

LEGITIMACIÓN PROCESAL Y MEDIO AMBIENTE

José Roberto DROMI *

SUMARIO: I. *Sociedad y medio ambiente*. 1. *Ecología y circunstancia humana*. 2. *"Hábitat" y bien común*. 3. *Subdesarrollo y medio ambiente*. 4. *La realidad argentina*. II. *Estado y medio ambiente*. 1. *Nación, provincia y municipio ante el medio ambiente*. 2. *Reglas constitucionales para el deslinde de competencia. La situación en el derecho*. 3. *El reparto de competencias en los hechos*. 4. *Administración ambiental*. III. *Derecho y Medio ambiente*. 1. *Codificación del derecho ambiental*. 2. *Técnicas e instituciones jurídicas ambientales y reparto de competencias*. IV. *Conclusiones*.

I. SOCIEDAD Y MEDIO AMBIENTE

1. *Ecología y circunstancia humana*

Julián Mariás recordaba que los ecólogos deberían detenerse sobre la frase de Ortega y Gasset, contenida en sus meditaciones sobre *El Quijote*, "*Yo soy yo y mis circunstancias*", y de allí pues, que si no las salvo a "ellas" no me salvo "yo". Cabe destacar que el segundo término de la frase suele olvidarse, pese a que su significación es decisiva en nuestra época,¹ pues en las "circunstancias" está también el medio ambiente.

El medio ambiente, como objeto de nuestra investigación científica, conforma el "*hábitat*" de la convivencia y está determinado, como decíamos, parafraseando, a Ortega y Gasset, por las "*circunstancias del yo*", pues el medio ambiente "*forma parte del yo*" por ser su misma circunstancia, todo aquello que "*está en nosotros*" y no somos "*nosotros mismos*".

El medio ambiente "*está en nosotros*", es un "*derecho del yo*", un derecho subjetivo. Esta afirmación no es una mera disquisición académica; ella nos permite aportar luz para la solución de distintos problemas que se presentan en el mundo jurídico, entre ellos el de la legiti-

* Profesor de derecho administrativo, Universidades de Mendoza y Cayo.

¹ Mariás, Julián, "Ecología y circunstancia humana", en diario *La Nación*, Buenos Aires, 2 de septiembre de 1973.

mación procesal para preservar el ambiente. Coherente con nuestra posición de que el hombre posee un derecho subjetivo a la tutela del ambiente, por ser este último consustancial a la existencia del ser humano, las puertas del pretorio no pueden cerrarse ante quien pide “*protección de sus circunstancias*”, sea en forma individual o colectiva, pues lo contrario significaría una denegación de justicia, es decir, privaría al hombre del derecho de conservarse “*a sí mismo*”, en tanto el ambiente humano es patrimonio público y derecho subjetivo de la *persona*.

No hay acuerdo entre los iusambientalistas sobre los elementos que configuran el medio ambiente.² Pensamos que aprehendiendo la postura que considera al medio ambiente integrado por “*aire*”, “*agua*” y “*energía*”, eficazmente se soluciona el problema, desde que tal comprensión abarca los elementos enumerados por las distintas doctrinas.

2. “*Hábitat*” y bien común

Si bien la preocupación del hombre por el medio ambiente se remonta a los clásicos de la organización política,³ es recién a partir de la

² Sobre otras enumeraciones taxativas o no, que incluyen elementos como flora, fauna, bellezas panorámicas, ruidos, vibraciones, *cf.*, López Joaquín, “El derecho de aguas, el derecho de los recursos naturales y el derecho ambiental”, en las *Primeras jornadas argentinas de derecho y administración ambientales*, Documentos de trabajo, Buenos Aires, 15 al 17 de abril de 1974, pp. 101 y ss.; Cano, Guillermo J., *Introducción al derecho ambiental argentino*, LL, pp. 154-919 y 920; Rieber de Bentata, Judith, *Régimen jurídico de la protección del ambiente y lucha contra la contaminación*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1977, pp. 13 y ss.; Chanlett, Emil T., *La protección del medio ambiente*, Madrid, IEAL, 1976, pp. 15 y ss.; Edmunds, Starhrl y John Letey, *Ordenación y gestión del medio ambiente*, Madrid, IEAL, 1975, pp. 201 y ss.

³ Aristóteles, *política* (edición bilingüe y traducción por Julián Marías y María Araujo), Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1951. El estragirita dedica el cap. 4-12 del libro IV de su obra, al régimen mejor: población, territorio, comunicaciones, carácter, estructura social, emplazamiento y construcción de la ciudad, y en especial en el parágrafo 1330b, donde leemos: “Ya hemos dicho que la ciudad debe estar abierta en la medida de lo posible a la tierra, al mar y a toda la región. En cuanto a la situación apetecible de la ciudad considerada en sí misma, debe determinarse teniendo en cuenta cuatro condiciones: en primer lugar, necesariamente, la salud (las ciudades que miran al Oriente y a los vientos del Este son las más sanas y después las protegidas del viento del Norte, que son mejores para invernar); además deben estar bien situadas para las actividades políticas y guerreras; para las guerreras deben ser de salida fácil para sus habitantes y de difícil acceso y cerco para el enemigo; deben tener además corrientes de aguas propias en número suficiente, de no ser así la falta se remediaría con la construcción de grandes y numerosos depósitos para las aguas de lluvia, de modo que el agua no pueda faltar si durante una guerra quedan cortadas las comunicaciones entre la ciudad y el campo. Es preciso, en efecto, pensar en la salud de los ciudadanos, y ésta depende de la

segunda mitad del siglo veinte cuando se comienza a tomar "conciencia ambientalista". La humanidad en este siglo ha avanzado en algunas materias; pero este avance parcial,⁴ lejos de ir acompañado por una preocupación acerca de sus consecuencias, lo ha sido con un total menosprecio por las circunstancias ecológicas. Es por ello que no hace mucho tiempo que han comenzado a oírse voces, tratando de encauzar el avance tecnológico que a la vez es destructor de los elementos que dan sustento a la existencia del hombre en su vida terrenal.

Así, en Estocolmo, se dijo:

...el hombre tiene el *derecho fundamental* a la libertad, la igualdad y al "disfrute de condiciones" de vida adecuadas en un medio de calidad tal que le permita llevar una vida digna y gozar de bienestar y tiene la solemne obligación de proteger y mejorar el medio ambiente para las generaciones presentes y futuras. A este respecto las políticas que promueven o perpetúan "apartheid" la segregación racial, la discriminación, la opresión colonial y otras formas de opresión o dominación extranjera quedan condenadas y deben eliminarse...⁵

En Puebla se previene que:

...Si no cambian las tendencias actuales se seguirá deteriorando la relación del "hombre" con la "naturaleza", por la explotación irracional de los recursos y la contaminación del medio ambiente, con el aumento de graves daños al hombre y al equilibrio ecológico... Hay que tomar conciencia de los efectos devastadores de una industrialización descontrolada y de una urbanización que va tomando proporciones alarmantes. El agotamiento de los recursos naturales y la contaminación del ambiente constituirán aspectos dramáticos. Afirmamos una vez más la necesidad de una profun-

buna situación de la ciudad en sí misma y en cuanto a su contorno, y en segundo lugar, del uso de aguas sanas, que no debe considerarse en modo alguno como cuestión accidental. Porque aquello de que nos servimos más y con mayor frecuencia para nuestro cuerpo contribuye en el más alto grado a la salud, y el agua y el aire son de esta naturaleza. Por eso en las ciudades prudentes si todas las aguas no son igualmente buenas y no abundan las corrientes de tales condiciones, debe separarse el agua para la alimentación de la que se destina a los demás usos...

⁴ Cfr., y para ampliar, en Carrel, Alexis, *La incógnita del hombre*, Buenos Aires, Cúspide Argentina, 1938, pp. 40 y ss.

⁵ Declaración de Estocolmo de 1972 (Conferencia de las Naciones Unidas sobre el ambiente humano); "Declaración de principios", Principio I. Cfr., Pigretti, Eduardo A., "El derecho a la vida y a la integridad personal", en *Derecho ambiental*, Buenos Aires, Educa, 1985, pp. 10 y ss.

da revisión de la tendencia consumista de las naciones más desarrolladas; debe tenerse en cuenta las necesidades elementales de los pueblos pobres, que son la mayor parte del mundo. . . La comunión y participación verdaderas sólo pueden existir en esta vida proyectadas sobre el plano muy concreto de las realidades temporales, de modo que *el dominio, uso y transformación de los bienes de la tierra, de la cultura, de la ciencia y de la técnica, vaya realizándose en un justo y fraternal servicio del hombre sobre el mundo*, teniendo en cuenta el respeto a la ecología. . . *reservar los recursos naturales a fin de transmitirlo como herencia enriquecida a las generaciones futuras. . .*⁶

En nuestro ordenamiento jurídico, el medio ambiente es un *valor de tutela constitucional implícita*. Cuando la carta magna, en su preámbulo se refiere a “promover el *bienestar general*”,⁷ debe entenderse que lo hace con el mismo significado que la doctrina clásica atribuye al término *bien común*. El bien común es el fin del Estado, es el que lo legitima éticamente y justifica su existencia. El Estado, en la consecución de su fin, debe asegurar a todos y cada uno de sus integrantes actuales y futuros *condiciones dignas de vida* y el uso y preservación de los recursos naturales con el objeto de lograr aquéllas.

También el preámbulo habla de “*proveer a la defensa común*”, y de acuerdo a una interpretación que se compadezca con las actuales necesidades, debe entenderse que tal defensa abarca al hábitat del accionar de los depredadores externos e internos. Además, merece mención especial el artículo 33 del ordenamiento fundamental, sobre el cual nos extenderemos al tratar la legitimación procesal, en la medida que eleva a jerarquía de derechos constitucionalizados los “no enumerados”, pero comprendidos en la forma republicana y con raíz en la soberanía del pueblo.

En suma, en la Constitución al ambiente tiene su protección implícita debiendo la legislación y la actividad administrativa, en su consecuencia, proporcionar el instrumento idóneo para librar esta lucha contra la injusticia que presupone el deterioro del hábitat.

3. Subdesarrollo y medio ambiente

El “*hombre*” se encuentra en una relación dialógica, continua y per-

⁶ Iglesia católica, Documentos de Puebla, puntos 139, 496, 327, 1236.

⁷ Como lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el caso “Quinteros”, fallos 179:113.

manente con la "naturaleza". La realidad humana está consustanciada con la realidad física en la cual se desarrolla. El hombre, para lograr su finalidad, su mayor perfección, necesita disponer de la realidad física que lo circunda. El hombre, cuando dispone de la naturaleza, *avanza* y progresa al proveerse de medios que hacen más cómodo, fácil y viable su desarrollo; pero al mismo tiempo *retrocede* al menoscabar, deteriorar y destruir la realidad física, privando así a sus congéneres y generaciones futuras de la posibilidad de desarrollo y perfección.

Las principales causas de este "avance-retroceso", "mayor bienestar-mayor deterioro", se deben a distintas circunstancias:

A. Explotación irracional de los recursos

El hombre al servirse de la naturaleza, lo hace con una total despreocupación por las consecuencias de tal utilización. Por lo común con un criterio antieconómico, agota la fuente del recurso o lo desperdicia. Como consecuencia de ello, han desaparecido de la faz de la tierra especies animales y vegetales y otras se encuentran en vía de extinción. Los recursos energéticos, como "el gas que se ventea", se pierden ante la mirada impasible de las entidades burocráticas encargadas de su explotación y, por último, se desconoce en la práctica (a pesar que las diversas ramas de la ciencia lo han establecido en teoría) la interdependencia que existe entre los distintos recursos naturales.

B. Industrialización obsoleta y contaminación urbana

El afán de lucro incontrolado y la sociedad de consumo, en la cual estamos insertos, no siempre reparan en los medios para conseguir sus objetivos. La reticencia a empezar en los procesos de industrialización los medios modernos destinados a preservar el hábitat, es una consecuencia de la falta de conciencia de que la *propiedad* debe cumplir una *función social*. La mentalidad empresaria renuente a todo tipo de inversión de utilidades, destinadas a dotar a la unidad de producción de los elementos idóneos para una elaboración acorde con los adelantos científicos, está enraizada. Importa un factor coadyuvante de tal estado de cosas, la carencia de una política clara e integradora en materia económica, que permita planificar la actividad empresarial.

La movilización demográfica interna por la que el hombre es prácticamente expulsado del campo, se debe fundamentalmente a la ausencia casi total de elementos que le aseguren condiciones dignas de convi-

venencia. Además, el desfavor con el cual la sociedad mira a quienes se dedican a las tareas primarias y la imposibilidad de que puedan acceder a ser propietarios de una unidad de producción provoca estas corrientes migratorias que al llegar a las ciudades se radican en las tristemente célebres "villas miserias", en condiciones infrahumanas de vida (sin agua potable, asistencia sanitaria, servicios públicos, vivienda digna, etcétera).

La solución es adecuar los procesos de industrialización, para que tanto las superpotencias como los países en vías de desarrollo se encuentren en condiciones de producir bienes y servicios en cantidad suficiente para lograr el bienestar general y operen la implantación de políticas conservacionistas de los recursos naturales, lo cual se ve facilitado en gran parte por los avances tecnológicos que permiten una más eficaz utilización de los mismos. Pero el elemento decisivo es, a nuestro entender, una *concientización social* de la necesidad de preservar el medio ambiente. La paralización del desarrollo condenaría a tres cuartas partes de la humanidad a condiciones insuficientes de vida, mientras que el resto seguiría en su accionar destructor del hábitat.

4. *La realidad argentina*

La realidad argentina dista de ser alentadora. La estructura económico-social se mantiene inalterada, salvo leves variantes desde comienzo de siglo: 6% de propietarios disfrutaban del 74% de la tierra en un país que figura entre los ocho de mayor superficie en el mundo (2,790,313 km²) y que registra 200,209,207 hectáreas explotables; que el 76,5% de la población se concentra en los centros urbanos (considerando como centro urbano al poblado no menor de 2,000 habitantes), y que el 60,5% reside en las denominadas áreas metropolitanas (aglomeraciones que exceden los 50.000 habitantes). En segundo término, que el área de mayor concentración poblacional e industrial —el denominado Eje Fluvial Industrial— absorbe el 72% del empleo, y dentro de él la Capital Federal y el Gran Buenos Aires el 55%; que en algo más del 2% del territorio nacional el Eje Fluvial Industrial reúne el 46% de la población. En tercer orden, que dentro del Eje Fluvial Industrial, la primera Corona (Capital y partidos del cono urbano) exhibe, además del 55% del empleo industrial nacional, el mayor grado de densidad (3,700 habitantes por kilómetro cuadrado), el 76% de las denominadas villas miserias, y un 8% de áreas verdes por habitante, es decir, "la décima parte de un *standard* admisible"

con "altos índices de contaminación ambiental", y que como contrapartida carece de una infraestructura adecuada de servicios; además, el índice de crecimiento demográfico, en relación a las restantes, es el más elevado, como consecuencia visible de la migración interna que continúa la línea de traslación desde el interior del país hacia las áreas metropolitanas.⁸

Todo este panorama se ha visto agravado en los últimos diez años, pues una diplomacia contradictoria ha cercenado el territorio, la política económica ha ido destruyendo las economías regionales, los salarios han caído estrepitosamente, el aparato productivo se encuentra en su mayor parte paralizado y el proceso de concentración urbana se ha incrementado.

En suma, la concentración poblacional e industrial; los altos índices de contaminación ambiental; la modesta infraestructura de servicios públicos; la migración interna y la ausencia de planificación urbana, son signos inequívocos del estado de subdesarrollo en que se encuentra postroado el país.

Ante este panorama desolador, se hace imperioso un plan político nacional que produzca la reactivación económica con protección también "ambiental" y una adecuación y efectiva aplicación de las instituciones jurídicas reguladoras del medio ambiente, de carácter nacional y local, que se adapte a la realidad argentina. Tratar de elaborar una legislación uniforme, resulta una aspiración viable en el fértil campo de las ideas; pero que en manera alguna se compadece con la realidad nacional, en razón de no ser las mismas las necesidades y, en consecuencia, las soluciones a implantar en los distintos ámbitos de la República.

El Estado, ante esta realidad social de recesión y subdesarrollo, presenta una infraestructura paquidérmica, formal y meramente solemne, mas no útil ni eficaz.

II. ESTADO Y MEDIO AMBIENTE

1. Nación, provincia y municipio ante el medio ambiente

La solución al "desafío" de la protección del medio ambiente, en la realidad argentina, es un "cometido común compatible" entre nación, provincia y municipio. Cada uno de estos "estados" en su nivel y en

⁸ Baigun, David, "Política criminal y tutela del medio ambiente en la República argentina", en *Doctrina penal*, núm. 1, año 1, enero-marzo de 1978, p. 6.

su ámbito deben implantar *per se* la solución preventiva y represiva para la tutela ambiental, y encontrar en las “empresas mixtas”, “áreas metropolitanas” y “consorcios públicos”, a través de la concertación interjurisdiccional, la alternativa de solución para aquellos problemas que exceden su propio ámbito.

2. *Reglas constitucionales para el deslinde de competencia.*

La situación en el derecho

El deslinde de las competencias viene dado por la Constitución nacional. Así, dentro de la hermenéutica constitucional, tenemos:

a) *Poderes reservados o no delegados.* Son aquellos que emanan de los artículos 1, 5, 104, 105 y 106 de la Constitución nacional —C.N.—. Las provincias son anteriores a la nación, concurriendo en cumplimiento de pactos preexistentes a su formación; pero sin perder por ello su autonomía, es decir, su calidad de partes indestructibles de la nación argentina. A su vez, dentro del marco de los poderes locales, “intraprovinciales”, se inscribe con jerarquía constitucional la competencia “municipal”, con jerarquía “autárquica” o “autonómica”, según el modelo de organización municipal.

b) *Poderes delegados.* Son aquellos que las provincias transfirieron al poder central en aras de la unidad nacional y cuyo ejercicio les está vedado. Comprenden la facultad de dictar la legislación de fondo en materia civil, comercial, penal, minera y del trabajo y la seguridad social (artículo 67, inciso 11, C.N.); lo correspondiente a la navegación y comercio interprovincial (artículos 26 y 67, inciso 12, C. N.). Las provincias, por mandato constitucional, no pueden ejercer el poder delegado (artículo 108, C.N.), ni hacerse c declarararse la guerra, debiendo someter a la Suprema Corte las cuestiones litigiosas entre ellas.

c) *Poderes concurrentes.* Son los emergentes del artículo 107 de la Constitución nacional que compatiblemente pueden ejercer nación y provincia, según el deslinde territorial de competencias (artículos 3 y 67, inciso 27, C.N.).

3. *El reparto de competencias en los hechos*

En la letra y en el espíritu de la Constitución, la nación argentina es un Estado federal. Sin embargo, en los hechos se ha producido la concentración del poder nacional, la desfederalización y la desmunicipalización. Leyes como la 15336 y 17319 son inconstitucionales en cuan-

to trasfieren a la nación dominio y jurisdicción de partes integrantes de los territorios provinciales, con prescindencia del consentimiento de las provincias. La "desconstitucionalización" ha hecho que tengamos un "suelo" federal y un "subsuelo" unitario. De todos modos, parece claro, de acuerdo a la hermenéutica constitucional, que corresponde a la nación lo atinente al ámbito internacional y los lugares de jurisdicción federal (artículo 67, inciso 27, C.N.), y también el comercio interprovincial e internacional (artículo 67, inciso 12, C.N.), y a las provincias lo relativo a su ámbito territorial, respetando las autonomías municipales.

Ahora bien, en la realidad, tanto provincias como municipios se han convertido sólo en modestas sucursales de un poder central arrollador, sobredimensionado e ineficiente. No han faltado, sin embargo, quienes desde el campo del derecho tratan de justificar tal estado de cosas, bajo un viso de constitucionalidad en una particular interpretación del artículo 67, inciso 16 de la Constitución nacional.⁹

⁹ Frenkel, Leopoldo, quien afirma: "...En nuestra opinión, las potestades normativas del gobierno federal derivan del art. 67 inc. 16 de la Constitución, que instituye lo que la doctrina ha denominado 'la policía de prosperidad'... Si el deterioro del entorno natural afecta la prosperidad del país y atenta contra el adelanto y bienestar de todas las provincias, o sea, lo que para la economía contemporánea es el 'desarrollo nacional' en tanto explotación óptima de todos los recursos económicos y humanos disponibles en su territorio." El inciso 16 del artículo 67 se convierte, a través de leyes protectoras de estos fines, en el fundamento jurídico que justifica, en nivel constitucional, la competencia federal en materia de medio ambiente. El gobierno central no necesita recurrir en modo alguno, como alega cierta doctrina, al remedio de la "ley-contrato"; podrá argumentarse también que el artículo 67, inciso 16, es una de las llamadas "facultades concurrentes", vale decir, perteneciente en común al Estado federal y a las provincias. Pero con la autorizada palabra de Joaquín V. González pensamos que "éstas no son concurrentes ni pueden dar lugar a un derecho de la Nación o de las provincias sobre la misma cosa, sino sólo en sentido económico. Esto es: que la Constitución ha querido que las leyes protectoras de los fines económicos, tanto del Congreso como de las legislaturas, concurren a la obra de la riqueza colectiva de toda la Nación... son pues, fuerzas combinadas en un mismo fin común, pero no derechos concurrentes *ratione materiae*, pero su ejercicio por parte de las provincias se halla supeditada al cumplimiento de la condición resolutoria de que depende su existencia. Una vez que se ha cumplido pasan al dominio exclusivo del gobierno federal y a ella deben subordinarse los poderes provinciales...". "Federalismo y medio ambiente (algunas consideraciones doctrinarias sobre las competencias de la nación y las provincias en materia de protección ambiental), en F.E.P.A. (Fundación para Estudio de los Problemas Argentinos), Buenos Aires, núm. 2, año 1, agosto de 1979.

4. *Administración ambiental*

La administración ambiental puede ser de diferentes niveles, a saber:¹⁰

a) *Mundial*: El programa de las "Naciones Unidas para el Ambiente Humano" (UNEPO, con sede en Nairobi, Kenia), es su expresión global y actual. Distintos organismos de las Naciones Unidas tienen responsabilidades ambientales, aunque sectoriales, por ejemplo, FAO, UNESCO, Banco Mundial, etcétera.

b) *Continental o regional*: En América tenemos la OEA, la CEPAL, el BID y organismos sectoriales tales como la Oficina Panamericana de la Salud.

c) *Bi o plurinacional*: Son aquellos organismos —internacionales— cuya responsabilidad principal atañe a recursos naturales compartidos o a obras en ellos; vgr., CIC (Comité Intergubernamental Coordinador de la Cuenca del Plata); Comisiones Mixtas Internacionales de Salto Grande (Argentina-Uruguay); Comisión Hidrológica Mixta Argentino-Chileno; Comisión de Estudios del Río Alto Uruguay; Comisión de Estudios del Río Bermejo (Argentina-Bolivia); etcétera.

d) *Nacional*: Los organismos actuantes bajo los poderes del gobierno nacional son de dos clases: 1) *Exclusivos*; en los aspectos concernientes al ambiente de las siguientes materias: relaciones internacionales, defensa, comercio interprovincial, regulación laboral y de seguridad social. Y el gobierno y la administración de la Capital Federal y del Territorio Nacional de la Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sud; 2) *Concurrentes*; con los gobiernos provinciales en los demás problemas ambientales que hagan al fomento del desarrollo de las provincias. Ahora bien, como "administraciones especiales" nacionales con incidencia ambiental, tenemos las sociedades del Estado: Obras Sanitarias de la Nación (OSN), Agua y Energía Eléctrica (A y EE) y Yacimientos Petrolíferos Fiscales (YPF), y organismos descentrados como la Comisión Nacional de Energía Atómica (CNEA); por otra parte, como entidades concurrentes, las Comisiones y Corporaciones Mixtas de Nación y Provincia para Administración de Cuenas.

e) *Provincial*: Son los organismos responsables de todos los demás poderes ambientales, no delegados a la nación. Competen a los gobier-

¹⁰ Cfr., y para ampliar en Cano, Guillermo J., "Introducción al derecho y administración ambientales argentinos", *Primeras jornadas argentinas de derecho y administración ambientales*, cit., supra nota 1.

nos de las 22 provincias que se dan sus propias instituciones y se rigen por ellas. Así pues, en el ámbito de la administración provincial, tenemos entidades descentralizadas con competencia específica en materia de irrigación, obras sanitarias, energía eléctrica, etcétera.

f) *Municipal*: Son los organismos que ejercen poderes ambientales delegados por las constituciones y leyes provinciales a sus respectivas municipalidades, las que organizan su actividad prestacional *per se*, por administración o por delegación a terceros concesionarios.

g) *Interjurisdiccionales*: Son los organismos o mecanismos institucionales creados por tratados o convenios entre dos o más provincias o entre éstas y la nación, para fines no políticos. Tales como el CFI, la Comisión Técnica Interprovincial del Río Colorado, la Comisión Mixta para la Contaminación Hídrica del Gran Buenos Aires, etcétera.

h) *Intermunicipal*: Son los organismos creados entre dos o más municipalidades de una misma provincia para fines ambientales.

Este panorama multifacético nos muestra el “*pluralismo organizacional*” en materia de administración ambiental, tanto por sus *niveles institucionales* (internacionales, regionales, nacionales, provinciales, municipales) como por su *forma prestacional* (por sí o por terceros concesionarios), así como por su *modelo organizacional* (entidad centralizada, descentralizada o desconcentrada) o su naturaleza jurídica (entidad autárquica, consorcio, sociedad del Estado, etcétera, todo lo cual hace más complejo el cuadro de los deslindes y delimitaciones de competencias.

III. DERECHO Y MEDIO AMBIENTE

1. Codificación del derecho ambiental

La codificación de las normas ambientales, sólo contribuirá a acelerar el proceso de hiperinflación legislativa.

Será un *cuerpo legislativo* sin posibilidades de aplicación, desde que el avance científico (tanto en términos de producción como en descubrir la relación entre los distintos recursos) es constante e insusceptible de ser plasmado en normas más o menos elásticas. Las instituciones ambientales necesitan de un decantamiento que sólo se logra por la experiencia de su aplicación y por los trabajos de la doctrina que hasta el momento son incipientes. Lo esencial es una toma de conciencia a nivel general de la importancia de la preservación del medio ambiente.

El tema de la codificación se relaciona con otro, el de la *autonomía*

de una rama del derecho. El derecho es uno solo, y su división en ramas responde a la limitación de las fuerzas humanas para su conocimiento y aplicación; pero en manera alguna se puede creer que, porque no exista un Código que aprehenda a una rama autónoma del derecho no exista derecho.¹¹

El derecho es uno, y ante este desafío de la cuestión ambiental debe responder la ciencia del derecho a través de sus "instituciones" que también son únicas, sin perjuicio de las particularidades que debe tomar en relación con la especificidad del objeto a regular.¹²

En la República argentina se ha intentado la codificación de las normas ambientales con distinta suerte; así, en 1959, la Provincia de *Jujuy* elaboró un Código de normas sobre los recursos naturales que jamás entró en vigencia; en 1981 se promulgó la Ley 3607 para la Provincia de *Corrientes*. Ambos proyectos son de autoría del profesor Guillermo J. Cano.

En nuestro país existe además un impedimento *de iure*, para que el Congreso regule la materia. Y la solución de una *ley-convenio* a la cual las provincias puedan adherirse, es disvaliosa porque, como dijimos, la realidad nacional con una gran extensión y diversidad, se resiste a ese *encuadre jurídico unitario*. El jurista debe estar a la altura de esa realidad si no quiere que ella prescinda de él.¹³

En suma, el panorama legislativo nacional nos presenta "*leyes sueltas*" a nivel nacional y provincial, o "*leyes nacionales de adherencia*" a las cuales simplemente adhieren las provincias. En el primer caso, muchos legisladores han recurrido al expediente fácil de la "copia" sin tener en cuenta su propia realidad; no menos buena resulta la solución de la "adhesión" por las razones expuestas, produciéndose así un

¹¹ Cfr., Dromi, José Roberto, "A dónde va el derecho público", en *Jurisprudencia Argentina*, 1981-II-796; *idem*, *Derecho administrativo económico*, Buenos Aires, t. I, Ed. Astrea, 1977, "Prefacio", pp. VI y ss. En contra: Cano, Guillermo J., "Ambiente y recursos naturales", en *Rev. de Derecho, Política y Administración*, núm. 1, vol. I, enero-marzo de 1984, pp. 9 y 10, y "La codificación del régimen legal de los recursos naturales", en *Recursos naturales y energía, derecho, política y administración*, Buenos Aires, Ed. Feyde, 1979, pp. 75 y ss., quien se manifiesta decididamente partidario de la codificación.

¹² Cfr., Santi Romano, *El ordenamiento jurídico*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1963, pp. 87 y ss.; Cossío, Carlos, *El derecho en el derecho judicial*, Buenos Aires, Ed. Kraft, 1945, pp. 84 y ss.; López, Joaquín, "El derecho de aguas, el derecho de los recursos naturales y el derecho ambiental, en *Primeras jornadas argentinas de derecho y administración ambientales*, *cit.*", pp. 101 y ss.; Dromi, Roberto, *La licitación pública*, 2a. ed., Buenos Aires, Astrea, 1977, pp. 4 y ss.

¹³ Cfr., Pigretti, Eduardo A., *Política legal de los recursos naturales*, Buenos Aires, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1975, pp. 15 y 16.

letargo legislativo por parte de las provincias y una renuncia implícita al régimen federal de gobierno.

2. *Técnicas e instituciones jurídicas ambientales y reparto de competencias*

Lo que realmente interesa discernir es la real operatividad de las "*instituciones jurídicas*" de la ciencia del derecho, a veces con acento "*iuspublicista*" y a veces con acento "*iusprivatista*", pero actuando sobre una específica y concreta materia de la realidad existencial: *el medio ambiente*. La particularidad del objeto exige especificidad de las regulaciones jurídicas, a saber:

A. Organización administrativa ambiental

A nivel nacional, provincial y municipal, a través de *formas públicas* (empresas autárquicas), *privadas* (sociales del Estado) y *sistemas mixtos* (consorcios), se ha pretendido organizar la cuestión ambiental. Este panorama anárquico se complica más por la superposición de competencias y funciones entre los tres niveles políticos de organización institucional.

Existen "*administraciones especiales*" tanto a nivel nacional como provincial. En el ámbito nacional algunas poseen el carácter de "estados dentro del propio estado"; así, la CNEA, AYE, YPF, las cuales se manejan con un criterio totalmente centralizado y la toma de decisiones se realiza a muchos kilómetros de los lugares donde se producen los problemas y usufructúan las riquezas de las provincias.

Existen también "*administraciones especiales interjurisdiccionales*" como el CEAMSE (Cinturón Ecológico del Área Metropolitana, Sociedad del Estado), que es una entidad con forma aparente de sociedad anónima, de capital exclusivamente estatal (Ley 20705) integrada por la Provincia de Buenos Aires y la municipalidad de la ciudad de Buenos Aires, que tiene por objeto, entre otros, el saneamiento de la cuenca de los ríos del área metropolitana, la recuperación de tierras anegadizas, parquización de un cinturón verde alrededor de la ciudad de Buenos Aires.¹⁴ De igual manera pueden crearse "*consorcios públi-*

¹⁴ Cfr., Gordillo, Agustín, *La administración local argentina en derecho municipal iberoamericano*, Madrid, IEAL, 1985 p. 74; Dromi, José Roberto, "Naturaleza jurídica de los consorcios", en *Rev. de Derecho Público*, Santiago de Chile, núm. 28, publicación del Departamento de Derecho Público, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, julio-diciembre de 1980.

cos *intermunicipales*" de saneamiento ambiental, destino final de los residuos, etcétera, entre dos o más municipios.

A nivel intermunicipal, creemos que para la solución del problema ambiental es esencial que la organización y planificación se adopten a través de *áreas metropolitanas*", desde que existen concentraciones urbanas que exceden los límites de un solo municipio, y es frecuente la contraposición de política y práctica entre distintas municipalidades.

También tenemos el reparto de competencias a través de las "*leyes convenios*"; así, la Ley 20284/75 de preservación de la atmósfera.

La organización administrativa ambiental se nos presenta anárquica e insuficiente, pues todavía no recepta los principios aportados por la ecología referentes a la interdependencia de los recursos naturales, un ejemplo revelador de tal situación lo configura la organización del *recurso agua* en la Provincia de Mendoza: el Departamento General de Irrigación y los Consorcios de Usuarios administran lo relativo al uso para riego; Obras Sanitarias Mendoza administra el uso del recurso para consumo; EMSE (Energía Mendoza Sociedad del Estado) administra el uso del recurso para la producción de energía eléctrica, lo cual se superpone con Agua y Energía de la nación. A su vez, estos organismos poseen diferente naturaleza jurídica: ente autárquico de raigambre constitucional Dirección General Impositiva —DGI—; ente público no estatal (Consorcios de Usuarios) y sociedad del Estado (Obras Sanitarias Mendoza, EMSE y Agua y Energía). Tal organización obsoleta trasunta un desgaste y superposición de funciones administrativas y además es desfavorable para el uso integral y la conservación del recurso; por lo que, de conformidad a los adelantos científicos y a un criterio de administración eficaz, se hace necesario una administración que aprehenda todos los usos del recurso.¹⁵

B. Planificación ambiental

La planificación ambiental, capítulo de la planificación pública y económica, es la técnica instrumental y operativa que indica el proceso idóneo que se debe seguir respecto de acciones futuras, orientadas a la concreción de objetivos por medios óptimos, con mayor éxito que en otros. El Estado debe planificar, es decir, elegir conscientemente las prioridades económicas. La planificación es necesaria para obtener una mayor producción y más equitativa distribución de la riqueza. La pla-

¹⁵ Cfr., Dromi, J. Roberto, "Administración local del agua", en 1984-II-780.

nificación es, pues, la más reciente manifestación de la pretensión humana de ordenar racionalmente la convivencia.¹⁶

Por lo expuesto y teniendo en consideración el carácter no renovable de la mayoría de los elementos que integran el ambiente, o la imposibilidad de su renovación por el mal uso y distribución de los renovables, resulta insoslayable la planificación.

En nuestro régimen federativo, la *planificación* política corresponde a la nación y su *ejecución* a las provincias. Los programas y proyectos son de competencia de la nación o de las provincias, según el caso. Y también pueden ser concertados, vgr., los Comités de Cuencas, los entes interjurisdiccionales y las áreas metropolitanas.

C. Fomento para la preservación ambiental¹⁷

La actividad de fomento comprende todas aquellas actividades que, sin emplear coacción, tienden a obtener de los particulares una conducta determinada. Se materializa en tratamientos fiscales favorecidos para aquellos que adopten medidas de preservación del medio ambiente, en su industria o comercio, y también a aquellos que con su actividad preserven (vgr., bosques protectores) o reconstituyan las condiciones del medio ambiente (vgr., leyes de protección de suelos).

Son facultades concurrentes del gobierno central y los gobiernos locales, la implación de *planes y medidas de fomento* para la preservación ambiental. Sin embargo, es de competencia nacional exclusiva las *franquicias aduaneras*, los *créditos especiales*, la promoción industrial nacional. Y serán de competencia provincial o nacional, las *franquicias impositivas*, *desgravación por plantaciones de bosques*, *mejoramiento de suelos*, etcétera.

¹⁶ Cfr., Dromi, J. Roberto, *Administración territorial y economía*, Madrid, IEAL, 1983, pp. 213 y ss.

¹⁷ Cfr., Estrada, Juan Ramón de, "Control ambiental: Deslinde de poderes nacionales, provinciales y municipales", en las *Primeras jornadas argentinas de derecho y administración ambientales*, cit.; Martín Mateo, Ramón, *Derecho ambiental*, Madrid, IEAL, 1977, pp. 103 y ss.; Álvarez Rendueles, José Ramón, *La hacienda pública y el medio ambiente*, Madrid, Escuela de Administración Pública, 1974, pp. 37 y ss.; Fernández Rodríguez, Tomás Ramón, *El medio ambiente urbano y las vecindades industriales*, Madrid, IEAL, 1973, pp. 201 y ss.; Dromi, Roberto, *Derecho administrativo económico*, Buenos Aires, t. II, Ed. Astrea, 1979, pp. 128 y ss.; Pigretti, Eduardo A., "Una nueva posibilidad: el derecho fiscal ambiental", en *Derecho Ambiental*, Buenos Aires, Euduca, 1985, pp. 98 y ss.

D. Poder de policía ambiental

El poder de policía es parte de la función legislativa que tiene por objeto la promoción del bienestar general, regulando a ese fin los derechos individuales reconocidos expresa o implícitamente por la ley fundamental, extendiéndose hasta donde la promoción del bienestar general lo haga conveniente o necesario dentro de los límites constitucionales.¹⁸

El poder de policía en materia ambiental es nacional, provincial o municipal, en razón de la *materia* y del *territorio*. Así, los *delitos* son de competencia nacional y las *contravenciones* de competencia provincial o municipal.

Las sanciones de policía administrativa (de competencia local) son, entre otras, multas, arrestos, decomisos, inhabilitaciones, caducidad de permisos, etcétera.

Por medio de leyes convenios se llega a la aplicación local de una política nacional; así, la Ley 20284/73 de protección de la atmósfera o preservación de los recursos del aire. En similar sentido, la Ley 22421 de conservación de la fauna contiene normas administrativas de dudosa constitucionalidad, ya que son de aplicación tanto a las provincias adheridas como a las no adheridas.¹⁹

El poder de policía es de carácter eminentemente local o municipal sin perjuicio de la competencia nacional en los lugares sometidos a su jurisdicción. Comprende las materias referentes a salubridad, industria, comercio, vial o tránsito, edificación, urbanística, de abastecimiento, vitivinícola.

E. Policía registral y catastral de los recursos naturales

Ambas son de competencia nacional o provincial, según sea el lugar de ubicación de los recursos naturales.

La policía registral comprende los registros de perforaciones de aguas, minas, concesiones industriales, perforaciones, etcétera. Y la catastral se extiende a los recursos naturales y al medio ambiente.²⁰

¹⁸ Cfr., Dromi, José Roberto, *Derecho administrativo económico*, t. II, op. cit., pp. 289 y ss.

¹⁹ Cfr., Ley 22421, en especial artículos 24 a 29.

²⁰ Cfr., Dromi, José Roberto, "El federalismo y la policía catastral registral", *Jurisprudencia Argentina*, 1984-I-822.

F. Policía ambiental

La policía es parte de la función administrativa que tiene por objeto la ejecución de las leyes de policía. La policía se manifiesta a través de normas particulares (actos administrativos) que constituyen la individualización o concreción de la norma jurídica general o abstracta, la continuación del proceso de producción jurídica.

Además, la policía a diferencia del poder de policía, tiene por objeto el mantenimiento de la seguridad, moralidad y salubridad, o sea, un objeto más limitado.²¹

De conformidad a la hermenéutica constitucional, como regla es de competencia local (artículo 104, C.N.); pero, en la práctica, las provincias no legislan o sólo adhieren.

G. Potestad punitiva ambiental

La competencia para establecer *delitos* es nacional (artículo 67, inciso 11, C.N.); sin embargo, en el Código Penal no existe el *medio ambiente como bien jurídico protegido autónomo*. Su protección viene dada por la punición de conductas “*suestras y paralelas*” (a la *propiedad*, a la *salud* y a la *seguridad* pública, entre otras). En este sentido, el Código Penal tipifica como delitos la extracción, daño o detención ilícita de aguas de ríos, arroyos, fuentes y canales (artículo 182, como delito contra la propiedad), la destrucción, inutilización o desaparición de cosas o animales que produjeron infección o contagio (artículos 183 y 184, como delito de daños), los incendios y otros estragos de cereales, bosques, viñas, olivares, cañaverales, algodones y yerbatales, campos, alfalfares y otros cultivos de forrajes, archivos históricos, bibliotecas, museos, arsenales, etcétera (artículo 186, como delitos contra la seguridad pública). Igualmente, califica como delitos contra la seguridad común, la utilización en la elaboración de productos de materias explosivas, inflamables, asfixiantes, tóxicas o de liberación de energía nuclear (artículo 189 *bis*). Por otra parte, para el envenenamiento o adulteración de aguas potables, alimentos o medicinas (artículos 200 al 207, como delitos contra la salud pública).

Además, dentro del marco punitivo ambiental debemos incluir las *infracciones a la prosperidad pública*, que no tienen entidad cuantitativa ni cualitativa de delito; pero que conforman “*faltas, contravencio-*

²¹ Dromi, José Roberto, *Administración territorial y económica, op. cit.*, pp. 307 y ss.

nes o infracciones administrativas" cuya competencia reglamentaria corresponde a las provincias, por ser derecho local no delegado.

En el estado actual de la legislación argentina, la solución debe aportarse por el derecho penal económico, el derecho penal administrativo y el derecho contravencional, teniendo en cuenta que los depredadores del ambiente en su número y entidad lo constituyen las personas jurídicas, y el Código Penal de 1921 sigue apegado al principio *societas delinquere non potest*.

H. Uso de los bienes del dominio público

Los bienes del dominio público son aquellos enumerados no taxativamente en el artículo 2340 del Código Civil y normas concordantes, y cuyo dominio pertenece a la nación o provincias, según el lugar en que se encuentren, a excepción de los recursos mineros, nucleares, energéticos e hidrocarburos que inconstitucionalmente ha titularizado la Nación como consecuencia del proceso de "desprovincialización" creciente que aqueja al país.

El instrumento idóneo para el uso será la concesión o el permiso según la actividad de que se trate, vgr., concesión minera, permiso de caza y pesca, etcétera, y la competencia en materia de uso es primordialmente *local*.

I. Limitaciones al dominio privado en interés público

De conformidad con el artículo 2611 del Código Civil, las restricciones a la propiedad impuestas en el solo interés público, son regidas por el derecho administrativo.

La competencia será nacional o provincial, según la ubicación de los bienes. Comprende a la expropiación, las servidumbres y las restricciones administrativas.²²

Las limitaciones de competencia municipal en lo atinente al tema ambiental son, entre otras, las disposiciones que reglamentan la alineación, altura y demás condiciones de la edificación, la zonificación, espacios verdes, ruidos molestos, residuos, etcétera.

J. Dominio y jurisdicción de los recursos naturales

El dominio y jurisdicción de los recursos naturales corresponderá

²² Cfr., Dromi, José Roberto, *Derecho administrativo económico*, t. II. op. cit., pp. 330 y ss.

a la nación o a las provincias, según el territorio donde se encuentre. Corrobora tal afirmación, el hecho que la Constitución garante la *integridad territorial* de las provincias (artículos 3 y 13, C.N.), prohibiéndose cercenarlas sin su consentimiento. El territorio se compone del suelo, el subsuelo, el espacio aéreo, el mar territorial y los recursos naturales adheridos o vivientes en aquéllos.²³

En suma, las provincias son *partes indestructibles* de la nación y poseen derecho a conservar su integridad territorial. Por ello, los recursos naturales ubicados en el territorio provincial son de su dominio; en cambio, los ubicados en la Capital Federal y el Territorio Nacional de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sud, son del dominio federal.

Las provincias no han delegado al gobierno nacional el dominio y jurisdicción de los recursos naturales; por lo tanto, según el artículo 104 de la Constitución, titularizan su ejercicio.

Sentado el principio del dominio provincial de los recursos naturales, resulta constitucional la *actividad legisferante local*, referente a aguas, bosques, caza, pesca, suelos, etcétera.

La jurisdicción sobre los elementos del medio ambiente es como regla local, a excepción de la enunciación del artículo 67, inciso 12, relativa a comercio y navegación interprovincial o internacional.

Es inherente a la propiedad de los recursos naturales, el poder de disposición y decisión sobre los mismos, y comprende la enajenación, arriendo, imposición, cobrar regalías, etcétera.

Como explicamos, este dominio y consecuente poder de disposición y decisión sobre los recursos naturales, ha sido menoscabado por la nación en el caso de los recursos energéticos (petróleo, energía eléctrica, etcétera).

En la Constitución de las *nuevas provincias* —*Chubut, artículo 91; Neuquén, artículo 227*—, se consagra expresamente al dominio, poder de disposición y decisión sobre los yacimientos y fuentes energéticas. En este orden, la *Ley 1611 de la Provincia del Neuquén* de 1985, tiende a transformar en realidad las disposiciones de las constituciones nacional y local.²⁴

El *dominio de la atmósfera* es federal o provincial de conformidad a las pautas constitucionales, y la jurisdicción está sujeta a los mis-

²³ Cfr., Cano, Guillermo J., "Los recursos naturales en nuestro régimen federal", en *ED.*, 106-839; Dromi, José Roberto, *Federalismo y municipio*, 2a. ed., Mendoza, Ed. Ciudad Argentina, 1983, pp. 71 y ss.

²⁴ Cfr., Exposición de Motivos de la Ley 1611 del Neuquén.

mos lineamientos, a excepción de la utilización de la atmósfera para el comercio o comunicaciones interprovinciales o internacionales, que será de jurisdicción federal exclusiva (artículo 67, inciso 12, C.N.).

El *dominio de la flora y fauna* es local o provincial, y, como consecuencia, también la jurisdicción, lo cual ha sido receptado por el Código Civil (C.C.) en sus artículos 2542 y 2549, y en la Ley 22432 de conservación de la fauna, que establece un procedimiento de adhesión de las provincias.

El *dominio de los bosques y parques* es nacional o provincial, según las pautas constitucionales, y la jurisdicción también. Así, la ley 13273 y sus modificatorias han establecido una legislación única, invitando a las provincias a su adhesión.

K. Legitimación procesal para la tutela ambiental

La protección ambiental ha brindado tema de debate a los constitucionalistas y procesalistas sobre la factibilidad de que un ciudadano ante la degradación del ambiente pueda ejercer una acción en justicia. La base de tal debate se encuentra en que la degradación del ambiente trasciende el mero interés individual, afectando a un número indeterminado de personas, e incluso supera las barreras geográficas y políticas, llegando en algunos casos a poner en peligro la existencia de vida en el planeta. Así, por ejemplo, la extinción de una especie vegetal o animal trasunta una pérdida para las generaciones actuales y futuras, la contaminación de los mares por los desechos nucleares o de petróleo amenaza gravemente el equilibrio ecológico del planeta, otro tanto sucede con la contaminación de la atmósfera.

Ante tal situación, los hombres de derecho han tratado de encontrar las soluciones, si bien por distintos caminos. Para algunos, la solución viene dada por una reforma constitucional, receptando la *acción popular*; para otros, una legislación especial atribuyendo a *entidades intermedias la legitimación en forma conjunta con el Ministerio Público*; otros, restringen la facultad a este último y no han faltado quienes han pretendido trasladar a nuestro esquema institucional la figura del *ombudsman* de feliz aplicación en la legislación comparada.

Para nosotros, constituye un acierto visualizar la existencia del problema, no así los distintos medios de solución propuestos. Estos últimos parten de un error común, el cual es *no reconocer al ser humano en su calidad de tal, un derecho al medio ambiente*. La concepción

de los *intereses difusos*,²⁵ lejos de aportar *luz* al problema, lo *oscurece* y trasunta una reminiscencia de la concepción decimonónica que consagraba la tripartición entre derecho subjetivo, interés legítimo e interés simple. El "*interés colectivo*" es también un derecho subjetivo y éste es sinónimo de la libertad pública, y sus caracteres son unitario, sustantivo, normativo primario (libertad pública), potestativo, limitativo e irrenunciable.²⁶ Las leyes de procedimiento administrativo de Neuquén 1284/81 y de Chubut 2234/83, han receptado la buena doctrina, y en su artículo 114 establecen: "Entiéndese por derecho subjetivo la facultad de exigir para *resguardo propio o de la legalidad misma*, prestaciones o abstenciones administrativas debidas a los administrados en situación de *exclusividad, concurrencia o generalidad*..."

La necesidad de una reforma constitucional constituye un ritualismo innecesario, porque, como lo ha destacado un sector jurisprudencial al cual adherimos,

... Están habilitados para iniciar una acción de amparo, aquellos que lo hacen a título personal o en representación de sus familias, cuando la finalidad que persiguen es el mantenimiento del equilibrio ecológico, garantía ésta que se encuentra implícita en el art.

²⁵ Cfr., Morello, Augusto M., "La defensa de los intereses difusos y el derecho procesal", en *Jurisprudencia Argentina*, 1978-II-321; Peyrano, Guillermo F., "Daño ecológico, protección del medio ambiente e intereses difusos", en *Jurisprudencia Argentina*, 1983-III-833; Vázquez Rossi, Jorge, "Apuntes para el encuadre de la problemática jurídica de los intereses difusos", *Cuadernos de Derecho Procesal*, Santa Fe, núm. 1, Ed. Rubinzal-Culzoni, 1983, pp. 131 y ss.; Morello, Augusto Mario y Gabriel A. Stiglitz, "Hacia un ordenamiento de tutela jurisdiccional de los intereses difusos", en *Jurisprudencia Argentina*, diario del 16 de octubre de 1985.

²⁶ Cfr., Dromi, Roberto, *Derecho subjetivo y responsabilidad pública*, Bogotá, Colombia, Ed. Temis, 1980, p. 37; Quiroga Lavie, Humberto, *Los derechos públicos subjetivos y la participación social*, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1985, p. 103; en sentido contrario: Marienhoff, Miguel S., "Delfines o toninas y acción popular", en *ED.*, 105-244, y "Nuevamente acerca de la acción popular. Prerrogativas jurídicas. El interés difuso", en *ED.*, 106-922, para quien: "En nuestro ordenamiento jurídico las prerrogativas individuales se clasifican en 'derecho subjetivo', 'interés legítimo' e 'interés simple'. Así resulta de la legislación nacional sobre procedimiento administrativo (artículo 1, inciso f, párrafo 1º, decreto-ley 19549) y de todas las modernas leyes sobre procedimiento administrativo, como así de los códigos procesales contencioso administrativos de nuestras provincias..." Y refiriéndose a quienes accionan en protección del ambiente concluye: "...no sólo carecían de un derecho subjetivo, sino que ni siquiera tenían un interés legítimo que sirviera de base a su pedido, agregué que su posición únicamente trasuntaba un interés simple, prerrogativa que, si bien es suficiente para peticionar a las autoridades administrativas, no lo es para impugnar judicialmente un acto administrativo, salvo el supuesto de agravio a una garantía constitucional, circunstancia esta última que no concurría en el caso contemplado..."

33 de la Constitución Nacional. . . *Todo ser humano posee un derecho subjetivo a ejercer las acciones tendientes a la protección del equilibrio ecológico. . . En efecto, la destrucción, modificación o alteración de un ecosistema interesa a cada individuo y 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 defensa* ²⁷. . . es necesario poner en claro. . . *no acciona como administrado sino como titular de derechos humanos que son inherentes a su condición de tal y que no han sido delegados a quienes los deban representar en las funciones de gobierno; de modo tal que no puede argumentarse en contra lo que dispone el art. 22 de la Constitución Nacional. . . La ley procesal, cuando exige la justificación de un derecho subjetivo lesionado para promover la respectiva acción, no ha hecho distinción entre derechos subjetivos privados y públicos, de forma tal que deba excluir de la legitimación a estos últimos. . .*²⁸

La legitimación del Ministerio Público, en concurrencia con entidades intermedias o en forma excluyente, importa un desmembramiento del *derecho* —de raigambre constitucional— *de todo hombre a la preservación del ambiente*, y desde el punto de vista pragmático sólo producirá un aumento nominal de las funciones del Ministerio Público con evidente perjuicio para los intereses en juego.

La traslación del *ombudsman* o “*defensor del pueblo*” a nuestro esquema institucional, consideramos que no es viable por no adaptarse a la indiosincrasia nacional, cercenar los derechos subjetivos individuales de los miembros de la comunidad, sobreponerse con cometidos de “*control*” que ostentan otros organismos constitucionalizados y, en la

²⁷ Primera instancia cont. adm. fed. (Juzgado Nº 2), firme, mayo 10-1983, “Kattan, Alberto E, y otro c/Poder Ejecutivo Nacional”, en *Ed.*, 105-245, con nota crítica de Marienhoff, *Delfines o toninas y acción popular*, *op. cit.*, para quien: “. . . Fallos o sentencias como el mencionado, sin perjuicio de la alabable intención que pueda informarlos y aparte del error de derecho inicial, son lamentables porque son disolventes: alteran el orden jurídico, interfiriendo indebidamente en la actividad normal de la Administración Pública. . .”

²⁸ “A.E. Kattan c/Estado Nacional (Secretaría de Agricultura y Ganadería) s/venta del agroquímico 2.4.5.T”, en *Ambiente y recursos naturales*, *Rev. de Derecho, política y administración*, núm. 1, vol. I, enero-marzo 1984, p. 57; Reconociendo también el concepto moderno de derecho subjetivo, el fallo de 1ª instancia, Juzgado Civ., Com. y Minas Mendoza, “Gianella Horacio v. Prov. de Mendoza”, “. . . Su legitimación surge de su calidad de abogado, ciudadano, contribuyente, político y ser humano. . .”, y la nota aprobatoria de Miri de Heras, Susana. “Amparo contra proyectos de leyes”, en *JA.*, 1984-II-57.

práctica, sólo contribuir a aumentar el ya sobredimensionado aparato administrativo.²⁹

Resulta de interés establecer algunas precisiones sobre la *legitimación de las entidades políticas, provincia y municipio*, para accionar preventiva o reparativamente contra otro municipio o provincia por degradación, contaminación o polución ambiental. Revistiendo dichas entidades el carácter de *titular del derecho de preservar su integridad territorial* y poseyendo la obligación de promover al bienestar general, es indubitable su derecho de accionar judicialmente, siendo tribunal competente la Corte Suprema de Justicia de la Nación o las supremas cortes o altos tribunales de provincia, según sea la entidad accionante.

L. Responsabilidad civil y contaminación ambiental

Para la reparación de los perjuicios producidos por la degradación del medio ambiente, rigen los principios generales de la responsabilidad civil. La *legitimación activa* corresponde a cada miembro de la comunidad.

En relación a la *legitimación pasiva*, la acción puede dirigirse contra los sujetos que degradan el ambiente y contra el Estado que hubiera autorizado o consentido la actividad degradante. Sin perjuicio de los supuestos de *responsabilidad por culpa o dolo* del sujeto degradador, los daños producidos al medio ambiente encuadran en el régimen de la *responsabilidad objetiva por riesgo o vicio de la cosa* (art. 1113 segunda parte, C.C.).³⁰ Según el caso, podrá solicitarse la prevención del daño, su cesación o reparación.

La reforma de la Ley 17711 al artículo 2618, resulta insuficiente para aprehender la problemática ambiental, desde que su aplicación está limitada a las relaciones de vecindad.³¹

En lo referente a nuestro tema de estudio, la competencia para legislar sustantivamente en materia de responsabilidad civil es *competencia*

²⁹ Acerca de los caracteres y funcionamiento de la figura del *ombudsman*, cfr., Fairen Guillén, Víctor, *El defensor del pueblo Ombudsman*, Madrid, t. I, Parte General, Centro de Estudios Constitucionales, 1982; Rowat, Donald C., *El ombudsman*, México, Fondo de Cultura Económica, 1973; Stacey, Frank, *The British Ombudsman*, Oxford, Clarendon press, 1971; Suti di dirit o pubblico comparato a cura di Mortati, Costantino, *L'ombudsman (IL difensore civico)*, Torino, UTET, 1974.

³⁰ Cfr., *Ponencias y conclusiones de las IX Jornadas Nacionales de Derecho Civil*, Mar de la Plata, 10 al 13 de noviembre de 1983, tema II.

³¹ Cfr., *Stiglitz, Gabriel A.*, "Responsabilidad civil por contaminación del medio ambiente, en *La Ley*, 1983-A-782.

1912

JOSÉ ROBERTO DROMI

de la nación, sin perjuicio de la facultad de las provincias de establecer las normas de procedimiento (artículo 67, inciso 11, C.N.).

M. Limitaciones a la propiedad en interés privado

Las limitaciones de la propiedad en interés privado son regladas por el Código Civil,³² y, por tanto, de competencia federal. El Código Civil enumera, entre otras las siguientes: prohibición de hacer excavaciones o fosos que puedan producir desmoronamientos (artículo 2615); responsabilidad por exceder la "normal tolerancia" con ruidos, humo, calor, olores, luminosidad, vibraciones (artículo 2618); prohibición de "construir" (pozos, cloacas, chimeneas, fraguas, hornos, acueductos) cerca de una pared divisoria o medianera (artículos 2621, 2622 y 2623); prohibición de hacer "plantaciones" cerca de la pared medianera o divisoria (artículo 2628); obligación de que las aguas pluviales caigan sobre su propio suelo (artículo 2630).

Otras limitaciones a la propiedad en interés privado son reguladas por las ordenanzas de urbanismo y leyes de zonificación (altura de edificios, lugares, luces y vistas, etcétera) y, por ende, son de competencia local.

IV. CONCLUSIONES

En suma, en el "gobierno" y la "administración" del medio ambiente en Argentina, coparticipan nación, provincia y municipio. Las *políticas gubernativas* por principio, deben ser de la competencia nacional y provincial, según la materia y jurisdicción; en tanto que las *técnicas administrativas* prestacionales deben ser atribuciones, también por principio, de los gobiernos comunales.

En ese orden de ideas, es recomendable descentralizar la "administración ambiental", *volver al municipio*, la escuela primaria de la democracia, para que, como administrador de los intereses y servicios locales, reasuma cometidos prioritarios y elementales de primera necesidad en materia de higiene y salubridad pública, y también volver a *la provincia*, que, como titular primario de los recursos naturales, debe participar activamente en la salvaguardia del "*hábitat social*" del individuo y en la tutela de su "*integridad territorial*".

La contaminación ambiental va de la mano de la "desmunicipaliza-

³² Cfr., Salvat, Raymundo, *Tratado de derecho civil argentino. Derechos reales*, Buenos Aires., t. I, TEA, 1962, actualizado por Manuel J. Argañarás, pp. 349 y ss.

ción” y “desprovincialización”. Municipio y provincia deben dejar de ser diferentes administrativa y legislativamente ante el cumplimiento de un cometido específico de los intereses públicos locales confiados a la custodia de las autonomías.

El “derecho ambiental” debe ser construido sobre la base de “cesión de técnicas” de la ciencia jurídica, aplicadas particularmente al “objeto propio” de esta materia científica. El derecho ambiental es una disciplina *in fieri* y para tutelar nada más ni nada menos que el “ambiente”, “mi circunstancia”, “mi propio yo”; él apunta a lograr el *Estado de bienestar social*, que no es el *bienestar social del Estado*, precisamente.³³

³³ Hernández, José, *Martin Fierro*: “Yo hago en el trébol mi cama/y me cubren las estrellas” (parág. 100).