

## **EL FEDERALISMO ARGENTINO Y EL DERECHO AMBIENTAL COMO DISCIPLINA AUTÓNOMA<sup>1,2</sup>**

José Esain

El presente trabajo forma parte del libro *Calidad ambiental, una responsabilidad compartida, informe sobre desarrollo humano en la provincia de Buenos Aires, 2008-2009*, Editorial Eudeba y Fundación Banco Provincia, Buenos Aires, 2009, p. 21.

De nada sirve al hombre lamentarse de los tiempos en que vive. Lo único bueno que puede hacer es intentar mejorarlos.

Thomas Carlyle

"El subdesarrollo no es una etapa del desarrollo. Es su consecuencia..."

Eduardo Galeano (La venas abiertas de América Latina).

Queremos plantearnos en el presente, el modo en que la disciplina jurídica ambiental como rama autónoma del derecho, posee un espacio dedicado a los modelos de descentralización política. Desde allí entendemos existen vasos comunicantes muy vigorosos que nos dejarán verificar contenidos que explican la nueva lógica del federalismo ambiental argentino, como capítulo tanto en el marco del derecho constitucional como en el nuevo derecho de la sostenibilidad.

**1.-**

**EL DERECHO AMBIENTAL, DISCIPLINA AUTÓNOMA AL SERVICIO DEL  
DESARROLLO SOSTENIBLE.-**

---

<sup>1</sup> El título del presente capítulo se inspira en el trascendente trabajo de doctrina del maestro Humberto Quiroga Lavié, Humberto Quiroga Lavié, "El estado ecológico de derecho en la constitución Nacional", LL 16.4.96, pp. 3.

<sup>2</sup> Para profundizar muchos de estos contenidos ver José Alberto Esain, "Competencias ambientales", Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008.

Los grandes contenidos del derecho ambiental se relacionan en dos sectores: la relación sociedad-naturaleza, y la relación ambiente y desarrollo. Estos sectores serán sumados, son el universo a explorar, donde iremos departiendo sobre cada una de las regiones hoy en estudio.

Es nuestro parecer que el derecho ambiental es ese conjunto de normas que tienen por objeto regular de manera preventiva, precautoria, integrada concertada y progresiva la protección del bien jurídico *ambiente* de las conductas humanas que pueden generar alteraciones inhibitorias relevantes sobre la totalidad del sistema; es decir, sobre los elementos, las relaciones, los procesos de interacción, y sus intercambios; intentando provocar una mutación en el modelo de desarrollo actual, de modo de lograr que las generaciones futuras puedan gozar del entorno en similares condiciones a las actuales, para usufructuarlo para su supervivencia y el goce de una calidad de vida adecuada<sup>3</sup>.

En ese contexto el federalismo ambiental será un subsistema dentro del esquema general de la materia. Se ubicará en el espacio referido a la *institucionalidad para el desarrollo sostenible*, en el punto referido a la *descentralización* de las *funciones estadales* para la mejora de la *gestión del ambiente*. Unido a esos puntos cardinales, el federalismo ambiental no es sino una fórmula dentro de las fórmulas de descentralización que nos aporta el amplio abanico del derecho ambiental comparado donde el esquema de descentralización puede transparentarse en muy diversos mapas sin empacho a la adaptación incluso a modelos unitario de Estado.

Alguien se preguntará en este momento introductorio respecto a si la descentralización puede ser un principio de derecho ambiental, o si será una respuesta particular para determinados derechos ambientales regionales, donde la decisión del legislador de excepción es la de adoptar esquemas de gestión con esta característica. Al respecto, vela la pena advertir que varios de los principios de la disciplina nos obligan a apartarnos de la segunda visión y pensar en la descentralización como un principio o regla de gestión necesaria en materia ambiental, ya sea en los esquemas unitarios como en los federales. Hemos visto que tanto en Colombia, como España la descentralización se muestra como una forma clara de gestión del ambiente a pesar de haber asumido esos Estados la forma unitaria o regional. En ese camino transita el derecho ambiental francés con la gestión regional de los problemas ambientales y lo mismo se puede decir para el Reino Unido donde recordemos la protección del ambiente queda en manos de las

---

<sup>3</sup> José Alberto Esain, "Competencias ambientales", Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008.

regiones al no ser una materia reservada al Parlamento de Westminster<sup>4</sup>. Esto nos advierte sobre la importancia de este elemento fuera del alcance del esquema estadual en que se apoye la gestión de la sustentabilidad. Pensamos entonces en la *descentralización* como un principio cardinal de la disciplina, que se nutrirá de las ideas o axiomas *pensar global actuar local, subsidiariedad, gestión complementaria, concertación y optimización en la protección*. Todo este conglomerado de elementos servirán para avanzar en el debate que sustentará las conclusiones del trabajo en su totalidad, pues en definitiva lo que por detrás y de manera inmanente persigue el presente no resulta ser - ni más ni menos - que la comprobación de la hipótesis de la presencia en la disciplina ambiental de este elemento como neurálgico, común a todos los derechos ambientales, sean aquellos alojados en la forma unitaria o federal, sea en regionalismos, o en federalismos mixtos. Este será el desafío del presente trabajo al que invitamos al lector, a quien cansaremos entonces con estas ideas.

Adoptando una metodología casi socrática, podríamos preguntarnos, ¿qué rol cumple el derecho ambiental en la gestión del entorno? Dice Raúl Brañes que la gestión ambiental es el conjunto de las actividades humanas que tiene por objeto el ordenamiento del ambiente. Sus componentes principales son la política, el *derecho* y la administración ambientales. En consecuencia, la gestión ambiental comprende no sólo los actos materiales que suponen el manejo del medio ambiente, como se suele pensar, sino también todo aquello que tiene que ver con dicho manejo. Éste es el caso de los actos normativos con arreglo a los cuales debe llevarse a cabo dicho manejo. Por eso, la formulación de la política y la legislación es una actividad que forma parte de la gestión ambiental. En síntesis, la gestión ambiental supone un conjunto de actos normativos y materiales que buscan una ordenación del ambiente, que van desde la formulación de la política ambiental hasta la realización de acciones materiales que tienen ese propósito<sup>5</sup>.

Como vemos en la definición del maestro mexicano aparece:

*Gestión ambiental* como género donde sus componentes son:

1. la *política ambiental*.
2. los *mecanismos de aplicación* de esta política ambiental es decir el *derecho ambiental* en la acepción de Brañes, que sirve como instrumento para la ejecución de dicha política.

---

<sup>4</sup> Las materias reservadas vienen recogidas en la *Scotland Act* y la *Northern Ireland Act*, anexo 5. El Parlamento de Westminster puede derogar la *Scotland Act 1998* y la *Northern Ireland Act 1998* y dejar sin efecto la transferencia de dichas competencias ya que el principio de la soberanía de aquel permanece inalterable (García Ureta, "Derecho comparado III, Derecho Ambiental en el Reino Unido", Módulo 37 del Master en Derecho Ambiental de la Universidad del País Vasco, Servicio de Documentación de la Corte Internacional de Arbitraje Ambiental, pp. 4).

<sup>5</sup> Raúl Brañes, "Manual de derecho ambiental mexicano", Editorial Fundación mexicana para la educación ambiental y fondo de cultura económica, México, 2000, pp. 117.

### 3. la *administración ambiental*.

Para Brañes, el derecho ambiental es parte de la gestión del ambiente.

Nuestra visión del derecho ambiental lo coloca por encima de estos componentes, porque para nosotros la disciplina no puede pensarse sólo como enfocada en un rol de instrumento de aplicación. Debe el derecho ser el presupuesto incluso de cualquier universo que planteáramos porque las reglas jurídicas deberán integrarse por detrás de cada una de las estructuras para disciplinar desde reglas de comportamiento los contenidos de cada uno de estos conjuntos.

Desde nuestro punto de vista, la definición que da inicio al presente trabajo implica un derecho ambiental más amplio, que pone el ojo en todas las etapas de la gestión del ambiente para dotar de instrumentos que permitan que ella se desarrolle con los parámetros idóneos para la protección del bien jurídico propuesto, en el marco del desarrollo sostenible.

No dejamos de pensar a la *gestión del ambiente* como el *género* que nucleará dentro de sí a las diferentes manifestaciones que aportarán al orden del ambiente. Pero en esa concepción, el derecho ingresará en cada una de las etapas, para disciplinar de manera adecuada cada uno de los espacios de la institucionalidad para el desarrollo sostenible. No se puede pensar en componentes competenciales, instrumentos de gestión, adopción de políticas, mecanismos de aplicación, coordinación, integración, rol de la justicia, participación ciudadana, acceso a la información, el rol de la administración, o cualquiera de los demás temas de gestión del ambiente, sin abordarlos desde y hacia el *derecho ambiental*, que debe integrarse en todas esas pequeñas endijas, con vocación holística, integradora, de coordinación, a efectos de dar base orgánica a la ordenación del ambiente como un todo.

Por eso, para nosotros derecho ambiental no es sólo la aplicación de la política en el marco de la gestión. Derecho ambiental es en nuestra concepción la base para *toda* la gestión del ambiente, la que debe necesariamente darse en el marco jurídico en todo tiempo; por eso cada vez que en algún punto de la gestión se deba observar una regla jurídica, se estará utilizando el derecho ambiental. No pensemos tributario de la gestión sino, algo más.

Recordemos además, que hoy la visión del derecho ambiental lo incluye a éste dentro de un universo más importante que es el *derecho de la sostenibilidad*.

Reveladora ha sido la conferencia de Gabriel Real Ferrer “Del derecho ambiental al derecho de la sostenibilidad”<sup>6</sup>, donde se hace un recorrido sobre la evolución del derecho ambiental para concluir incluyéndolo en lo que se denomina el derecho de la sostenibilidad.

---

<sup>6</sup> Gabriel Real Ferrer, “Del derecho ambiental al derecho de la sostenibilidad”, conferencia dictada 17 de julio de 2007 en el Cuarto Programa Regional de Capacitación en Derecho y Políticas Ambientales, San

Explica el autor español que se puede analizar la evolución del derecho ambiental desde tres enfoques: a) el de las *olas* que encierra el *impulso político*; b) el de los *estratos* que se refiere al *progreso técnico*; y c) finalmente el de los *círculos* que se refiere a la evolución conceptual.

En cuanto al primer enfoque, la evolución por impulsos políticos, ella se enmarcará en las tres grandes conferencias internacionales: la primera ola incluye entonces Estocolmo 1972, la segunda Río 1992; y la tercera Johannesburgo 2002.

En cuanto al segundo enfoque, por estratos, referido a la evolución por el progreso técnico, tenemos: 1er Estrato para la fase *represiva*; 2do. Estrato para la fase *preventiva*; 3er Estrato para la fase *participativa*; 4to. Estrato para las técnicas de *mercado* y la internalización de costes; 5to Estrato para las *técnicas integrales*; y 6to. Estrato para la “ambientalización” del derecho.

En cuanto a la tercera evolución, por círculos, la que pone énfasis en el devenir conceptual, tendremos: a) el *derecho ambiental estatal*: derecho de grupo; b) el *derecho ambiental de la comunidad internacional*: con compromisos no coactivos; c) el *derecho ambiental planetario*: el derecho de especie.

Como vemos, la visión del autor español es reveladora. Como Jonny, el personaje de “El Perseguidor” de Julio Cortázar, quien luego de cada performance en su saxo repetía "esto lo toqué mañana, esto lo toqué mañana". Ferrer no es un hombre de su época, sino del porvenir. Su visión de las instituciones jurídicas es siempre dinámica, y está a dos o tres pasos por delante. Sus palabras resuenan en el presente pero se proyectan en el futuro como un haz de luz que atraviesa un prisma. Sigamos con la descripción del autor español.

Luego, Ferrer analiza la noción de *sostenibilidad*, diciendo que estamos ante una noción sencilla resumida apenas en una frase – “asegurar la satisfacción de las necesidades de las actuales generaciones sin comprometer la capacidad de las futuras generaciones de satisfacer sus propias necesidades” – pero basada en conceptos complejos: primero el de *generaciones* como *sujetos* de derecho y segundo la noción de *necesidad*. Respecto a las generaciones como sujetos, los problemas se presentan a poco de verificar que el titular será un colectivo indeterminado, en el espacio y en el tiempo. En cuanto a la noción de necesidad, más complejidad aún, pues aparece la visión de la *pobreza subjetiva*. Para enmarcar el poliédrico entramado de las necesidades, pensemos que aparecen las *necesidades biológicas* (limitadas y conocidas) en relación con las *necesidades culturales* (ilimitadas y crecientes) y condicionadas también por las *necesidades vitales*, de fuerte *contenido cultural*. Cada una implicará enormes dificultades a la hora de definir qué entendemos por derecho de la sostenibilidad.

En cuanto a la *noción actual de la sostenibilidad*, desde la *dimensión ambiental-tecnológica* encontramos que los orígenes de los problemas ambientales se sitúan en tres grandes conjuntos: a) el de los *recursos naturales*: que pueden ser renovables (los que se deben estabilizar) y los no renovables (los que se deben limitar); b) el de la *energía*: donde la sostenibilidad implicará ir hacia un cambio modelo producción y finalmente c) el páramo de los subproductos: donde verificaremos el espacio de los residuos, el de los vertidos y el de las emisiones, donde siempre la sostenibilidad implicará poner el foco en el triunvirato reducir-valorizar-eliminar y donde el objetivo será reducir el impacto por unidad y producto.

En la dimensión social cultural del derecho a la sostenibilidad encontramos el paso de lo local a lo global, del corto al largo plazo, de la visión parcial a la integral, de la opacidad a la transparencia, de la autarquía a la participación, de la externalización a la internalización.

La conclusión de este recorrido es que para Ferrer, se debe comprender al *derecho ambiental* en el contexto del *derecho de la sostenibilidad*. Para llegar a ello hay que prestar atención a la evolución que ambos conceptos han tenido. En 1970 se dio el inicio por las preocupaciones ambientales, pero luego el sistema se amplía pues se verifica que con lo referido a la naturaleza no alcanzaba para incluirse todo el fenómeno. Aparece la “ampliación de lo ambiental” con la relación desarrollo y biósfera en 1992 en la cumbre de Río. Hoy el gran paso es salir de la lógica del derecho ambiental y pensar en derecho de la sostenibilidad. Esto se produce luego de Johannesburgo en 2002, donde aparece la Estrategia Mundial: ODM (2000) donde sostenibilidad será una visión de tres conjuntos: primero el *ambiente*, segundo los *aspectos sociales* y tercero los *aspectos económicos*.

Entre el primer conjunto (ambiente) (los temas serán la defensa del entorno y el asegurar y dignificar la vida. En este páramo el derecho ambiental tendrá su rol clásico, y más significativo. El tema es que el derecho de la sostenibilidad implicará más que ello, y por lo tanto, luego se debe reparar en los aspectos sociales donde la *inclusión* aparecerá como un tema de enorme trascendencia. Pero con lo social no se puede agotar el recorrido, pues deberá aparecer en una noción de sostenibilidad la *dimensión económica*, donde el meollo será verificar la lucha entre crecimiento y distribución.

Como vemos entonces, la noción de derecho ambiental queda alojada dentro de la de derecho de la sostenibilidad. Esta última es una noción más general, que podría terminar haciendo mutar al derecho todo en derecho de la sostenibilidad, cruzando todo el resto de las ramas.

En este punto, pensar en derecho ambiental será pensar en *derecho de la sostenibilidad*. Su evolución irá hacia ese páramo. En ese contexto se inscribe en este trabajo donde observaremos que los aspectos institucionales son la vedette pues el presente se dirige a analizar las competencias en materia ambiental. Por esto el lector verificará que siempre nos hemos referido

a estos aspectos como la institucionalidad para el desarrollo sostenible. Y siguiendo la misma idea, entonces, el derecho ambiental no puede ser tributario sino disciplinador de la gestión del ambiente. Es ésta nuestra interpretación del sistema global.

Ahora, para estudiar el tema nos dedicaremos a aquellos elementos relacionados a la gestión *administrativa, legislativa y judicial* del sector jurídico descrito. En este lugar analizaremos la manera en que se dividen las funciones en la estructura del Estado argentino entre Nación, provincias, y municipios para la gestión política, legislativa y judicial de los conflictos que se ciñen sobre el entorno.

No era casual que el inicio del presente texto se iniciara con el concepto de derecho ambiental como disciplina autónoma, para luego encuadrar la misma en la lógica de los derechos de tercera generación, luego receptados de manera expresa por la Constitución argentina, a partir de la reforma del año 1994. Con esta impronta queremos dejar en claro que consideramos esencial la naturaleza del derecho ambiental como derecho fundamental, lo que provoca una sugerente mutación, que en caso de desconocerse no nos dejará comprender el cambio en la modalidad de vinculación entre las funciones estatales y su descentralización en razón del territorio.

Es parte central de nuestra tesis la idea de que la descentralización política en materia ambiental resulta nueva porque la categoría de derechos a la que responde tiene un carácter joven y novedoso. En esa lógica el sistema federal donde se alojan las competencias mutará sus contenidos clásicos para permitir una nueva manera de dividir funciones con participación de todos los sectores en los diferentes órdenes. La forma *concertada* – como instituto característico de los nuevos federalismos cooperativos – compone y se presenta a modo de recurso necesario e imprescindible para responder a la naturaleza de la prerrogativa regulada; un impetuoso derecho ambiental sembrado sobre instituciones añejas que se cultivan y envasan en nuevos formatos, la sazón de una decoración actual que puebla las paredes y el piso del nuevo sistema institucional de la sustentabilidad.

La forma que asumieron los derechos en las primeras dos generaciones, hizo que los productos normativos en cada uno de sus ámbitos fueran diferentes. A cada generación de derechos fundamentales se le adosaron nóveles maneras de gestión política de los conflictos que en el seno de la sociedad fueron surgiendo. Vemos así, herramientas jurídicas de protección clásica, traducidas a estos tiempos, con un Estado gestionando conflictos complejos, donde todos tienen un poco que ver con el problema, y una inédita manera de vincular al gobernante con los gobernados, con parcelas amplias de legitimados para intervenir en los procesos de toma de decisión, los que luego ofrecen la misma amplitud para ser controlados ante la justicia. Creemos que la pertenencia a la tercera generación del derecho a vivir en un ambiente sano en el marco

del desarrollo sostenible, una prerrogativa que se parece a todo un programa de vida, es lo que provoca el desembarco de nuevas modalidades de legislación, administración y resolución de conflictos judiciales en materia ambiental permitiéndonos hablar de un federalismo particular, un *federalismo ambiental*.

Como el peregrino que luego de una larga travesía por la selva, agobiado por el cansancio llega al remanso de agua con el último esfuerzo; como aquél que ya siente que su mochila contiene un elefante, que sus piernas se quiebran como cerillos, cuando de pronto, detrás de las últimas plantas comienza a escuchar un ruido incesante para luego sí, ver una gran caída de agua pura. De este modo llegamos a la figura. Este es el páramo al que arribamos en este viaje, la estación *federalismo ambiental argentino*.

La escena será otra, pues como un manantial en el desierto, como la cascada insinuada en medio de la selva aparecerá ahora el núcleo central de nuestro trabajo, donde intentaremos esbozar los elementos generales que se aprecian en este nuevo sistema de competencias en materia ambiental. Es lo que hemos denominado como hemos dicho, *federalismo ambiental*, siguiendo en esto a Humberto Quiroga Lavié<sup>7</sup>.

## 2.- **DEL SISTEMA CLÁSICO AL NUEVO RÉGIMEN FEDERAL AMBIENTAL.**

Antes de la reforma, el problema de la competencia en materia ambiental venía resuelto de manera dispersa, a través de sentencias judiciales o de opiniones de la doctrina. Algunos, la mayoría sostenían, que la competencia era local como principio general. Si vemos la sentencia más antigua en la materia de nuestra Corte “*Saladaristas de Barracas*” del 14 de mayo de 1887, ya allí se había entendido que el ejercicio del poder de policía en materia ambiental en la que se desenvuelven las comunidades humanas, es una competencia que, sin serle negada a la autoridad nacional le corresponde en principio a la autoridad local. Esto implicó que las provincias fueran las que legislaran y administraran los recursos naturales que en sus territorios se ubican. Sólo cuando el producido con el recurso natural fuera de tal entidad que hiciera a la política nacional y al desarrollo de todos los que habitan la república entonces podíamos pensar en la nacionalización o la intervención del gobierno federal en el uso del recurso<sup>8</sup>.

---

<sup>7</sup> Así lo denomina Humberto Quiroga Lavié, en “La Protección del ambiente en la reforma de la Constitución Nacional”, LL, 18.3.96, pp. 2 y “El estado ecológico de derecho en la constitución Nacional”, LL 16.4.96, pp. 3.

<sup>8</sup> Para profundizar estos antecedentes, de nuestra autoría se puede consultar José Esain "El federalismo ambiental, El reparto de competencias en materia ambiental en la Constitución Nacional Argentina, el principio pensar global actuar local" en el texto de la "1er Conferencias Internacional sobre aplicación y cumplimiento de la normativa ambiental en América Latina", editado por la Fundación Ambiente y

Esto llevaba a algunos autores a pensar que la competencia en materia ambiental debía ser *concurrente* entre Nación y Provincias. Sólo algunas voces aportaban datos diferentes del sistema. Dice Guido Tawil que antes de la reforma el esquema competencial no era tan claro. En esos años la regulación ambiental básica correspondía a las provincias en virtud del antiguo 104 CN (idéntico al actual 121 CN). El Congreso de la Nación tenía una facultad de excepción que debía resultar de una delegación expresa de las provincias en el caso puntual, conservando aquellas la competencia general básica, con excepción de aquellas materias que debían ser reguladas por los códigos de fondo (67 inc. 11 CN idéntico al hoy 75 inc. 12 CN), o el comercio interprovincial (67 inc. 12CN idéntico al 75 inc. 13 CN)<sup>9</sup>, y agregamos la competencia para abarcar el progreso de la Nación (art. 67 inc. 16 idéntico al 75 inc. 18 CN).

De todos modos, el fenómeno “real” en materia legislativa corría un camino interesante, con matices diferentes de lo que hemos explicado. Si se observa atentamente, la mayoría de las leyes - como la 3.959 de Policía sanitaria animal, la 13.273 de defensa de la riqueza forestal, o la 22.421 de Conservación de la Fauna – ellas eran dictadas por el Gobierno Nacional con el objeto de ser aplicadas sólo en los territorios sometidos a régimen federal (Capital y territorios nacionales por esos años). Luego, cada una de ellas incluían como mecanismo de extensión territorial de sus normas sobre el sistema de adhesión provincial. Es que la competencia general en la materia la poseían las provincias, y en ese ámbito el Congreso Federal no tenía facultades para legislar todo el país. La única excepción la representaban – dentro de aquellas leyes de adhesión – las normas que debiendo haber sido agregadas en los códigos de fondo (delitos o sistemas de responsabilidad civil) era incluidas en dichos cuerpos para evitar dispersión legislativa. Como esas reglas poseían una base competencial diferente (67 inc. 11 hoy 75 inc. 12 CN) esto provocaba que dichas reglas poseyeran carácter nacional sin necesidad de adhesión<sup>10</sup>.

Pero volvamos a la técnica de legislación que hemos denominado leyes-contrato. Toda la faz del poder de policía pertenecía al ámbito local. En esos tiempos, las únicas normas “ambientales” dictadas por el Congreso seguían la técnica de la Ley Federal con adhesión provincial a efectos de unificar prácticas y políticas en todo el territorio. Es que el Congreso Nacional en materia de

---

Recursos Naturales (FARN), el Banco Mundial, y el Gobierno del Reino de los Países Bajos, con motivo de la conferencia desarrollada el 28 y 29 de mayo de 2002, en Buenos Aires, Argentina, coordinado por María Eugenia Di Paola y Daniel Alberto Sabsay.

<sup>9</sup> Guido Santiago Tawil, “La Cláusula Ambiental en la Constitución Nacional”, La Ley 15.5.1995.

<sup>10</sup> Para esos supuestos por ejemplo la ley 22.421 de protección de la fauna silvestre preveía que la adhesión provincial hacía extensiva la aplicación de toda la ley a la provincia que la practicara, pero respecto a las normas penales, éstas por ser derecho común (67 inc. 11 en esos días, hoy 75 inc. 12 CN) se aplicaban de todas maneras, aunque la provincia no se adhiriera. Esto es lo que Quiroga Lavié califica como *ley mixta*, es decir aquella norma que en una parte es federal y entra parte contiene normas de fondo. Para profundizar ver Humberto Quiroga Lavié, Benedetti y Cenicalecelaya, en “Derecho Constitucional Argentino”, Ed. Rubilzal Culzoni, Sanra Fé Argentina, 2000, p. 915.

policía ambiental sólo podía legislar sobre los territorios nacionales y no para toda la República, porque ese poder no había sido delegado expresamente a la Nación. Entonces, la técnica legislativa utilizada – adhesión – desde fines del siglo XX implicaba un enorme signo de centralización porque con ella el Congreso de la Nación ejercitaba su competencia legislativa respecto al territorio de la Capital Federal y luego, por la “influencia intelectual y política” que producía la decisión de dicho órgano legislativo – el más encumbrado de la Federación – se provocaba un seguimiento por las legislaturas locales, lo que llevaba a un esparcimiento del producto normativo en todo el territorio de la Nación, desde la mecánica de la adhesión de cada legislatura autónoma. Pero de este modo – en la medida que se disminuía la actuación del principio de *autonomía* por el de *unidad* – el sistema nacional perdía la posibilidad de generar políticas propias locales desde la base de la norma federal, pero adaptadas a la realidad del espacio geográfico y humano donde se aplicaría.

Con la Reforma de 1994 y la modificación del régimen jurídico de la Capital Federal (art. 129 CN) se pierde esa capacidad de legislación anticipatorio de políticas nacionales unificadas a través del proceso de adhesión, desde la influencia que suponía el ejercicio por el Congreso legislando para la Capital Federal. Esto obligó a mutar el sistema federal de atribuciones en materia de políticas ambientales.

Pigretti sostiene que en esos tiempos el reparto competencial tiene base en dos elementos: primero las competencias expresamente delegadas por las provincias a la Nación en la Constitución, poderes implícitos que amplían su esfera de actuación y segundo que las provincias conservan la propiedad de los bienes situados en su territorio en la medida en que fueron detentados por la corona de España. El problema es que la falta de texto expreso en el ámbito constitucional respecto al régimen de propiedad de estos bienes, provoca una delegación de la cuestión en las normas que el Congreso federal dicte dentro de los códigos fundamentales. Los códigos respetaron los derechos de las provincias sobre los bienes. El aprovechamiento de las aguas, el uso del dominio público, y la disposición de las tierras del patrimonio privado estatal (sin dueño, vacantes o mostrencas) se los consideró como pertenecientes a la jurisdicción local<sup>11</sup>.

Si queremos ver cronológicamente el desembarco de la materia ambiental en Argentina, ella apareció en 1972 con la creación de la Interministerial para la Prevención del Medio Ambiente, la que tomó cuerpo en 1973, cuando el decreto 751/ 73 creó la Secretaría de Estado de Recursos Naturales y Ambiente Humano, en el ámbito del Ministerio de Economía. El gobierno de facto instalado en 1976 de neto corte liberal, como era previsible, hizo caer la cuestión ambiental en

---

<sup>11</sup> Eduardo A. Pigretti, “Derecho Ambiental”, Ed. Depalma 2000, p. 31/35.

una larga siesta, ajeno a la realidad internacional. La Secretaría de Estado mencionada desapareció del organigrama y la conciencia ambiental reapareció al reintegrarse los gobiernos de jure en 1983.

Esta toma de conciencia se dio principalmente en los poderes constituyentes provinciales que fueron convocados a partir de 1986 para reformar antiguos textos ahora desde el advenimiento de la democracia y, más tarde, para dotar la constitución a la nueva provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur. Varios Estados reformaron sus Constituciones Provinciales entre 1986 y 1989. La nueva provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur dictó su primera Constitución en 1990. En esas nuevas Constituciones provinciales hay normas protectoras del medio ambiente y los recursos naturales. Así el art. 110 inc. 22 de la C. de Catamarca: los arts. 11 38 inc. 8º, 66, 68, y 110 inc. 19 de Córdoba; en Jujuy los arts. 22 - 43 inc. 5 y 123 inc. 22; en La Rioja art. 66; en Río Negro arts. 46 - 84 - y 85; en Salta arts. 30 y 78; en San Juan art. 58; en San Luis art. 47; en Santiago del Estero art. 58; en Tierra del Fuego arts. 25 - 54 - 55.

Estas disposiciones constitucionales fueron el principal antecedente para que surgiera la obligación estatal de preservar el ambiente en la reforma de 1994, a la vez que se garantizara a los habitantes el derecho a gozar de aquél. Pero la norma de máxima jerarquía debía ocuparse de un tema que las Constituciones provinciales no podían: el reparto competencial entre Federación y provincias.

Para conocer el sentido de la reforma y de la nueva estructura federal, el convencional por Santa Fe, Natale, en su intervención del 20 de julio de 1994 decía respecto al artículo 41: “Desde mi punto de vista lo más importante que se incluye tanto en el despacho de mayoría como en el despacho de minoría, suscripto por nosotros, es el deslinde de las competencias entre la Nación y las provincias, y no en esta materia específica de la protección del medio ambiente sino que estamos innovando en todo el sistema federal de la Constitución argentina, y es una innovación que desde nuestro punto de vista es positiva”.

“Sabemos que tenemos un sistema federal de deslinde de competencias. La Nación tiene atribuidas determinadas competencias y todas aquellas otras que no le fueran delegadas son reservadas para las provincias. Es un sistema de competencias deslindadas. Cada una ejerce las propias en sus respectivas esferas. Eventualmente puede haber concurrencia en algunas actividades, como ocurre en materia impositiva con determinados impuestos, pero a partir de actividades propias de una y de otra”.

“Acá vamos a una integración de actividades entre la Nación y las provincias, situación que hasta el día de hoy no se daba porque atento a los principios de la Constitución Nacional todo lo que era materia de protección del medio ambiente y de los recursos naturales caía dentro de la

esfera propia de las provincias, o en el caso particular de la Capital Federal, del Congreso Nacional como legislatura local”<sup>12</sup>.

Luego dice el convencional “Ahora vamos a cambiar el sistema de la Constitución. Ya no legislará en esta materia el Congreso de la Nación como legislatura local de la Capital Federal y deberá esperar que las provincias se adhieran. Ahora el Congreso de la Nación legislará para todo el país. Voy a hacer una digresión a este respecto. Con la reforma que se está previendo para el estatuto autónomo de la Capital Federal se va a perder aquel carácter orientativo que desde el siglo pasado tuvo el Congreso de la Nación para sugerir la legislación provincial cada vez que legisló para la ciudad de Buenos Aires<sup>13</sup>. (...) Creo que con la reforma que se va a introducir al régimen jurídico de la Capital Federal se va a perder esta gran capacidad de legislación que todas las provincias tuvieron a través de la influencia intelectual que suponía la que ejercía el Congreso de la Nación para la Capital Federal”.

“Vuelvo al tema de los recursos naturales. Ahora tendremos un mecanismo distinto. La legislación nacional establecerá los resguardos de protección mínima comunes a todo el territorio del país, aquellos sobre los que haya consenso general de que deben ser imprescindibles tutelar en todo el ámbito de la geografía argentina. Allí legislará el Congreso de la Nación”.

---

<sup>12</sup> En su intervención Natale explica los antecedentes así “Voy a revisar rápidamente las distintas leyes que se sancionaron en nuestro país en este aspecto para que se advierta con nitidez: lo que estoy diciendo. La ley 13.273 de bosques y tierras forestales de 1948, establecía en su artículo 3º que sometía a las disposiciones de la ley los bosques y tierras forestales ubicados en jurisdicción federal y, además, los ubicados en las provincias que se acogieran al régimen de la presente ley. Hacía falta una adhesión provincial. La ley 20.284 de 1973, sobre preservación de los recursos del aire, establecía que sujetaba a las disposiciones de la misma a las fuentes capaces de producir contaminación atmosférica ubicadas en jurisdicción federal y en la de las provincias que se adhirieran a la misma. Seguimos con el mismo principio. La ley 22.421 de 1981, de protección y conservación de la fauna silvestre, establecía expresamente en su artículo primero la concurrencia del Estado nacional o las provincias en sus respectivas jurisdicciones, y luego hablaba de lo que era la jurisdicción nacional. La ley 22.428 también del año 1981, establecía en su artículo 2 que el Estado nacional y las provincias que se adhieran al régimen de la presente ley fomentarán la acción privada destinada a la consecución de los fines mencionados en el artículo 1. Se refería a la ley de fomento de la conservación del suelo. La ley 23.879, sobre evaluación de las consecuencias ambientales que podían producir en el territorio argentino represas construidas o en construcción o planificadas; también en sus artículo 1º y 2º hacía la distinción entre lo nacional y lo provincial. La ley 24.051, de residuos peligrosos, dice expresamente lo mismo en su artículo 1º, ya que prohíbe -sujeto a las disposiciones de la ley- los residuos que estén ubicados en lugares sometidos a jurisdicción nacional o aunque ubicados en un territorio de una provincia estuvieran destinados al transporte fuera de ella. Y luego prevé un régimen de adhesión de las provincias. A esta ley, que es la más nueva, algunas provincias se han adherido y otras no” (en [www.mecon.gov.ar/infoleg](http://www.mecon.gov.ar/infoleg)).

<sup>13</sup> Aclara el convencional con un ejemplo: “Recordemos simplemente la ley 1.420, de educación común y gratuita, una de las más importantes sobre las que está asentada la educación de nuestro país. Fue sancionada por el Congreso de la Nación para la ciudad de Buenos Aires y luego las provincias adaptaron su legislación a la legislación nacional (en [www.mecon.gov.ar/infoleg](http://www.mecon.gov.ar/infoleg)).

“Pero las provincias seguirán siendo autoridad de aplicación tanto en el ámbito administrativo como en el ámbito jurisdiccional de la legislación federal que se dicte sobre esta materia”.

“Creo que esto debemos precisarlo con mucha claridad porque en función de la innovación que estamos haciendo sobre nuestro sistema federal debe surgir sin ninguna duda en el ámbito de la Convención Constituyente qué es lo que se quiere establecer con estas cosas. La legislación de protección mínima común a todo el país habrá de ser dictada por el Congreso de la Nación, pero la aplicación y la jurisdicción sobre esa legislación seguirá correspondiendo a las provincias, con una solución similar a la del artículo 67, inciso 11 de la Constitución Nacional cuando atribuye al Congreso de la Nación dictar la legislación de fondo, pero preserva las jurisdicciones locales para su respectiva aplicación”.

“En todo lo demás, en todo lo que sea necesario para complementar, implementar o extender, a partir de ese piso mínimo, las exigencias de tutela del medio ambiente las provincias conservarán íntegros sus poderes actuales. Porque hay necesidades comunes a todo el país, pero también hay necesidades específicas de cada región. Unos son los problemas del medio ambiente en la Patagonia, otros los problemas en el litoral y otros en la zona de Cuyo o el norte argentino. Hay problemas comunes específicos sobre los que legislará el Congreso de la Nación, pero los que le interesen a los patagónicos los resolverán las provincias patagónicas y lo que nos interese a los litoraleños lo resolverán los provincias litoraleñas”<sup>14</sup>.

Como vemos, existe entonces una explicación clara respecto a la importancia que reviste dentro de la estructura federal argentina la nueva modalidad competencial en materia ambiental. Esto es lo que nos convence para adoptar la nomenclatura que decidimos para el presente.

El lector percibirá que damos mucha importancia a las intervenciones de los convencionales en 1994. Esto se debe porque a través de ellos podemos hacer una *interpretación histórica* de las nuevas normas e institutos pero con la ventaja de que, además, por la cercanía temporal de la reforma de 1994 estos debates resultan más interesantes aún dada la vigencia y actualidad de dichas explicaciones respecto al sentido de las diferentes introducciones de dicha enmienda. Por eso, estos aportes no pueden ser dejados de lado, y tendrán capital importancia en la explicación que abordamos en el presente.

### 3.-

---

<sup>14</sup> Intervención del convencional Natale disponible [www.mecon.gov.ar/infoleg](http://www.mecon.gov.ar/infoleg).

## **LAS TRES COMPETENCIAS AMBIENTALES HOY EN NUESTRO FEDERALISMO AMBIENTAL ARGENTINO<sup>15</sup>.**

Una buena forma de iniciar la descripción será verificar los conceptos de *función* y *materia*. Ellas son fundamentalmente a) la función de *normar* la materia en cuestión, b) la función de *ejecutar* lo que previamente ha sido normado y c) la función de dirimir los conflictos que se presenten, aplicando las normas generales y elaborando normas individuales (en el sentido Kelseniano de los términos) *sentenciando*.

En este contexto, cuando nos referimos a una *materia* ello implica el contenido sobre el cual se posará el ejercicio de la *función*.

Porque el ejercicio de una *competencia* involucra alojar una determinada *función* sobre un determinado *ámbito material*, para un determinado *órgano*, el que será creado, integrado, sostenido, y controlado teniendo en consideración todos estos parámetros. Luego se considerará que el ejercicio de la función produzca efectos jurídicos – individuales o colectivos – para un determinado *ámbito personal* o *territorial*.

Cuando la *competencia* es *exclusiva* no es demasiado complejo el análisis porque quien detenta la *función* tiene *titularidad indelegable* desplazando al resto de los órganos del ejercicio de la misma. El proceso adquiere complejidad cuando la competencia es *concurrente*, lo que se puede entender como la asunción por parte de uno o varios Entes territoriales de una serie de *funciones* sobre una *materia* determinada. Esto hace que las reglas de resolución del conflicto se deban extremar y precisar para impedir la desnaturalización del sistema global.

La *función de normar* se refiere – en un sentido amplio – a la regulación jurídica de la materia en toda su extensión, ya sea a través de instrumentos normativos de rango legal o reglamentario. Así, aparecen como órganos clásicos para cumplir esta función los poderes legislativos: el Congreso de la Nación Argentina, las legislaturas provinciales (esta es la nomenclatura que adopta la Constitución en los artículos 3, 13 CN entre otros), los consejos deliberantes municipales (art. 123 CN). Pero el legislativo no es el único llamado a cumplir funciones normativas, pues los ejecutivos también poseen – excepcionalmente – competencias de tipo normativas. Nos quedamos a nivel federal donde existen: primero la facultad del ejecutivo para dictar *decretos de necesidad y urgencia* (art. 99 inc. 3 CN), la más amplia de las competencias legislativas a favor del presidente; segundo los *decretos delegados* que son el producto de un acto del legislativo (ley de bases) que le cede en determinada materia de administración o emergencia pública (artículo 76 CN) la facultad al ejecutivo de legislar por un tiempo

---

<sup>15</sup> Para profundizar este tema ver José Alberto Esain, “Competencias ambientales”, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008.

determinado. Como consecuencia de dicha norma de bases, el ejecutivo dará decretos que materialmente serán leyes, pero que formalmente serán decretos, los que necesariamente deben estar refrendados por el Jefe de Gabinete (100 inc. 12 CN); tercero la facultad del ejecutivo de dictar *decretos reglamentarios*, o *ejecutivos*, que sirven para poner en funcionamiento las leyes que dicta el Congreso, lo que en la mayoría de las veces implica la posibilidad de que el presidente establezca los pormenores respecto a la ley.

El lector se percatará en esto último de que estamos ante dos tipos de delegaciones de diferente nivel: por un lado los decretos delegados son el producto de una delegación legislativa, es decir una *delegación plena*, ya que en ella el Congreso no hace más que dictar la ley de bases, sin reglamentar el derecho fundamental. Luego toda la tarea, la decisión política completa será adoptada por el ejecutivo. En cambio cuando se ejercita la facultad de dictar *decretos reglamentarios*, la delegación que hace el legislativo se refiere sólo al detalle, a las cuestiones más particulares, las que no importan la regulación del derecho.

La función *ejecutiva*, en cambio está vinculada con la puesta en marcha de aquello que ha sido regulado por la norma. Generalmente ésta función se lleva a cabo a través de la actuación de la administración (reglamentos del artículo 99 inc. 1 CN y actos administrativos y reglamentos autónomos previstos 99 inc. 2 CN) pero además puede que en algunos casos también esta función sea cumplida por la legislatura a través de las denominadas leyes programa o leyes planes, o leyes medida. Esta última técnica se dará necesariamente cuando los planes de contenido político necesariamente comporten reglamentaciones, sacrificios o restricciones a derechos de los particulares. También en muchos casos la función ejecutiva o administrativa puede que sea cumplida por el legislativo cuando otorga pensiones o declara lugares como de utilidad nacional, por ejemplo.

Pero además, lo que sucederá en muchos casos es que se confundirá la función ejecutiva con la de adoptar las decisiones políticas fundamentales del Estado. Esta segunda versión en realidad es compartida por ambos poderes – legislativo y ejecutivo – porque en muchos casos el primero puede mediante las denominadas leyes plan, generar políticas públicas de notable incidencia sobre los derechos de los ciudadanos.

La función *Judicial* implica dirimir conflictos individuales y está vinculada a la actuación ante los tribunales de justicia, para obtener la resolución que restablezca el derecho violado o dañado<sup>16</sup>. En este aspecto nuestro sistema posee un doble orden: federal y provincial, donde el

---

<sup>16</sup> María L. Agirretxe Olló, “El reparto competencial en materia de medio ambiente”, Módulo 3 del Master en Medio Ambiente de la Universidad del País Vasco, servicio de documentación de la Corte internacional de Arbitraje y Conciliación Ambiental (CIACA), San Sebastián, 2000, p. 1.

poder judicial federal actúa de manera limitada en relación a los supuestos expresamente establecidos por la Constitución nacional en los artículos 116 y 117.

Para entender lo que significa desde el punto de vista didáctico considerar al sistema de distribución de funciones en materia ambiental como un subsistema dentro del genérico federalismo argentino, describiremos cada una de las tres competencias de manera somera pues el presente trabajo pretendía hacer foco sólo en la generalidad del instituto y en sus antecedentes, sin abocarnos a dar las líneas centrales. Sólo entendíamos interesante para esta hora demostrar la mutación dentro del esquema que pretendemos describir.

Porque estamos ante un nuevo modo de entender las tres maneras de definir las competencias típicas de cualquier estructura estatal.

- En el caso ambiental verificaremos que la función *competencial normativa* aparece desdoblada en dos “subfunciones”, ya que conforme lo reglado por el artículo 41 tercer párrafo le corresponderá a la Nación *de manera exclusiva la función competencial de dictar normas que contengan los presupuestos mínimos de protección*, y a las provincias la función exclusiva de *dictar las normas necesarias para complementarlas*. Esa es la manera en que concurren a la función competencial de normas en materia de protección ambiental. Decimos *normar* porque en realidad el concepto seleccionado por el constituyente no resulta tan restringido como el que tomó en el primer párrafo para referirse al daño ambiental (normas en el tercer párrafo, leyes en el primero). Esto permite pensar en un esquema de *normación* con participación de los tres órdenes (nacional, provincial y municipal) en el que intervendrán tanto el legislativo como el ejecutivo mediante su facultad reglamentaria. No debemos descartar tampoco la utilización de los nuevos esquemas de democracia semidirecta que están previstos en los artículos 39 y 40 CN. Nos referimos a la posibilidad de los destinatarios del poder

Como el lector perspicaz advertirá en este caso la introducción de un nuevo esquema de distribución mediante la concepción de normas de presupuestos mínimos y normas complementarias, en el cual las provincias y los municipios aparecen como actores esenciales para dotar a la estructura general de referencias normativas en cada uno de los órdenes, bajo el imperio del principio de optimización de la protección permite pensar en esta idea central del derecho ambiental que propugna pensar global pero actuar local. Esto nos alerta sobre un esquema sumamente sugerente, que nos alienta a la adopción de un esquema de *concertación* de normas desde órganos federales comunes a las provincias, a efectos de lograr normas básicas previamente acordadas por quienes luego quedarán obligados por ellas, y ya no en el esquema clásico de participación federal orgánica (senado)

sino a través de órganos como el COFEMA donde las provincias intervienen de manera igualitaria con propuestas de políticas comunes.

- Respecto a *la función competencial ejecutiva* adelantamos que por virtud del mismo 41 tercer párrafo, junto al artículo 122, y el art. 75 inc. 13 y 19 todos de nuestra Constitución nacional, podríamos establecer como principio general que toda la función de ejecución del complejo normativo producto del sistema que acabamos de introducir y que describiremos a continuación, pertenece al ámbito de las comunidades jurídicas parciales, tanto federal, como provincial, *según la naturaleza del elemento conflictivo*, de manera similar a lo que sucedía antes de la reforma. Tendrá un rol central el principio de subsidiariedad. Aquí nuevamente jugará un rol fundamental el nuevo *federalismo de concertación* y los *acuerdos* alcanzados en los órganos producto de pactos ambientales.
- Finalmente tendremos *la función judicial*, que implica que la normativa ambiental que se logra como resultado de la múltiple función competencial para legislar será aplicada por los tribunales para resolver las “causas” o conflictos entre los habitantes. En éste sector la complejidad del sistema de descentralización se vincula con los supuestos en que será competente la actuación de los poderes judiciales locales y los casos excepcionales en que intervendrá el fuero federal. Este criterio - que ya se desprendía de la redacción del tercer párrafo del artículo 41 - hoy ha sido reforzado por el artículo 7 de la ley 25.675 que dispone como principio general la competencia de los jueces provinciales y sólo excepcionalmente la intervención del fuero de excepción, en los supuestos ya enumerados en el artículo 116 de la Constitución Nacional.