenos Aires, 1979.

FERRANDO BADÍA, Juan, *Estudios de Ciencia Política*, Tecnos, Madrid, 1976.

FRÍAS, Pedro J., *Dominio y jurisdicción de la Nación y las provincias*, en VV. AA., *Derecho público provincial*, Depalma, Buenos Aires, 1985.

— *El proceso federal argentino*, ed. del autor, Córdoba, 1988, p. 44.

— *Introducción al derecho público provincial*, Depalma, Buenos Aires, 1980.

GALLO MENDOZA, Guillermo y SEJENOVICH, Héctor, *Diversidad biológica*, Anexo II del *Manual de cuentas patrimoniales* de Héctor Sejenovich, Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente y Fundación Bariloche, México, 1996.

GAMBIER, Beltrán y LAGO, Daniel, *El medio ambiente y su reciente aceptación constitucional*, en E. D. 163-731.

GHERSI, Carlos Alberto, *Consumo sustentable y medio ambiente*, en L. L. del 10-3-2000, ps. 1 y ss.

GLIGO, Nicolo, *Desafío para la gestión ambiental: políticas ambientales explícitas e implícitas*, extraído de *Institucionalidad pública y políticas ambientales explícitas e implícitas*, en *Revista de la CEPAL*, Santiago de Chile, noviembre de 1997, N° 63.

GOLDENBERG, Isidoro H. y CAFFERATTA, Néstor A., *El principio de precaución*, en J. A. 2002-IV, del 6-11-2002, ps. 3 y ss.

GONZÁLEZ ARZAC, Rafael M., *Coordinación de competencias nacionales y provinciales en materia ambiental*, en *Revista de Jurisprudencia Provincial Buenos Aires*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1995, Año 5, N° 6.

GRECCO, Carlos Manuel, *Ensayo preliminar sobre los denominados intereses difusos o colectivos y su protección judicial*, en L. L. del 16-4-84, año XLVIII, N° 110, ps. 3 y ss.

GREGORINI CLUCELLAS, Eduardo L., *La protección ambiental negociada: implicancias de la compra de un pueblo para evitar demandas de contaminación*, en L. L. del 3-7-2002, p. 6.

HELLER, Hermann, *Teoría del Estado*, trad. de Luis Tobio, Fondo de Cultura Económica, México, 1985.

HERNÁNDEZ (h), Antonio M., *Integración y globalización*, Depalma, Buenos Aires, 2000.

HILL, Charles W. y JONES, Gareth R., *Administración estratégica. Un enfoque integrado*, Prentice-Hall Hispanoamericana, México, 1996.

HUERTA, Teresita, *Ecología, medio ambiente y biodiversidad de especies*, Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, 2000.

JELLINEK, Georg, *Teoría general del Estado*, trad. de Fernando de los Ríos, Albatros, Buenos Aires, 1954.

JIMÉNEZ, Eduardo P. y PELLE, Walter David, *Algunas reflexiones acerca del Proyecto de Código Civil de 1998 y sus vinculaciones con la manda constitucional de tutela ambiental*, en E. D. del 7-12-99, ps. 1 y ss.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, *La responsabilidad civil por el daño ambiental*, en *El derecho y los problemas contemporáneos*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba (Libro del Cincuentenario), Córdoba, 1991.

KOOLEN, Ricardo, *La Constitución reformada en 1994 y las expectativas sobre el futuro desarrollo ambiental argentino*, material distribuido en el Curso de Derecho y Política Ambiental correspondiente a la Maestría en Evaluación de Impacto y Gestión Ambiental de la Universidad Católica de Santa Fe, mayo-junio de 2001.

KUHN, Thomas, *La estructura de las revoluciones científicas*, Fondo de Cultura Económica, México, 1975.

LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución*, trad. de Alfredo Gallego Anabitarte, Ariel, Barcelona, 1976.

LÓPEZ, Hernán, *La regulación del desarrollo sustentable en el derecho Internacional y el derecho comparado: el fin del derecho ambiental y el nacimiento del derecho de la sustentabilidad*, en WALSH y otros, *Ambiente, derecho y sustentabilidad*, La Ley, Buenos Aires, 2000.

LÓPEZ, Joaquín, *Los recursos naturales, la energía y el ambiente en las Constituciones de las provincias argentinas*, en Instituto Argentino de Estudios Constitucionales y Políticos, *Derecho público provincial*, Depalma, Buenos Aires, 1983.

LORENZETTI, Ricardo, *La protección jurídica del ambiente*, en L. L. 1997-E-1477.

LORES ARNAIZ, María del Rosario, *Hacia una epistemología de las ciencias humanas*, Ed. de Belgrano, Buenos Aires, 1986.

LUKACS, Georg, *El asalto a la razón. La trayectoria del irracionalismo desde Schelling hasta Hitler*, trad. de Wenceslao Rocés, Grijalbo, México, 1984.

MARIENHOFF, Miguel S., *Delfines o toninas y acción popular*, en E. D. 105-244 y ss.

— *Tratado del dominio público*, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1960.

MARION, Jean-Luc, *Indiferencia religiosa y fundamentalismo: dos caras de la misma moneda*, entrevista publicada en Castel Ivano, Trento, Italia, el 25-9-2002.

MARTÍN-MATEO, Ramón, *Derecho ambiental*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1977.

MATTEUCCI, Nicola, *Liberalismo*, en BOBBIO, Norberto y MATTEUCCI, Nicola (dirs.), *Diccionario de política*, trad. de Raúl Crisafio, Alfonso García, Mariano Martín y Jorge Tula, Siglo XXI, México, 1982.

MORELLO, Augusto M.; HITTERS, Juan Carlos y BERIZONCE, Roberto Omar, *La defensa de los intereses difusos*, en J. A. 1982-IV-700.

MOSSET ITURRASPE, Jorge; HUTCHINSON, Tomás y DONNA, Edgardo Alberto, *Daño ambiental*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1999.

NATALE, Alberto, *Comentarios sobre la Constitución. La reforma de 1994*, Depalma, Buenos Aires, 1995.

— *Protección del medio ambiente en la reforma constitucional*, en L. L. 1994-E-1386.

ORTEGA Y GASSET, José, *El tema de nuestro tiempo*, Revista de Occidente, Madrid, 1958.

— *En torno a Galileo*, Espasa Calpe, Madrid, 1984.

PALAZZO, Eugenio Luis, *Algunos apuntes sobre los derechos ambientales*, en E. D. del 24-4-2000, ps. 1 y ss.

PALLARÉS, Beatriz, *Consideraciones sobre algunos problemas que plantea la legislación de protección de la fauna*, en *Primer Congreso Nacional de Derecho sobre Protección de la Fauna* cit., capítulo *Trabajos presentados*, ps. 17 y ss.

PIERANTONI, Ruggiero, *El ojo y la idea. Fisiología e historia de la visión*, trad. de Rosa Premat, Paidós, Barcelona, 1984.

PIGRETTI, Eduardo A., *El ambiente y la fauna*, en *Primer Congreso Nacional de Derecho sobre Protección de la Fauna* cit., capítulo *Exposiciones*, p. 6.

— *Política legal de los recursos naturales*, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1975.

PORTUONDO, José, *La historia y las generaciones*, Letras Cubanas, La Habana, 1981.

POVIÑA, Alfredo, *Tratado de sociología*, Astrea, Buenos Aires, 1977.

QUIROGA LAVIÉ, Humberto, *El Estado ecológico de derecho en la Constitución Nacional*, en L. L. 1996-B-956.

RAWLS, John, *Teoría de la justicia*, trad. de María Dolores González, Fondo de Cultura Económica, México, 1979.

ROBBINS, Stephen P. y COULTER, Mary, *Administración*, Prentice-Hall Hispanoamericana, México, 1996.

ROSATTI, Horacio D., *Caracterización del municipio*, en E. D. del 31-10-84, p. 4.

— *El federalismo en la reforma*, en VV. AA., *La reforma de la Constitución explicada por los miembros de la Comisión de Redacción*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1994.

— *La autonomía en la Ciudad de Buenos Aires*, en BIDART CAMPOS, Germán J. y GIL DOMÍNGUEZ, Andrés (dirs.), *Instituciones de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, La Ley, Buenos Aires, 2001.

ROSATTI, Horacio D., *La responsabilidad extracontractual del Estado en base a normas del Código Civil: una crítica*, en *Revista de Derecho de Daños*, N° 9, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2000, ps. 73 y ss.

— *Tratado de derecho municipal*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2001.

— *Un círculo vicioso: impacto de las emergencias continuadas en el diseño constitucional argentino*, en *Revista de Derecho Público*, N° 2002-2, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, ps. 19 y ss.

SABSAY, Daniel y ONAINDIA, José, *La Constitución de los argentinos*, Errepar, Buenos Aires, 1994.

SAGÜÉS, Néstor P., *Elementos de derecho constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 1997.

SAMUELSON, Paul A. y NORDHAUS, William D., *Economía*, trad. de Esther Rabasco y Luis Toharia, McGraw-Hill, Madrid, 2000.

SEBRELLI, Juan José, *¿Cómo pensar la Argentina?*, en *Pensar la Argentina*, Plus Ultra, Buenos Aires, 1986.

SEGAL, Silvia y VERÓN, Eliseo, *Perón o muerte*, Legasa, Buenos Aires, 1986.

SPOTA, Alberto G., *Tratado de derecho civil*, Depalma, Buenos Aires, 1969, t. I, *Parte general*, vol. 3 (*El objeto del derecho*).

SUNKEL, Osvaldo y LEAL, José, *Economía y medio ambiente en la perspectiva del desarrollo*, en *Ambiente y recursos naturales*, *Revista de Derecho, Política y Administración*, La Ley, Buenos Aires, vol. I, N° 2 (abril-junio de 1984), ps. 46 y ss.; vol. I, N° 3 (julio-setiembre de 1984), ps. 51 y ss.; vol. I, N° 4 (octubre-diciembre de 1984), ps. 83 y ss.; vol. II, N° 1 (enero-marzo de 1985), ps. 67 y ss.

TAWIL, Guido Santiago, *La cláusula ambiental en la Constitución Nacional*, en L. L. 1995-B-1291.

TUCÍDEDES, *Historia de la Guerra del Peloponeso*, Lib. II, VII.

URQUIZA DENIS, Carlos A., *Análisis sobre la ley nacional 22.421 relativa a la fauna silvestre, su conservación, aprovechamiento y caza*, en *Primer Congreso Nacional de Derecho sobre Protección de la Fauna*, Santa Fe, junio de 1986, capítulo *Trabajos presentados*.

VALLS, Mariana, *Una luz en el camino... Los instrumentos económicos para la protección del ambiente*, en *Derecho Ambiental*, LexisNexis-J. A. del 24-7-2002, N° especial, segunda parte, ps. 73 y ss.

VÁZQUEZ ROSSI, Jorge, *Apuntes para el encuadre de la problemática de los intereses difusos*, en *Ponencias generales del II Encuentro Panamericano y XII Congreso Argentino de Derecho Procesal*, Rosario, 1983, ps. 133 y ss.

VERGARA, Ricardo Alberto, *La región*, en VV. AA., *Derecho público provincial*, Depalma, Buenos Aires, 1985.

VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín, *Derecho administrativo*, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1952, t. IV.

VIRGA, Pietro, *Diritto amministrativo. Atti e ricorsi*, Z, Milano, 1987.

VV. AA., *La Constitución de 1949. Comentada por sus autores*, El Coloquio, Buenos Aires, 1975.

WALINE, Marcel, *Les mutations domaniales*, Paris, 1870.

WALSH, Juan Rodrigo, *Derecho sustentable, una instancia superadora del derecho ambiental*, en WALSH, Juan R. y otros, *Ambiente, derecho y sustentabilidad*, La Ley, Buenos Aires, 2000, Cap. 10.

— *El ambiente y el paradigma de la sustentabilidad*, en WALSH, Juan R. y otros, *Ambiente, derecho y sustentabilidad*, La Ley, Buenos Aires, 2000, Cap. 1.

WEBER, Max, *Economía y sociedad*, Primera Parte, *Teoría de las categorías sociológicas. I. Conceptos sociológicos fundamentales*, trad. de José Medina Echavarría, Juan Roura Parella, Eugenio Imaz, Eduardo García Máynez y José Ferrater Mora, Fondo de Cultura Económica, México, 1980.



5 2 11 - 0 7

ÍNDICE SUMARIO

PRÓLOGO	9
---------------	---

PRIMERA PARTE EL MEDIO AMBIENTE

Capítulo I

CARACTERIZACIÓN DEL MEDIO AMBIENTE

1. Las definiciones	13
2. La percepción del medio ambiente desde la concepción antropológica.....	15
3. La percepción del medio ambiente desde la ciencia.....	17

FMM
CENTRO DE ESTUDIANTES DE DERECHO

SEGUNDA PARTE REGULACIÓN SUSTANCIAL DEL MEDIO AMBIENTE

Capítulo II

TUTELA JURÍDICA DEL MEDIO AMBIENTE Y ESPECIALIZACIÓN DE LAS RAMAS DEL DERECHO

1. Sobre la percepción jurídica del medio ambiente.....	25
2. La especialización en el derecho.....	27
3. Desde la legislación sobre los recursos hasta el derecho ambiental	30

4. Entre el derecho público y el privado	32
5. La primacía del ambiente como materia de regulación o la primacía del derecho como ciencia de la regulación.	34

Capítulo III

NATURALEZA JURÍDICA DEL MEDIO AMBIENTE

1. El medio ambiente como sistema	37
2. Tipificación jurídica de los bienes conforme a la naturaleza	38
3. Tipificación jurídica de los bienes conforme a su titularidad.	39
a) Bienes con dueño	40
a.1) Bienes del dominio público	40
a.1.1) Concepto	40
a.1.2) Elementos	41
a.1.3) Enumeración	42
a.1.4) Caracteres jurídicos	43
a.1.4.1) Inalienabilidad	43
a.1.4.2) Imprescriptibilidad	43
a.1.4.3) Sujeción a reglamentos de policía	44
a.2) Bienes del dominio privado del Estado	44
a.3) Bienes de los particulares	44
b) Bienes sin dueño (<i>res nullius</i>).	45
4. Los interrogantes.	45
5. El medio ambiente como universalidad jurídica	46

Capítulo IV

NATURALEZA JURÍDICA DE LA PRETENSIÓN AMBIENTAL

1. Introducción	49
2. Naturaleza jurídica de la "pretensión ambiental": ¿"interés difuso", "derecho" o "derecho-deber"?	49
a) ¿Qué es lo "difuso" de un interés difuso?	49

b) La conexión de los problemas.	51
c) El sentido del texto constitucional	52
3. El bien jurídico protegido.	54

Capítulo V

"BIODIVERSIDAD" Y SISTEMA POLÍTICO

1. Biodiversidad y totalitarismo	57
2. Biodiversidad y tipos de democracia	60

Capítulo VI

PROTECCIÓN MEDIOAMBIENTAL Y SISTEMA ECONÓMICO

1. El concepto de "uso racional" de los recursos naturales en el sistema capitalista	65
2. Crecimiento y desarrollo.	69

Capítulo VII

DESARROLLO SUSTENTABLE Y CONCEPTO DE NACIÓN

1. ¿Qué es una generación?	74
2. La magnitud del sacrificio generacional.	78
3. Sustentabilidad, nacionalidad y trasmisión del acervo natural y cultural	81

Capítulo VIII

CARACTERIZACIÓN Y REPARACIÓN DEL DAÑO AMBIENTAL

1. Caracterización	85
a) El daño "irrelevante"	85



b) La alteración "positiva".....	87
c) La incidencia no colectiva.....	88
2. La recomposición.....	89
a) ¿Qué significa recomponer?.....	89
b) ¿Es una opción o una obligación?.....	90
c) ¿Quién debe recomponer?.....	92
d) Exención de la obligación de recomponer.....	92
e) La indemnización "sustitutiva".....	94
f) La "compensación".....	94

TERCER PARTE

MEDIO AMBIENTE Y FEDERALISMO

Capítulo IX

EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ORIGINARIO DE DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS Y SU APLICACIÓN AL TEMA AMBIENTAL

1. Norma general de reparto y criterios básicos de solución de conflictos.....	99
2. Distintos niveles de competencia vinculados a temas ambientales.....	102

Capítulo X

EL DOMINIO ORIGINARIO DE LOS RECURSOS NATURALES

1. Dominio y jurisdicción.....	107
2. La interpretación de la cláusula.....	108

Capítulo XI

LOS "NIVELES" DE PROTECCIÓN

1. La determinación de los "presupuestos mínimos de protección" por parte del gobierno nacional.....	111
a) ¿Quién debe establecer los "presupuestos mínimos de protección"?.....	111
b) ¿Qué contenidos involucran los presupuestos mínimos de protección?.....	112
c) ¿Puede el gobierno nacional establecer presupuestos mínimos de protección diferentes para distintas provincias?.....	114
d) ¿Pueden las provincias discutir los "presupuestos mínimos de protección" establecidos por el Congreso?.....	115
e) ¿Pueden discutirse los "presupuestos complementarios de protección" establecidos por las provincias?.....	115
2. El sentido de la "coordinación" entre la Nación y las provincias en materia ambiental.....	116
3. Competencia judicial respecto de las cuestiones suscitadas por la aplicación de las normas sobre "presupuestos mínimos de protección".....	118
4. La política ambiental provincial, el Estado nacional y el derecho internacional.....	120
a) ¿Pueden las provincias celebrar convenios internacionales en materia ambiental?.....	120
b) Las actividades lícitas (según el derecho interno) de las provincias en materia ambiental que generan consecuencias negativas en el exterior del país.....	122

Capítulo XII

LA REGIONALIZACIÓN

1. Caracterización de la región.....	125
a) Los elementos o criterios constitutivos de la región.....	126
a.1) Criterio geofísico.....	126
a.2) Criterio económico.....	126
a.3) Criterio sociológico.....	127
a.4) Criterio jurídico.....	128

b) Valoración de los distintos criterios
constitutivos de la región 128

c) El "grado" o "nivel" de la homogeneidad regional 128

2. La regionalización en la Argentina 129

a) La región como "creación" 129

b) La instrumentación de la creación regional 130

c) La región como "corrección" 131

3. La regionalización como interjurisdiccionalidad
institucional y la interjurisdiccionalidad ambiental.
Vinculaciones y posibilidades 131

Capítulo XIII

**BASES PARA LA COMPATIBILIZACIÓN
ENTRE PROTECCIÓN AMBIENTAL Y
FEDERALISMO EN LA ARGENTINA**

1. Presupuestos 135

2. Compatibilización de las lógicas territoriales
de la protección ambiental y el federalismo.
Posibilidades y límites 136

3. Protección medioambiental y federalismo en
la Argentina a partir del texto constitucional 137



Rosatti, Horacio Daniel
Derecho ambiental constitucional - 1ª ed. - Santa
Fe : Rubinzal-Culzoni, 2004
160 p. ; 23 x 16 cm
ISBN 950-727-503-7
1. Derecho Constitucional I. Título
CDD 342

LA COMPOSICIÓN Y DIAGRAMACIÓN SE REALIZÓ EN RUBINZAL - CULZONI EDITORES
Y SE TERMINÓ DE IMPRIMIR EL 2 DE FEBRERO DE 2004 EN LOS TALLERES
GRÁFICOS DE IMPRENTA LUX S. A. H. YRIGOYEN 1463, SANTA FE