

POR UNA VUELTA AL FEDERALISMO AMBIENTAL

María Florencia Saulino

ÍNDICE

I.	Introducción	2
II.	Federalismo Ambiental: Subsidiariedad y Correspondencia Territorial	3
A.	El principio de subsidiariedad	4
B.	El principio de correspondencia territorial.....	7
C.	Casos en los que la centralización debe preferirse	9
(i)	Problemas ambientales interjurisdiccionales.....	9
(ii)	Circulación de productos en el territorio.....	12
(iii)	Especies y ecosistemas únicos o de especial valor de conservación	11
(iv)	Economías de escala	13
III.	La distribución de competencias en la Constitución Histórica	13
A.	La cláusula comercial de la Constitución	14
B.	La cláusula comercial “durmiente”	15
D.	Fondos federales y políticas de estímulo.	17
E.	Facultades impositivas	17
F.	Facultad de celebrar tratados.....	18
G.	Creación de establecimientos de utilidad nacional.....	20
H.	Regulación de los territorios sometidos a jurisdicción federal y leyes de adhesión....	20
I.	Tratados y acuerdos interjurisdiccionales (coordinación)	21
J.	Subsidiariedad y correspondencia territorial en la Constitución de 1853/60.....	21
IV.	La reforma de 1994 y la nueva distribución de competencias	22
A.	Cambios introducidos por la reforma de 1994	22
(i)	Las leyes de presupuestos mínimos no son leyes federales	24
(ii)	Las leyes de presupuestos mínimos no están limitadas en cuanto a las materias que pueden abarcar.	26
B.	¿Existe una justificación teórica para la nueva distribución de competencias?	26
(i)	La carrera hacia el fondo.....	27
(ii)	El reconocimiento del derecho al ambiente sano.....	28
(iii)	Argumentos basados en la teoría de la elección pública Error! Bookmark not defined.	
V.	Conclusión: Por una Vuelta al Federalismo Ambiental	30

I. INTRODUCCIÓN

En la Constitución Nacional de 1853/60, las provincias no delegaron expresamente la competencia de legislar en materia ambiental. Al momento de sancionarse la Constitución, los temas que hoy conforman el derecho ambiental eran considerados asuntos eminentemente locales y, por ende, reservados a las provincias y municipios como parte de su poder de policía de seguridad y salubridad. Algunas cuestiones relativas a la vecindad fueron abordadas, sin embargo, por el Código Civil y la competencia del Congreso para establecer la legislación de la Capital Federal y los territorios sometidos a jurisdicción nacional llevó al Congreso a regular la contaminación del Río de la Plata¹ y los bosques ubicados en tierras fiscales²; pero, por fuera de estas cuestiones, no hubo mayor intervención del Congreso en cuestiones ambientales durante las primeras décadas desde la sanción de la Constitución Nacional.³

Sin embargo, a medida que empezó a reconocerse la trascendencia y magnitud del impacto de las actividades humanas en la naturaleza, una interpretación amplia de las cláusulas del Art. 75 permitió al Congreso Nacional dictar legislación para dar respuesta a algunos problemas ambientales que no podían ser resueltos por las unidades que componen la federación.⁴ El Congreso Nacional también favoreció el establecimiento de estándares provinciales, al invitar a las provincias a adherirse a las leyes ambientales que sancionaba para los territorios nacionales; y propició la creación de organismos regionales para la gestión de ecosistemas compartidos. Asimismo, el dictado de la ley de parques nacionales permitió al gobierno federal intervenir para proteger especies y ecosistemas especialmente valiosos a través de la creación de parques y reservas naturales. Es decir que, durante la vigencia de la Constitución de 1853/60, la descentralización de las competencias ambientales fue la regla, pero con intervenciones del Congreso Nacional para regular los territorios sometidos a jurisdicción nacional, hacer frente a problemas interjurisdiccionales o proteger ecosistemas especialmente valiosos.

Este esquema de distribución de competencias se vio sustancialmente alterado por la reforma de 1994. El nuevo Artículo 41 reconoció expresamente el derecho a un ambiente sano, equilibrado y apto para el desarrollo humano y sustentable; y le otorgó a la Nación la competencia para dictar norma de presupuestos mínimos de protección ambiental y a las provincias las necesarias para complementarlas. Esta nueva distribución de competencias permitió al Congreso Nacional legislar sobre cualquier cuestión ambiental, aún aquellas eminentemente locales como la recolección de residuos domiciliarios o el ordenamiento ambiental del territorio provincial. Asimismo, a diferencia de las normas ambientales federales dictadas durante la vigencia de la Constitución histórica, las leyes de presupuestos mínimos

¹ Ley 4.198 (año 1903).

² Ley 4157 de tierras fiscales (1902) Legisla sobre bosques en tierras fiscales, que a ese momento ocupaban un 40% de la superficie de la República.

³ Otra excepción es la Ley 2.797 (año 1891) sobre “Purificación de aguas cloacales y residuos que se arrojan a los ríos.

⁴ Constitución Nacional, Art. 75 inc. 13 y 18.

son consideradas legislación común.⁵ Por tanto, la facultad de aplicarlas y vigilar su cumplimiento permanece en cabeza de los estados provinciales, quienes además pueden incrementar el nivel de protección establecido por la normativa nacional a través de la facultad de complemento que retienen.

Dado que uno de los objetivos de la reforma fue fortalecer el sistema federal⁶ y dada y la amplitud de los poderes de policía de seguridad y salubridad que se le reconocen a las provincias en la Constitución de 1853/60,⁷ debería existir una justificación muy fuerte para realizar un cambio tan radical en la distribución de competencias ambientales. Este trabajo explora el cambio introducido por la reforma y las posibles justificaciones teóricas para optar por este sistema. Para ello, la Sección I presenta la discusión sobre cuál es la mejor forma de distribuir las competencias ambientales. Argumentaré que la distribución de competencias en materia ambiental debe responder a dos principios: subsidiariedad y correspondencia territorial. Esta discusión nos permitirá analizar la distribución de competencias propuesta por la Constitución de 1853/60 y los cambios introducidos por la reforma de 1994. Sostendré que la Constitución histórica dotó al gobierno federal de competencias suficientes para hacer frente a los problemas ambientales que requerían de su intervención. Sin embargo, argumentaré que no existen buenas razones que justifiquen los cambios introducidos por la reforma de 1994, ni el uso que de ella ha hecho el Congreso Nacional. Concluiré señalando las limitaciones de la legislación de presupuestos mínimos y la necesidad de retomar las facultades federales en materia ambiental.

II. FEDERALISMO AMBIENTAL: SUBSIDIARIEDAD Y CORRESPONDENCIA TERRITORIAL

El federalismo es una forma de organización en la cual las diferentes funciones estatales están distribuidas entre un gobierno central y uno o más niveles de descentralización territorial.⁸ Cada uno de estos niveles tiene autoridad para regular la actividad económica: el gobierno federal establece regulaciones para el país como un todo, mientras que cada uno de

⁵En este sentido, la Corte Suprema ha señalado en reiterados precedentes que “corresponde reconocer en las autoridades locales la facultad de aplicar los criterios de protección ambiental que consideren conducentes para el bienestar de la comunidad para la que gobiernan, como asimismo valorar y juzgar si los actos que llevan a cabo sus autoridades, en ejercicio de poderes propios, afectan el bienestar perseguido.” Fallos: 318:992. Véase en igual sentido Fallos: 331:2784, 328:3657; 329:2469.

⁶ Entre las fuentes de la reforma de 1994 se encuentra el Dictamen del Consejo para la Consolidación de la Democracia que señala entre sus objetivos la necesidad de fortalecer el federalismo (Consejo para la Consolidación de la Democracia, 1986, pp. 24, 26). En igual sentido, durante los debates que llevaron a la sanción de la Ley 24.309 los legisladores mencionaron la necesidad de fortalecer el federalismo entre las causales para impulsar una reforma constitucional. Cámara de Diputados de la Nación, *Diario de Sesiones*, Buenos Aires, 1993, 4117. López Alfonsín (2014) señala que “queda claro que el espíritu de los constituyentes de 1994 ha sido la recuperación y el fortalecimiento del federalismo plasmado en la Constitución histórica de 1853/60. En consonancia, la interpretación del alcance de las competencias nacionales derivadas del equívoco concepto de ‘presupuestos mínimos’ debe efectuarse con carácter restrictivo, sólo así se resguardarán adecuadamente las jurisdicciones locales, que por expreso mandato constitucional se establece que no podrán alterarse.”

⁷ Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Plaza de Toros” Fallos: 7:150; “Giménez Vargas c. Provincia de Mendoza”, Fallos 239:342; “Nobleza Piccardo c. Provincia de Santa Fe”, Fallos 338:1110.

⁸ Véase, (Kelemen, 2004, p. 8)

los niveles de descentralización pueden regular --en alguna medida-- la actividad de sus respectivas jurisdicciones.⁹ Asimismo, los componentes de la federación han aceptado establecer un mercado común, en el que el comercio interjurisdiccional fluye libremente; y han establecido un tribunal supremo para arbitrar las disputas entre sus miembros.¹⁰ Por fuera de estas características comunes, cada uno de los países federales ha establecido una distribución de competencias que le es propia, y que en gran medida se explica por razones históricas, sociológicas y geográficas.¹¹ Sin embargo, desde un punto de vista teórico, es posible señalar dos principios que deberían informar la distribución de competencias en materia ambiental: el principio de subsidiariedad y el principio de correspondencia territorial.

A. El principio de subsidiariedad

El principio de subsidiariedad promueve la descentralización de los procesos de toma de decisiones, de forma tal que la unidad de gobierno más descentralizada que tenga capacidad para dar solución al problema sea la que asuma la tarea.¹² Barber (2018) propone considerar a la subsidiariedad como un principio del constitucionalismo, que no se encuentra limitado a los países federales, sino que debe aplicarse a todos los estados y en todos los tiempos. En su opinión, el principio de subsidiariedad juega un rol estructural en el proceso democrático, ya que desarrolla la máxima que sostiene que “aquello que afecta a todos debe ser aprobado por todos.”

La formulación más clara de este principio aparece en Tratado de la Unión Europea.¹³ El Art. 5(3) establece que “en los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva, la Unión intervendrá sólo en caso de que, y en la medida en que, los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, ni a nivel central ni a nivel regional y local.”¹⁴ El principal objetivo de la subsidiariedad es aproximar el ejercicio de las competencias al ciudadano en la mayor medida posible.¹⁵ El Artículo 1 del Tratado reafirma esta idea al establecer que las decisiones “serán tomadas de la forma más abierta y próxima a los ciudadanos que sea posible”.¹⁶

Esta presunción en favor de los gobiernos locales puede rastrearse también en la Convención Federal de Filadelfia, que dio origen a la Constitución de los Estados Unidos. En

⁹ Véase, (Kelemen, 2004, p. 8)

¹⁰ Véase, (Kelemen, 2004, p. 8)

¹¹ (Hernández, 2018, p. 14)

¹² (Calabresi & Bickford, 2014, p. 125)

¹³ (Bermann, 1994, p. 334)

¹⁴ Tratado de la Unión Europea, versión consolidada, disponible en: https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:9e8d52e1-2c70-11e6-b497-01aa75ed71a1.0023.01/DOC_2&format=PDF

¹⁵ <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/es/sheet/7/el-principio-de-subsidiariedad>

¹⁶ Tratado de la Unión Europea, versión consolidada, disponible en: https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:9e8d52e1-2c70-11e6-b497-01aa75ed71a1.0023.01/DOC_2&format=PDF

efecto, en el “Plan de Virginia”, Madison propuso que se le diera al Congreso Federal el poder “de legislar en todos los casos en los cuales los estados por separado son incompetentes, o en los cuales la armonía de los Estados Unidos pueda verse interrumpida por el ejercicio de la legislación individual”.¹⁷ Esta fue la idea rectora de la delegación de poderes en la Constitución de los Estados Unidos,¹⁸ y que luego serviría de base para nuestro federalismo.¹⁹

En efecto, Frias (2004) señala que la subsidiariedad es un principio constitucional implícito en nuestro derecho.²⁰ Con base en el modelo estadounidense, nuestra Constitución reconoció el principio de que las provincias retienen todo el poder no delegado al gobierno federal.²¹ Gorostiaga, uno de los redactores del anteproyecto de Constitución, expuso con claridad el rol subsidiario que debía otorgarse al gobierno central:

“el Gobierno Nacional ha sido formado para responder a grandes necesidades generales, y a atender a ciertos intereses comunes, sus poderes han sido definidos y son un pequeño número. Como el Gobierno provincial por el contrario, penetra en todos los detalles de la sociedad, sus poderes son indefinidos y en gran número, se extienden a todos los objetos que siguen el curso ordinario de los negocios y afectan la vida, la libertad y la propiedad de los ciudadanos . . . El Gobierno de Provincia viene a ser la regla por tanto y forma el derecho común; --el Gobierno Nacional es la excepción.”²²

Si bien en la práctica nuestro federalismo ha tendido a la centralización,²³ esto no ocurrió en cuestiones ambientales ni en la gestión de los recursos naturales, áreas en las que históricamente hemos favorecido la subsidiariedad.²⁴

(i) Subsidiariedad y protección del ambiente

Existen diversos argumentos en apoyo al principio de subsidiariedad. En lo que hace a la distribución de competencias ambientales, la descentralización debe preferirse ya que (i) aumenta la probabilidad de que las preferencias ambientales de los ciudadanos sean satisfechas;

¹⁷ The Virginia Plan, 29 de mayo de 1787, disponible en: <https://founders.archives.gov/documents/Madison/01-10-02-0005>.

¹⁸ (Halberstam, 2012, p. 585) (Adler, 2005, p. 134). Sin embargo, (Bermann, 1994) sostiene que el principio no se aplica en los Estados Unidos.

¹⁹ (García-Mansilla & Ramírez Calvo, 2006, pp. 50, 159-161; Ramírez Calvo, 2012, p. 63)

²⁰ En este sentido, puede verse también Barrera Buteler (2010)

²¹ Constitución Nacional, Art. 121.s

²² Discurso de Gorostiaga al discutir la federalización de Buenos Aires. (Congreso Nacional, 1863) Citado por (Ramírez Calvo, 2012, p. 65). Al analizar el discurso de Gorostiaga, Zavalía (1941) señala que “[t]odas las necesidades, pues, que provienen del progreso general, de las exigencias del bienestar colectivo, deben ser atendidas por la entidad primaria de gobierno, es decir, por las autoridades locales, que son las que están en contacto más directo con el medio en que aquellas se producen. Sólo cuando la resolución a adoptar se refiere a cuestiones que interesan por igual a todas las provincias, vale decir a la República, recién entra a actuar el poder central.”

²³ (Consejo para la Consolidación de la Democracia, 1986, p. 65; Ramírez Calvo, 2012, p. 63)

²⁴ Desarrollaré este punto en mayor detalle en la sección [*], *infra*.

(ii) incrementa la participación pública y el control en la implementación de las decisiones adoptadas; y (iii) parte de información más detallada y precisa sobre la situación del territorio.

En primer lugar, la descentralización de los procesos de adopción de decisiones aumenta la probabilidad de que las preferencias de los ciudadanos sean satisfechas. En efecto, un contexto de recursos limitados, la adopción de cualquier decisión de política ambiental implicará balancear la protección del ambiente con otros bienes y servicios que consideramos importantes; o decidir qué bienes ambientales priorizar en la asignación del presupuesto limitado. En un país tan vasto como el nuestro, es muy probable que las preferencias, intereses y prioridades de los ciudadanos varíen considerablemente de una región a otra.²⁵ La descentralización de los procesos de toma de decisión permite reflejar más fielmente estas variaciones en intereses y preferencias ambientales; y en los costos de adoptar una determinada política pública.²⁶ Asimismo, la descentralización facilita la experimentación con distintos tipos de políticas ambientales y aumenta la posibilidad de los ciudadanos de residir en una localidad que satisfaga sus preferencias laborales y ambientales.²⁷

En segundo lugar, dadas las implicancias que la regulación ambiental puede tener para la calidad de vida, la actividad económica, la regulación del uso de la tierra, el transporte, la recolección de residuos y otros asuntos de central importancia para las comunidades locales es muy importante asegurar que la mayor cantidad de voces sean escuchadas.²⁸ La descentralización de los procesos de toma de decisión favorece la participación pública ya que permite que esas decisiones se adopten en el nivel más cercano a la gente y, de ese modo, aumenta la probabilidad de que reflejen los intereses de la población afectada.²⁹ Asimismo, se preserva la identidad social y cultural de la unidad política que las adopta y se promueve la autodeterminación de las comunidades.³⁰

En tercer lugar, la cercanía entre representantes y representados permite un control más directo de los encargados de diseñar las políticas públicas. En efecto, cuanto más pequeña sea la unidad política que adopta la decisión, más sencillo será para los ciudadanos monitorear el trabajo de sus representantes, criticarlo o elogiarlo, e influir en las políticas que se adoptan.³¹

Finalmente, para encarar el proceso regulatorio ambiental será necesario un conocimiento profundo y contextual del ecosistema. En efecto, habrá que recolectar información sobre el

²⁵ Las diferencias entre Mendoza y San Juan sobre el desarrollo de la minería son un buen ejemplo de estas diferencias.

²⁶ (Stewart, 1977, p. 1210) En este sentido, de forma previa a la sanción de la reforma de 1994, Mario Valls señalaba que “No *todo* lo ambiental *merece* la uniformidad legislativa nacional . . . pues las prioridades ambientales son distintas en cada unidad federal.” (Valls, 1992, p. 104)

²⁷ (Stewart, 1977, p. 1210)

²⁸ (Stewart, 1977, p. 1220)

²⁹ (Bermann, 1994, p. 340; Stewart, 1977, p. 1210) Existe evidencia de formas más robustas de participación política en las jurisdicciones más pequeñas (definidas como jurisdicciones de menos de un millón de habitantes). (Halberstam, 2012, p. 587 n. 580)

³⁰ (Bermann, 1994, p. 340; Stewart, 1977, p. 1210)

³¹ (Adler, 2005, p. 138) Huffman (2005) señala que “As a simple matter of arithmetic, an individual vote carries more weight in a small democratic polity than in a large one.”

estado del ambiente, los factores de estrés a los que está sometido, las actividades económicas que se realizan en el área, sus sinergias e interacciones, y el impacto acumulado de las decisiones adoptadas. Generalmente, la unidad de gobierno más cercana al problema que se busca regular será quien esté en mejor situación para recolectar los datos necesarios para darle solución. Así, por ejemplo, en el caso de la contaminación del aire en las ciudades, las mejores estrategias deben tener en cuenta las fuentes fijas y móviles que están presentes en la ciudad, la antigüedad del parque automotor y las condiciones meteorológicas locales.³² Obviamente las ciudades estarán en mejores condiciones para obtener esta información, que resultaría prácticamente inabarcable para un regulador centralizado.

Todos estos argumentos apuntan, entonces, a otorgar competencias para proveer bienes y servicios ambientales al nivel de gobierno más descentralizado que esté en condiciones de encarar estas tareas. Para determinar cuál es ese nivel, debemos recurrir al principio de correspondencia territorial.

B. El principio de correspondencia territorial

La mayoría de los autores considera que resulta más eficiente y efectivo hacer frente a los problemas ambientales a través de instituciones que se correspondan con el ámbito geográfico del problema en cuestión.³³ Este principio de correspondencia territorial encuentra apoyo tanto en argumentos ecológicos como económicos.

Desde un punto de vista ecológico, dado que los ecosistemas son sistemas complejos y dinámicos, que se superponen e interrelacionan entre sí, es necesario adoptar como unidad de manejo el ecosistema como un todo.³⁴ En efecto, las interdependencias entre sus componentes son tan múltiples y variadas, que resultaría muy difícil manejarlas de forma aislada o parcializada.³⁵ Al mismo tiempo, las consecuencias del accionar humano son muy diferentes dependiendo del ecosistema del que se trate y de los factores de estrés a los que esté sometido.³⁶ Por tanto, la repuesta legal que demos a estos impactos debe estar diseñada en la medida de las necesidades, demandas y restricciones del ecosistema en cuestión.³⁷

³² (Adler, 2003, p. 266)

³³ Esty (2008); (Olson, 1969) señala que este principio es aceptado sin controversias. (Adelman & Engel, 2008, p. 1798; Adler, 2005, p. 133; Butler & Macey, 1996) El “principio de correspondencia” es desarrollado en detalle por Adelman and Engel (2008).

³⁴ Sin embargo, Karkkainen (2001-2002) señala que no existe acuerdo en la comunidad científica sobre como determinar los límites de cada ecosistema. Por otra parte, un ecosistema muchas veces es un subconjunto de un ecosistema mayor. Así, por ejemplo, podemos pensar en el bosque como ecosistema, pero también a los lagos y lagunas, a los estuarios de los ríos, a cada afluente y tributario de la cuenca, etc. Sin embargo, resulta posible delimitar unidades de manejo teniendo en cuenta las características más significativas del ecosistema y los factores de estrés que queremos controlar.

³⁵ (Karkkainen, 2001-2002, p. 205)

³⁶ (Karkkainen, 2001-2002, p. 194) En este sentido, Karkkainen destaca que, como otros sistemas complejos, los ecosistemas no exhiben efectos lineales. Existen muchos umbrales naturales, y complicaciones por la co-causalidad y las interacciones sinérgicas entre múltiples factores que operan a lo largo de múltiples y complejas cadenas causales, que pueden incluir retroalimentaciones positivas y negativas. (Karkkainen, 2001-2002, p. 195)

³⁷ (Karkkainen, 2001-2002, p. 194)

Por otra parte, desde el punto de vista económico, la eficiencia regulatoria se alcanza cuando el regulador internaliza por completo los costos y beneficios de la política que adopta.³⁸ Es más probable lograr este objetivo cuando la regulación se encara a través de instituciones que se corresponden con el ámbito geográfico del problema, ya que quienes pagan todos los costos y quienes obtienen todos los beneficios de la regulación ambiental serán quienes determinarán la solución a adoptar.³⁹ En cambio, cuando la cuestión excede los límites geográficos de la competencia para regularla, las unidades de gobierno tenderán a adoptar decisiones sin tener en cuenta los costos y beneficios que se generan por fuera de los límites de su territorio.⁴⁰ Así, por ejemplo, si se delega la regulación de calidad de agua a una unidad de gobierno que no abarca la totalidad de la cuenca, es probable que los reguladores no tomen en cuenta el costo que la contaminación transfronteriza generará en los ciudadanos de otras provincias; y, en consecuencia, establecerán un estándar de emisiones menor al que sería deseable. En igual sentido, si la decisión sobre la protección de los bosques es adoptada por un gobierno local, probablemente no se tendrán en cuenta los beneficios que dicha protección genera en otras jurisdicciones y se conservarán menos hectáreas de lo que sería deseable para la provincia o la región como un todo.

Algo similar ocurre cuando la política pública beneficia solo a un subconjunto de la población.⁴¹ En este caso, si los beneficios son locales pero los costos son soportados a nivel nacional o provincial, es posible que el resto de la población que no obtiene los beneficios de la política pública resista su adopción o implementación. Olson (1969) sostiene que cuando existen estas “internalidades” es probable que los bienes públicos locales no se provean en cantidades adecuadas, aún cuando sus beneficios excedan los costos. Sin embargo, a diferencia de lo que sucede con las externalidades, existen posibles soluciones regulatorias (como las tasas y contribuciones extraordinarias) que podrían aproximarse a la correspondencia entre costos y beneficios.⁴²

En consecuencia, como regla general, la autoridad regulatoria debería estar en cabeza de instituciones que se correspondan con el ámbito territorial del problema ambiental que se intenta regular. Esto implica dejar la regulación de la mayoría de los problemas ambientales en cabeza de las autoridades provinciales, las cuales a su vez deberían delegar una gran parte de esas responsabilidades en los gobiernos municipales.⁴³

Sin embargo, la principal dificultad con el principio de correspondencia territorial es que los límites geográficos de las distintas jurisdicciones rara vez se corresponden con los límites de los ecosistemas.⁴⁴ En efecto, generalmente los límites geográficos son establecidos en base

³⁸ (Adelman & Engel, 2008, p. 1798)

³⁹ (Adelman & Engel, 2008, p. 1798; Adler, 2005, p. 133)

⁴⁰ En este sentido, puede verse Esty (2008)

⁴¹ (Olson, 1969, p. 482)

⁴² (Esty, 1997, p. 590)

⁴³ (Adler, 2005, p. 135)

⁴⁴ Nuestra Corte Suprema ha reconocido este problema en “Provincia de La Pampa c. Provincia de Mendoza”, donde señaló la necesidad de “conjugar la territorialidad ambiental, que responde a factores predominantemente naturales (como el que demarca la extensión de la cuenca de un río) con la territorialidad federal, que expresa

a accidentes geográficos, como ríos o cadenas montañosas; o líneas rectas que se corresponden con paralelos y meridianos.⁴⁵ En ambos casos, este tipo de divisiones implican separar en dos o más jurisdicciones a los ecosistemas que atraviesan, con las correspondientes dificultades para la gestión ambiental.⁴⁶

Dado que es prácticamente imposible modificar las divisiones geográficas existentes, las únicas alternativas disponibles serán la creación de instituciones regionales o la regulación en un nivel más centralizado de gobierno cuando esto no sea posible.⁴⁷ En consecuencia, bajo el principio de correspondencia territorial, la intervención del gobierno federal solo estaría justificada en aquellos casos en los cuales: (i) el ámbito geográfico excede los límites de una jurisdicción; y (ii) las unidades que constituyen la federación son incapaces de resolverlo por sí solas – ya sea a través de la negociación de acuerdos interjurisdiccionales o de la creación de entidades regionales.⁴⁸

Estas condiciones se cumplen en al menos cuatro escenarios que serán analizados en las siguientes subsecciones: (a) la presencia de externalidades interjurisdiccionales que las unidades locales no pueden resolver por sí mismas; (b) la circulación de productos a través del territorio nacional; (c) la protección de ecosistemas y especies cuyo valor de preservación excede los límites de la provincia; y (d) la existencia de economías de escala que solo pueden aprovecharse a través de la intervención federal.

C. Casos en los que la centralización debe preferirse

(i) Problemas ambientales interjurisdiccionales

La federalización de la política ambiental está justificada en aquellos casos en los cuáles existen impactos ambientales interjurisdiccionales, que no puedan resolverse a través de la

una decisión predominantemente histórica y cultural (aquella que delimita las jurisdicciones espaciales de los sujetos partícipes del federalismo argentino.”. Fallos 340:1695. En igual sentido, “Buenos Aires c. Santa Fe”, Fallos: 342:2136.

⁴⁵ Al mismo tiempo, los límites ecológicos varían dependiendo del problema ambiental del que se trate. En la mayoría de los casos no existe superposición entre las cuencas hídricas, las cuencas de aire y los ecosistemas terrestres. (Adler, 2005, p. 135)

⁴⁶ Karkkainen (2001-2002) señala que las jurisdicciones existentes generalmente resultarán demasiado grandes o pequeñas (o ambas a la vez) para lograr una regulación ambiental eficiente y efectiva. En efecto, las jurisdicciones de los gobiernos municipales en la mayoría de los casos serán demasiado pequeñas como para abarcar un ecosistema completo. Por su parte, las provincias pueden ser al mismo tiempo demasiado pequeñas para hacer frente a algunos problemas y demasiado grandes para encarar el manejo de otros. En efecto, aún cuando un ecosistema completo quede comprendido en los límites de la provincia, sus funcionarios no siempre contarán con el conocimiento detallado de la situación local, que en general se necesita para realizar una regulación efectiva. (Farber, 1999, p. 180) Finalmente, el gobierno federal en la mayoría de los casos es demasiado grande y remoto como para ocuparse de cada ecosistema con sus variaciones e interdependencias; a la vez que puede resultar demasiado pequeño para hacer frente por sí solo a los problemas ambientales globales, como la capa de ozono o el cambio climático. Si bien posee mayores recursos, le falta el conocimiento local contextualizado que resulta central para un manejo adecuado de los ecosistemas.

⁴⁷ Volveremos a abordar esta cuestión en la sección [*], infra.

⁴⁸ (Calabresi & Bickford, 2014, p. 126)

coordinación o concertación entre las distintas unidades descentralizadas.⁴⁹ Como mencionamos anteriormente, cuando dos o más provincias comparten un ecosistema, las decisiones aisladas de una provincia pueden tener impactos sustanciales en áreas bajo el control de otras provincias; o pueden acumularse a las decisiones adoptadas por otras jurisdicciones y generar daños considerables al ecosistema. Los funcionarios locales tienen pocos incentivos para tomar en cuenta estos impactos transfronterizos al momento de establecer un estándar ambiental o controlar su cumplimiento. En efecto, dado que los ciudadanos de su provincia solo juzgarán su gestión en base a los resultados económicos y ambientales en su territorio, no existen incentivos para que el impacto interjurisdiccional sea tomado en cuenta a la hora de establecer la legislación local.⁵⁰

Si se sigue el principio de correspondencia territorial, la mejor alternativa será que la cuestión sea abordada por una entidad con competencia territorial sobre la totalidad del ecosistema o problema ambiental que se quiere regular. Estos entes pueden crearse sin la intervención del gobierno federal, a través de la negociación y la celebración de tratados interprovinciales.⁵¹ Sin embargo, en algunos casos los costos de transacción⁵² o la situación geográfica desventajosa en la que se encuentran una o varias provincias respecto del resto conspirará en contra de la creación o del buen funcionamiento de estos organismos.

En efecto, la probabilidad de éxito de estos acuerdos depende en gran medida de la dirección con la que ocurre la externalidad. Si los daños son recíprocos ambas partes tendrán incentivos para colaborar en la creación de instituciones y normas para darles solución. Por el contrario, cuando los daños son unidireccionales será muy difícil lograr una solución consensuada sin la intervención del gobierno federal. Así, por ejemplo, la provincia aguas abajo generalmente no tiene mucho poder de negociación con la provincia que se encuentra aguas arriba, a no ser que existan otros bienes y servicios (ambientales o de otro tipo) que puedan

⁴⁹ “Los factores de deterioro ambiental que pudieran surtir efectos en más de una provincia o trascender al exterior, al alta mar o al espacio aéreo extraterritorial, deberían ser competencia legislativa federal, tanto cuando provengan del uso de los recursos naturales, cuando de otras actividades o creaciones del hombre; este aserto comprende las actividades deteriorantes del entorno, pero no los demás aspectos del uso de los recursos naturales implicados (Cano, Derecho y política ambiental” (Adler, 2005, p. 140; Cano, 1978, p. 103; Revesz, 1997c, p. 540)

⁵⁰ Adler señala que si no existe ninguna forma de control externo o sistema para la resolución de conflictos, los estados pueden verse tentados de establecer políticas que fomenten las externalidades ambientales, como por ejemplo subsidiar el desarrollo de ciertas industrias en zonas cercanas a los límites con otras provincias, de forma tal de asegurar que los daños sean padecidos desproporcionadamente por las provincias aguas abajo. (Adler, 2005, p. 140) (Revesz, 1997c, p. 540)

⁵¹ Existen abundantes ejemplos de la creación de autoridades de cuenca para la gestión de recursos hídricos compartidos. Los resultados, sin embargo, han sido variables.

⁵² Los costos de negociar dicho acuerdo pueden ser particularmente elevados cuando el problema en cuestión involucra a muchas provincias o no exista una regla de asignación de derechos que sienta las bases para la negociación. (Revesz, 1997c, p. 540) En este sentido, el establecimiento de normas federales que establezcan los niveles de contaminación interjurisdiccional que son permisibles pueden sentar las bases para que se produzcan dichos acuerdos.

ponerse en la mesa de negociación.⁵³ El conflicto entre La Pampa y Mendoza⁵⁴ es un claro ejemplo de este tipo de desventaja geográfica.

Es importante destacar que la existencia de un tribunal común al que llevar la disputa puede resultar insuficiente para resolver este tipo de problemas; ya que, tal como ha demostrado la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema, los tribunales se enfrentan a enormes dificultades para dar solución a este tipo de conflictos en ausencia de una norma federal.⁵⁵

Sin embargo, es importante aclarar que la presencia de externalidades interjurisdiccionales solo justifica una intervención federal destinada a eliminarlas, pero no el desplazamiento de las competencias locales para fijar su política ambiental.⁵⁶ Si se siguen los principios de correspondencia territorial y subsidiariedad, la mayoría de la política ambiental seguiría en manos de los estados locales, y las intervenciones federales estarían limitadas a dar solución a los problemas ambientales interjurisdiccionales que no pueden resolverse a través de la negociación o creación de entidades regionales. Así, por ejemplo, estaría justificado que el gobierno federal establezca normas sobre qué niveles de contaminación interjurisdiccional son permisibles, pero no que regule lo que sucede hacia adentro de cada provincia.⁵⁷

(ii) Especies y ecosistemas únicos o de especial valor de conservación

Más allá de la contaminación interjurisdiccional, también pueden existir buenos argumentos para la intervención del gobierno federal cuando las externalidades son de carácter psicológico.⁵⁸ La pérdida de áreas naturales o de especies en peligro de extinción afecta el bienestar de individuos de otras provincias, que valoran la posibilidad de visitar dichas áreas o que desean su preservación por razones ideológicas.⁵⁹ Cuando una especie en peligro de extinción se encuentra localizada en una o más provincias, los costos de su protección les corresponderían a los estados locales, mientras que la Nación como un todo se vería beneficiada de su conservación. En estos casos, la intervención del gobierno federal puede estar justificada para asegurar que todos los beneficios que genera la conservación de la especie sean tenidos en cuenta a la hora de adoptar una decisión.⁶⁰

En igual sentido, la protección de lugares que poseen recursos naturales únicos genera beneficios que en muchos casos exceden a la provincia en la que se hallan ubicados. Es posible que muchos ciudadanos le otorguen un valor de opción o de existencia a ecosistemas que se encuentran fuera de la jurisdicción en la que habitan.⁶¹ Dado que las provincias que poseen esos recursos no pueden cobrarles impuestos a los vecinos de otras provincias, probablemente

⁵³ (Revesz, 1997c, p. 540) Adler señala que la negociación es más probable cuando los estados se generan daños recíprocos. (Adler, 2005, pp. 140-141)

⁵⁴ Corte suprema de Justicia de la Nación, “La Pampa c. Provincia de Mendoza”, Fallos: 310:2478; 332:582; 340:1695; 341:560; 346:603; 343:748.

⁵⁵ Véase *ibid.*

⁵⁶ (Revesz, 1997c, p. 540)

⁵⁷ (Revesz, 1997c, p. 541)

⁵⁸ (Stewart, 1977, p. 1215)

⁵⁹ (Stewart, 1977, p. 1215)

⁶⁰ (Revesz, 1997c, p. 543)

⁶¹ (Stewart, 1977, p. 1215)

no pueda recuperar los costos involucrados en su preservación. Esto llevará a la provincia a adoptar un estándar de protección menor del que sería deseable desde el punto de vista de la Nación como un todo.⁶² En este contexto, existe una justificación para el control federal de dichos espacios, que puede materializarse en la creación de parques nacionales y reservas naturales.⁶³

(iii) Circulación de productos en el territorio

Como mencioné anteriormente, una de las características típicas de las estructuras federales es el establecimiento de un mercado común en el que el comercio de bienes y servicios fluye libremente. Para asegurar que esto sea así, las estructuras federales generalmente dejan la regulación del comercio interjurisdiccional en manos del gobierno federal, ya que la negociación entre las distintas unidades de la federación para el establecimiento de estándares uniformes implicaría incurrir en altísimos costos de transacción.

Así, por ejemplo, tanto en la Argentina como en los Estados Unidos, la Constitución establece que el Congreso Nacional es el responsable de regular el comercio con las potencias extranjeras y de las provincias (o estados) entre sí. En igual sentido, el Tratado de Roma que estableció la Comunidad Europea, le otorgó facultades al Consejo para adoptar directivas que armonicen la legislación nacional para remover distorsiones a la competencia y barreras al comercio dentro del mercado común.⁶⁴ De esta forma, se busca evitar que la adopción de normas locales perjudique la libre circulación de bienes y servicios a través del territorio –ya sea por la diversidad de requisitos o por el establecimiento de medidas proteccionistas.⁶⁵

Trasladado al contexto ambiental, la potestad para regular el comercio incluye también la potestad del Congreso Nacional para establecer estándares ambientales federales para los

⁶² (Stewart, 1977, pp. 1215-1216 n.1277)

⁶³ (Revesz, 1997a, p. 121) En este sentido, el artículo 1 de la ley de parques nacionales señala que “A los fines de esta ley podrán declararse Parque Nacional, Monumento Natural o Reserva Nacional, las áreas del territorio de la República que por sus extraordinarias bellezas o riquezas en flora y fauna autóctona o en razón de un interés científico determinado, deban ser protegidas y conservadas para investigaciones científicas, educación y goce de las presentes y futuras generaciones, con ajuste a los requisitos de Seguridad Nacional. En cada caso la declaración será hecha por ley.”

⁶⁴ “El Consejo adoptará por unanimidad . . . directivas para la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros que incidan directamente en el establecimiento o funcionamiento del mercado común.” Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (versión Consolidada Niza), Art. 94, disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:12002E/TXT&from=ES>

⁶⁵ Kelemen señala que, en la Comunidad Europea, las diferencias en estándares nacionales para los productos que circulaban por el territorio era una amenaza para el libre comercio entre los Estados. Esto llevó a que ya a fines de los años '60 la Comunidad Europea comenzara a involucrarse en el establecimiento de estándares ambientales comunes. (Kelemen, 2004, pp. 26-27) En igual sentido, cuando Nueva York y California adoptaron estándares de calidad de aire que dificultaban el comercio de automóviles, el gobierno federal de los Estados Unidos modificó sus estándares de calidad de aire para desincentivar la legislación local. Estos estándares contaron con el apoyo de la industria automotriz que prefería evitar los costos que implicaba cumplir con distintos estándares locales. (Kelemen, 2004, pp. 56-57)

productos que circulan por el territorio y los servicios públicos interjurisdiccionales.⁶⁶ En efecto, la existencia de un mercado común y la libre circulación de bienes y servicios sería imposible si una provincia pudiera excluir un producto de su territorio por razones ambientales o de salud y seguridad.⁶⁷ El establecimiento de estándares ambientales uniformes es especialmente deseable en aquellos casos en los que el proceso de producción tiene economías de escala importantes (como por ejemplo el caso de los automóviles o los pesticidas).⁶⁸ Cuando esto ocurre, la diversidad de regulaciones puede generar enormes costos para el mercado nacional.⁶⁹ Así, por ejemplo, en nuestro país se han establecido estándares uniformes para automóviles, combustibles, agroquímicos, etiquetado de productos, residuos peligrosos, funcionamiento del servicio telefónico y establecimiento de líneas de electricidad de alta tensión, entre otros.⁷⁰

(iv) Economías de escala

Por último, la existencia de economías de escala también ha sido una razón para justificar la intervención del gobierno federal en materia ambiental. En efecto, los procesos de análisis y manejo de riesgos, previos al establecimiento de legislación ambiental pueden ser muy costosos.⁷¹ La investigación, recolección de datos, el análisis y la selección de medidas de control que involucran cuestiones técnicas complejas pueden realizarse de forma más económica a nivel nacional, que si tuvieran que ser llevadas a cabo por cada una de las autoridades locales.⁷² Más allá de que las variaciones en las condiciones locales pueden aconsejar medidas diferentes en las distintas provincias, el conocimiento científico sobre los impactos de un cierto contaminante en la salud humana o sobre las medidas para reducir o eliminar las emisiones puede producirse a nivel federal para evitar duplicar esfuerzos y aprovechar las economías de escala en recursos y experiencia técnica.⁷³

III. LA DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS EN LA CONSTITUCIÓN HISTÓRICA

Esta sección analiza la distribución de competencias previstas por la constitución histórica a la luz de los principios teóricos presentados en la sección anterior. Argumentaré que las competencias delegadas al gobierno federal en la Constitución de 1853/60 eran suficientes para llevar adelante una política ambiental consistente con los principios de correspondencia territorial y subsidiariedad. En efecto, como se verá a continuación, la Constitución histórica

⁶⁶ “Líneas de Transmisión del Litoral S.A. (LITSA) c/ Provincia de Corrientes”, Fallos: 322:2862; “Telefónica Móviles c. Municipalidad de Gral. Güemes”, Fallos: 342:1061

⁶⁷ (Revesz, 1997b, p. 1338) Fallos: 342:1061 (Voto del Juez Lorenzetti).

⁶⁸ (Revesz, 1997c, p. 544)

⁶⁹ (Revesz, 1997c, p. 544)

⁷⁰ Es importante tener en cuenta que los argumentos a favor de estándares uniformes se refieren a los estándares impuestos para al producto terminado y no son trasladables a las normas que requieren ciertos procesos de producción. Véase, (Revesz, 1997a, p. 122)

⁷¹ (Agencia de Protección Ambiental de los Estados Unidos, 1984)

⁷² (Butler & Macey, 1996, p. 26; Stewart, 1977, p. 1212)

⁷³ (Adler, 2005, p. 140; Butler & Macey, 1996, p. 26; Revesz, 1997c, p. 543)

otorgó amplias facultades al gobierno federal para hacer frente a los problemas ambientales que requieren de su intervención. A esto se suma la facultad de las provincias de celebrar tratados interprovinciales, que permitió celebrar acuerdos y crear entidades regionales para la gestión de los ecosistemas compartidos.

A. La cláusula de comercio de la Constitución

El artículo 75 inc. 13 establece que corresponde a la Nación “reglar el comercio con las naciones extranjeras, y de las provincias entre sí”. Nuestra Corte Suprema, siguiendo la jurisprudencia de la Corte de los Estados Unidos⁷⁴ ha adoptado un concepto amplio de comercio que incluye “el tráfico mercantil y la circulación de efectos visibles y tangibles para todo el territorio de la Nación, la conducción de personas y la transmisión por telégrafo, teléfono u otro medio, de ideas, órdenes y convenios” y ha definido “el poder para regularlo como propio del Congreso Nacional, cuyo ejercicio le corresponde de una manera tan completa como en un país de régimen unitario.”⁷⁵

En los Estados Unidos, la Cláusula Comercial ha sido la principal base para la adopción de legislación ambiental federal.⁷⁶ En efecto, la Corte Suprema de ese país ha sostenido que “la competencia del Congreso Federal bajo la Cláusula Comercial es lo suficientemente amplia como para permitir la regulación federal de actividades que causan la contaminación del aire o del agua u otros riesgos ambientales que puedan tener efectos en más de un estado”.⁷⁷ Esta interpretación permitió al Congreso Federal establecer normas ambientales para regular la calidad del aire y del agua, proteger especies en peligro de extinción, establecer estándares para el agua potable, la contaminación con residuos peligrosos, y la explotación minera a cielo abierto, entre otras.⁷⁸

Si bien en nuestro país el Congreso Federal no ha hecho un uso extensivo de esta competencia, mucho antes de la reforma de 1994, ya había dictado leyes y regulaciones federales para abordar problemas ambientales interjurisdiccionales. Así, por ejemplo, la Ley de Residuos Peligros 24.051 se aplica a la generación, manipulación, transporte, tratamiento y disposición final de residuos peligrosos que: (i) “ubicados en territorio de una provincia estuvieren destinados al transporte fuera de ella”; o (ii) “pudieran afectar a las personas o el ambiente más allá de la frontera de la provincia en que se hubiesen generado”; o (iii) “cuando las medidas

⁷⁴ La Constitución de 1853/60 adoptó casi literalmente la cláusula norteamericana y nuestra Corte Suprema ha seguido la jurisprudencia de la corte norteamericana en lo que hace a su interpretación. En efectos, en “Molinos Río de la Plata c. Provincia de Buenos Aires” el tribunal destacó que “entre los poderes delegados por las provincias al gobierno federal se encuentra la denominada “cláusula comercial”, expresión que sintetiza la arraigada “doctrina de la corriente del comercio”, originariamente concebida en los Estados Unidos de América por el juez Marshall en el caso “Gibbons v. Ogden” (9 Wheat,1) de 1824; noción ésta que la jurisprudencia posterior precisó más aún al aclarar su alcance y sentido, y que esta Corte ha receptado en sus decisiones más tempranas y de un modo constante.” Fallos: 332:66.

⁷⁵ Fallos: 154:104 y más recientemente Fallos: 317:397.

⁷⁶ (Fitzgerald, 1996, p. 21)

⁷⁷ “the power conferred by the Commerce Clause is broad enough to permit congressional regulation of activities causing air or water pollution, or other environmental hazards that may have effects in more than one State” *Hodel v. Va. Surface Min. & Reclamation Ass’n, Inc.*, 425 U.S. 264, 282 (1981).

⁷⁸ (Revesz, 2008, pp. 249-251)

higiénicas o de seguridad que a su respecto fuere conveniente disponer, tuvieren una repercusión económica sensible tal, que tornare aconsejable uniformarlas en todo el territorio de la Nación, a fin de garantizar la efectiva competencia de las empresas que debieran soportar la carga de dichas medidas.”⁷⁹ De igual forma, el Congreso estableció legislación federal para el transporte interjurisdiccional de sustancias peligrosas, las emisiones de fuentes móviles, el uso de fertilizantes y pesticidas, la pesca marítima, la protección de bosques y la preservación de especies autóctonas en peligro de extinción.⁸⁰ Nuestra Corte Suprema ha convalidado este tipo de legislación. Al analizar la Ley de Pesca, el tribunal entendió que “el poder de regulación de la pesca integra el comercio en su concepción abierta y creciente y que su legislación en situaciones semejantes excede el marco local y justifica la competencia nacional porque, . . . se trata de uno de 'los asuntos que los estados individuales, con sus limitadas jurisdicciones territoriales, no están en condiciones plenas de regir'”.⁸¹

B. La cláusula comercial “durmiente”

Por otra parte, nuestra Corte Suprema, en base a la jurisprudencia de la Corte de los Estados Unidos⁸² ha interpretado que la delegación de la regulación del comercio al Congreso Federal, juntamente con las disposiciones del Art. 126 impiden a las jurisdicciones locales adoptar normas proteccionistas que obstaculicen la libre circulación de bienes y servicios a lo largo del territorio nacional. En efecto, el tribunal ha sostenido que “la recordada ‘cláusula del comercio’ de los arts. 75 inc. 13, y 126 de la Constitución Nacional, previenen a las legislaturas provinciales de dictar leyes que discriminen el comercio interior en función de su origen o que benefician a un Estado provincial respecto de otro, o que graven su desenvolvimiento al extremo de dificultarlo o impedirlo.”⁸³

⁷⁹ Ley 24.051, Art. 1.

⁸⁰ Ley de Aire 20.284 (“Compete a la autoridad sanitaria nacional fijar los niveles máximos de emisión de los distintos tipos de fuentes móviles, con excepción de las emisiones visibles, y asimismo fijar los procedimientos de medición correspondientes. Los fabricantes de los distintos tipos de fuentes móviles deberán realizar los ensayos que certifiquen que las unidades fabricadas cumplen las exigencias de la presente ley”). Ley de Fauna 22.421 (“En caso de que una especie de la fauna silvestre autóctona se halle en peligro de extinción o en grave retroceso numérico, el Poder Ejecutivo Nacional deberá adoptar medidas de emergencia a fin de asegurar su repoblación y perpetuación. Las provincias prestarán su colaboración y la autoridad de aplicación nacional aportará los recursos pertinentes, pudiendo disponer también la prohibición de la caza del comercio interprovincial y de la exportación de los ejemplares y productos de la especie amenazada”); Ley 18.073 (prohíbe el uso de ciertas sustancias en el tratamiento de praderas naturales o artificiales, como así también en las especies bovina, ovina, caprina, porcina y equina); Ley de Bosques Protectores 13.273 (“Quedan sometidos a las disposiciones de la presente ley . . . los bosques protectores . . . ubicados en el territorio provincial, siempre que los efectos de esa calidad incidan sobre intereses que se encuentren dentro de la esfera de competencia del gobierno federal, sea porque afecten al bienestar general, al progreso y prosperidad de dos o más provincias o de una provincia y el territorio federal o a la defensa nacional.”).

⁸¹ Fallos: 317:397 (citando U.S. vs. South-Eastern Underwriters Assoc., 322 U.S. 533, 552; Fallos: 68:227). La Corte destacó que “el natural impulso migratorio de los cardúmenes que no acepta . . . una división geográfica artificial e imaginaria del hombre. Parece impropio, entonces, segmentar la jurisdicción toda vez que la actividad pesquera de la actora, por su naturaleza y por el ámbito que se ejerce, no tolera un limitado continente geográfico como podrían ser los límites provinciales.”

⁸² Véase, por ejemplo, en “Wyoming v. Oklahoma”, 502 U.S. 437 (1992).

⁸³ Fallos: 340:1480; Fallos: 335:1794, considerando 12; Fallos: 332:66.

En este sentido, la Corte Suprema ha señalado que “por importantes y respetables que sean las facultades conservadas por la Provincia, no alcanzan a sustentar la prescindencia de la solidaridad requerida por el destino común de los demás estados autónomos y de la Nación toda, ni permiten el aislamiento y la segregación de ellos, en la empresa de su realización conjunta. La necesaria subsistencia y la debida preservación de la autonomía estatal y el carácter indestructible de las provincias no puede ser obstáculo a la unidad nacional, también indestructible, que requiere, en el intercambio y tránsito de bienes, personas e ideas, como esta Corte ha tenido ocasión de señalarlo ‘un solo país para un solo pueblo’”.⁸⁴

Trasladada al contexto ambiental, estas disposiciones podrían impedir que las provincias establezcan restricciones al ingreso o egreso de ciertos productos, amparándose en razones ambientales. Por ejemplo, muchas provincias han establecido restricciones de ingresos de residuos a sus territorios. Si bien nuestra Corte Suprema no ha tenido oportunidad de expedirse expresamente sobre las prohibiciones de ingreso establecidas por la legislación provincial, su par estadounidense ha sostenido que la legislación local que prohíbe la importación de residuos sólidos,⁸⁵ y aquella que establece una tasa especial por tonelada de residuos provenientes de otros estados⁸⁶ son contrarias a la cláusula comercial de la Constitución, ya que discrimina a artículos provenientes de otras jurisdicciones.⁸⁷ Con igual fundamento, la Corte Suprema de los Estados Unidos declaró inconstitucional la prohibición de extracción de agua subterránea para su uso fuera del estado;⁸⁸ la prohibición de venta de la energía hidroeléctrica a otros estados;⁸⁹ y la prohibición de vender ciertos peces fuera de los límites del estado en donde fueron obtenidos.⁹⁰

No obstante, la jurisprudencia de los Estados Unidos reconoce a los estados la posibilidad de adoptar regulaciones que prohíban la circulación de bienes cuando existen objetivos de salud o protección ambiental que no pueden ser alcanzados por otros medios menos lesivos para el comercio. Así por ejemplo, en *Maine v. Taylor*, la Corte consideró constitucional la ley local que prohibía la importación de carnada para pesca con fundamento en que resultaba imposible para el estado asegurar que la carnada importada estuvieran libres de parásitos y otras especies no-nativas que podrían generar daños al medio ambiente local.⁹¹ Es decir que, según la jurisprudencia del tribunal estadounidense, los estados pueden restringir el ingreso de productos si demuestran que dichos productos presentan un daño único al estado.⁹² El tribunal entiende que en estos casos no se trata de una regulación del comercio sino

⁸⁴ Fallos: 257:159; 342:1061.

⁸⁵ Corte Suprema de los Estados Unidos, “City of Philadelphia v. New Jersey”, (1978)

⁸⁶ Chemical Waste Management v. Hunt (1992)

⁸⁷ Sin embargo, cabe destacar que la jurisprudencia estadounidense reconoce una excepción a esta regla: aquellos casos en los que el estado local actúa como un mero participante en el mercado. Así, por ejemplo, los estados locales podrían establecer sus propios centros de tratamiento de residuos que solo reciban residuos locales. (Fitzgerald, 1996, p. 31)

⁸⁸ Corte Suprema de los Estados Unidos, *Sporhase v. Nebraska*, 458 U.S. 941, 960 (1982).

⁸⁹ Corte Suprema de los Estados Unidos, “New England Power Co. V. New Hampshire”, 455 U.S. 331 (1982).

⁹⁰ El tribunal razonó que “cuando un animal se convierte en un artículo de comercio, su uso no puede estar limitado a los ciudadanos de un estado con la exclusión de los ciudadanos de otros estados”. Suprema Corte de los Estados Unidos, *Hughes v. Oklahoma*, 441 U.S. 322, 323 (1979).

⁹¹ Suprema Corte de los Estados Unidos, 477 U.S. 131, 152 (1986).

⁹² (Tribe, 2000, p. 1064).

de normas dictadas en uso del poder de policía de seguridad y salubridad que conservan los estados.

D. Fondos federales y políticas de estímulo.

El Art. 75 inc. 18 establece que el Congreso de la Nación tiene competencia para proveer lo conducente a la prosperidad del país, al adelanto y bienestar de todas las provincias, por leyes protectoras de estos fines y por concesiones temporales de privilegios y recompensas de estímulo.⁹³ La Corte Suprema ha entendido que esta norma le permite al Congreso eximir a determinadas actividades del pago de impuestos y tasas, tanto nacionales como locales;⁹⁴ y otorgar subsidios a determinadas personas o actividades.⁹⁵ Estas competencias son incluso más amplias que las concedidas al Congreso de los Estados Unidos, según señala nuestra Corte Suprema;⁹⁶ y deben considerarse concurrentes con el poder de policía de las provincias.⁹⁷

En materia ambiental, el Congreso Nacional ha utilizado estas competencias, por ejemplo, para eximir de impuestos a las ganancias a ciertos sujetos que realizan actividades de disposición de residuos,⁹⁸ para conceder subsidios y exenciones impositivas a las energías renovables,⁹⁹ para subsidiar a los productores agropecuarios que realicen inversiones y gastos directamente vinculados con la conservación o recuperación del suelo,¹⁰⁰ y para fomentar la conservación de los bosques protectores.¹⁰¹

E. Facultades impositivas

En la Constitución Nacional, las provincias delegaron en la Nación la potestad para imponer contribuciones indirectas y directas.¹⁰² Existen distintos ejemplos de cómo esta facultad puede ser utilizada con fines ambientales. Quizás el más claro sea el de los llamados “impuestos pigouvianos”, que permiten forzar a quien contamina a internalizar los costos de su actividad al establecer un impuesto equivalente al daño ambiental que genera una unidad de producto; pero también los sistemas de depósito y devolución o los impuestos destinados a

⁹³ Según ha señalado nuestra Corte Suprema, los fines específicos que se enumeran en dicho artículo son meramente enunciativos. Fallos: 183:190.

⁹⁴ Fallos: 68:227; 104:73; 183:190; 324:187 (Voto de los Jueces Carlos S. Fayt, Enrique Santiago Petracchi y Gustavo A. Bossert).

⁹⁵ Fallos: 327:5012.

⁹⁶ Fallos: 68:227.

⁹⁷ Los poderes emanados de la cláusula del progreso pueden ser ejercidos de forma concurrente con el poder de policía de las provincias, excepto cuando: (i) el Congreso inequívocamente prohíba que dicho poder sea ejercido por las provincias; o (ii) se demuestre que la normativa provincial dificulta o impide el adecuado cumplimiento de los propósitos del Congreso. En dichos casos, la normativa provincial será considerada inconstitucional por violar la cláusula del progreso (Fallos: 320:786). En este punto, la Corte cita la jurisprudencia de la Corte de los Estados Unidos en “Pacific Gas v. State Energy Resources Conservation Commission”, 461 U.S. 190 (1983). Para una discusión sobre este punto puede verse Arballo (2019)

⁹⁸ Ley 20.628, Art. 26.

⁹⁹ Ley 25.029, Régimen Nacional de la Energía Eólica.

¹⁰⁰ Ley 22.428, Art. 9 y 21.

¹⁰¹ Ley 13.273, Art. 3.

¹⁰² Art. 75 inc. 2.

financiar actividades de recomposición ambiental¹⁰³ son herramientas regulatorias basadas en las facultades impositivas.

El gobierno federal tiene en esta disposición una herramienta para incidir en los niveles de contaminación interjurisdiccional, incluso cuando las actividades que la originan ocurren íntegramente en el territorio de las provincias. Así, por ejemplo, el impuesto al dióxido de carbono, contemplado por la ley 23.966 y luego modificado por la ley 27.430, recae sobre diez tipos de combustibles líquidos y dos combustibles sólidos, en base a las emisiones de dióxido de carbono que generan.¹⁰⁴ Si su monto fuera lo suficientemente alto, este impuesto serviría para disminuir el consumo de combustibles y, por tanto, las emisiones de dióxido de carbono a la atmósfera. Las facultades tributarias del gobierno federal también le han permitido establecer impuestos y tasas para financiar fondos de afectación específica, como por ejemplo la “Tasa Hídrica de Infraestructura” creada por la Ley 26.181, que se destina en parte a la recuperación de tierras productivas y al control y mitigación de inundaciones.¹⁰⁵

F. Facultad de celebrar tratados

Las provincias delegaron en el gobierno federal el manejo de las relaciones exteriores. El Art. 75 inc. 22 establece que el Congreso Nacional tiene competencia para “[a]probar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con organizaciones internacionales”. En uso de estas facultades, el gobierno federal ha suscripto una gran cantidad de tratados con contenido ambiental, incluyendo materias tan diversas como la protección de la capa de ozono, el cambio climático, la lucha contra la desertificación, la protección de la diversidad biológica, la contaminación con hidrocarburos en alta mar, la protección de especies en peligro de extinción, la protección de humedales, y el transporte transfronterizo de sustancias y residuos peligrosos.

En algunos casos, estos tratados incluyen obligaciones directamente relacionadas con facultades que fueron delegadas al gobierno federal por los estados provinciales. Así, por ejemplo, en el *Convenio para la Conservación y Manejo de la Vicuña*, los gobiernos signatarios “prohíben la exportación de vicuñas fértiles, semen u otro material de reproducción, con excepción de aquéllas destinadas a alguno de los países miembros para fines de investigación y/o repoblamiento.”¹⁰⁶ La regulación del comercio y exportación de productos se encuentra claramente entre las facultades delegadas al gobierno federal por el Art. 75 inc. 13 de la Constitución Nacional.

En otros casos, sin embargo, el cumplimiento de las obligaciones internacionales contraídas implica legislar sobre materias en las que no se delegaron competencias expresas. Así, por

¹⁰³ En los Estados Unidos, esta facultad ha sido utilizada para financiar la limpieza de sitios contaminados, en lo que se conoce como “Superfund”. Comprehensive Environmental Response, Compensation and Liability Act, Artículo I, Sección 8.

¹⁰⁴ Salassa Boix (2019) señala que “el ICO2 no parece tener la suficiente vocación disuasoria como para desalentar conductas contaminantes.” Sin embargo, eso podría corregirse fácilmente elevando el monto por unidad de contaminación.

¹⁰⁵ (Salassa Boix, 2019)

¹⁰⁶ Convenio para la Conservación y Manejo de la Vicuña, Art. 4, aprobado por Ley 23.582.

ejemplo, la *Convención para la Protección de la Flora, de la Fauna y de las Bellezas Escénicas Naturales de los Países de América*¹⁰⁷ establece que:

los Gobiernos Contratantes convienen en adoptar o en recomendar a sus respectivos cuerpos legislativos competentes, la adopción de leyes y reglamentos que aseguren la protección y conservación de la flora y fauna dentro de sus respectivos territorios y fuera de los parques y reservas nacionales, (...) Dichas reglamentaciones contendrán disposiciones que permitan la caza o recolección de ejemplares de fauna y flora para estudios e investigaciones científicos por individuos y organismos debidamente autorizados.

Sería posible argumentar que las facultades para regular el comercio le permiten al gobierno federal adoptar legislación sobre especies migratorias, pero no existe facultad delegada que justifique la intervención del gobierno federal para la protección de especies cuyo hábitat se encuentra circunscripto al territorio de una provincia.¹⁰⁸ Sin embargo, dado que el inc. 32 le otorga al Congreso la facultad de “hacer todas las leyes y reglamentos que sean convenientes para poner en ejercicio los poderes antecedentes, y todos los otros concedidos por la Constitución al Gobierno Federal”, es posible sostener que el Congreso Nacional tiene facultades para dictar la legislación federal necesaria para asegurar el cumplimiento de las obligaciones internacionales contraídas.

Así lo entendió la Corte Suprema de los Estados Unidos al interpretar una cláusula muy similar al 75 inc. 22.¹⁰⁹ En “Missouri v. Holland”, el estado de Missouri cuestionó la constitucionalidad de la legislación dictada por el Congreso Federal para poner en efecto un tratado suscrito con Canadá para la protección de aves migratoria. Argumentó que la normativa en cuestión constituía una interferencia inconstitucional en materias que no habían sido delegadas por los estados (como la caza y venta de aves). Sin embargo, la Corte Suprema entendió que la Constitución le otorga al Congreso Federal la facultad de dictar legislación para poner en práctica los tratados internacionales suscritos, aun en aquellas materias en las que no tiene competencia legislativa delegada.¹¹⁰ Por tanto, si se sigue esta interpretación, el Congreso Federal tendría facultades para dictar legislación ambiental para dar cumplimiento a sus obligaciones internacionales, incluso cuando el ecosistema o problema en cuestión se encuentre enteramente circunscripto al territorio de una provincia.

¹⁰⁷ Aprobada por Decreto Nro. 89.180 el 23 de abril de 1941 y ratificada el 27 de Junio de 1946.

¹⁰⁸ Por ejemplo, el tucu-tucu de Santa Cruz, que fue incluido en el anexo del tratado y cuyo hábitat está limitado al territorio de la provincia de Santa Cruz

¹⁰⁹ Pese algunas diferencias en la redacción, ambas cláusulas son muy similares y los tribunales argentinos han recurrido a la jurisprudencia norteamericana para delimitar el contenido de este artículo (Gelli, 2011) (Podlieszewski, 2019)

¹¹⁰ La Corte Suprema de los Estados Unidos ha sostenido que “By Article II, Section 2, the power to make treaties is delegated expressly, and by Article VI treaties made under the authority of the United States, along with the Constitution and laws of the United States made in pursuance thereof, are declared the supreme law of the land. If the treaty is valid there can be no dispute about the validity of the statute under Article I, Section 8, as a necessary and proper means to execute the power of the Government.” Missouri v. Holland, 252 U.S. 416, 432 (1920).

G. Creación de establecimientos de utilidad nacional

La Constitución de 1853/60 otorgó al Congreso Nacional competencia para “[e]jercer una legislación exclusiva en todo el territorio de la Capital de la Nación, y sobre los demás lugares adquiridos por compra o cesión en cualquiera de las provincias, para establecer . . . establecimientos de utilidad nacional.”¹¹¹

Esta facultad fue utilizada para la creación de áreas naturales protegidas, lo cual permitió al Estado Nacional salvaguardar ecosistemas naturales únicos y aquellos que constituyen el refugio de especies amenazadas.¹¹² Si bien la primera ley de parques nacionales se centró en la creación de parques o reservas en el territorio federal; se previó específicamente que la creación de parques en territorios provinciales debía partir de la cesión del dominio y jurisdicción del terreno por parte del gobierno provincial.¹¹³ Este requisito se mantuvo en la actual Ley de Parques Nacionales 22.351.¹¹⁴

Durante décadas se discutió el alcance de los poderes del Estado Nacional sobre los establecimientos de utilidad nacional y en qué medida las provincias podían establecer tributos o normas de policía sobre estos establecimientos.¹¹⁵ Sin embargo, tal como señala López Alfonsín (2014), a partir de la reforma de 1994 la discusión quedó saldada, ya que la actual redacción del Art. 75 inc. 30 dejó en claro que el Poder Legislativo Nacional tiene facultades exclusivas para legislar sobre estos establecimientos en lo que hace al fin de utilidad pública perseguido, mientras que las autoridades provinciales y municipales conservan su poder de policía e imposición, siempre que no interfieran con los objetivos de conservación de la naturaleza y protección de la diversidad biológica.

H. Regulación de los territorios sometidos a jurisdicción federal y leyes de adhesión

Como parte de la competencia para ejercer legislación exclusiva sobre la Capital Federal y los territorios sometidos a jurisdicción nacional, el Congreso Nacional dictó normas ambientales sobre contaminación del aire¹¹⁶, gestión de residuos peligrosos,¹¹⁷ bosques protectores,¹¹⁸ protección del suelo¹¹⁹ y especies en peligro de extinción,¹²⁰ entre otras. Estas leyes contienen una cláusula por la que se invitan a las provincias a adherir a la norma nacional, adhesión que se materializaba a través de una norma local que “hace propio” el texto de la ley. De esta forma, el Congreso Nacional encontró un vehículo para la unificación de legislación

¹¹¹ Constitución Nacional, Art. 67 inc. 27.

¹¹² Sobre este tema, puede verse López Alfonsín (2014)

¹¹³ Ley 12.103, publicada en el B.O. del 29 de octubre de 1934.

¹¹⁴ Ley N° 22.351, B.O. del 12/12/1980.

¹¹⁵ Para un análisis de la evolución jurisprudencial en la materia puede verse López Alfonsín (2014)

¹¹⁶ Ley 20.284.

¹¹⁷ Ley 24.051.

¹¹⁸ Ley 13.273.

¹¹⁹ Ley 22.421.

¹²⁰ Ley 22.421.

ambiental en algunas materias, a través de la invitación a adherirse y el ofrecimiento de incentivos económico para las provincias que formaran parte del régimen nacional.

I. Tratados interjurisdiccionales.

Finalmente, la posibilidad de celebrar tratados interjurisdiccionales¹²¹ permitió dar respuestas consensuadas a los problemas ambientales compartidos por dos o más provincias, a través de la creación de autoridades de cuencas,¹²² la celebración de acuerdos para la gestión conjunta de residuos domiciliarios,¹²³ para la alerta y colaboración en incendios rurales que afecten el límite común a las provincias,¹²⁴ para la elaboración conjunta de planes de riego,¹²⁵ para la creación centros de investigación y extensión forestal,¹²⁶ entre otros. Estos acuerdos, permitieron a los estados locales establecer medidas para la gestión de problemas regionales, sin necesidad de recurrir a la intervención del gobierno federal

J. Subsidiariedad y correspondencia territorial en la Constitución de 1853/60

En conclusión, aún sin proponérselo, la Constitución de 1853/60 siguió los principios de subsidiariedad y correspondencia territorial. En efecto, la protección del medio ambiente quedó comprendida dentro del “poder de policía” local y la intervención del gobierno federal solo estaba justificada por la existencia de un daño ambiental interjurisdiccional, una afectación al comercio, o la protección de un ecosistema especialmente valioso. Para dichos casos, el Congreso contaba con las potestades que enumeramos en los apartados anteriores.

Si bien es cierto que el Poder Legislativo Federal hizo un uso limitado de estas facultades, la Constitución histórica le proveyó una caja de herramientas completas para abordar los problemas ambientales que requerían de su intervención. Prueba de ello es que la copiosa legislación ambiental establecida por el Congreso de los Estados Unidos, a partir de potestades similares. Asimismo, la posibilidad de celebrar tratados interprovinciales permitió la creación de autoridades intermedias para la gestión conjunta de recursos compartidos, permitiendo seguir el principio de correspondencia territorial, aún cuando el problema ambiental excedía los límites de la provincia. Por tanto, hasta la reforma de 1994, la normativa dictada por el Congreso respondió, al menos parcialmente, a los principios de subsidiariedad y

¹²¹ Art. 125 CN. Sobre este punto puede verse Saulino (2019b).

¹²² Así, por ejemplo, el Comité Interjurisdiccional del Río Colorado, la Autoridad Interjurisdiccional de las Cuencas de los Ríos Limay, Neuquén y Negro, la Comisión Interprovincial del Río Juramento, la Comisión Regional del Río Bermejo, el Comité Interjurisdiccional del Río Pilcomayo, entre otros.

¹²³ Así por ejemplo, el acuerdo de creación del CEAMSE y el acuerdo celebrado el día 18 de setiembre de 1989 por los Gobernadores de las Provincias de Río Negro y Neuquén para avanzar en la ejecución y puesta en marcha del proyecto de tratamiento integral de los residuos sólidos domiciliarios de la región del Alto Valle de Río Negro y Neuquén.

¹²⁴ Convenio suscripto entre las Provincias de Mendoza, La Pampa y San Luis, relacionado con tareas de Alerta y Colaboración en los incendios rurales que afecten el límite común entre ellas.

¹²⁵ Acuerdo celebrado con fecha 22 de Abril de 1974, entre las Provincias de Río Negro y Buenos Aires

¹²⁶ Convenio firmado entre las provincias de Río Negro, Chubut, Santa Cruz, Neuquén, Tierra del Fuego, Instituto Nacional de Tecnología Agropecuaria (INTA), Instituto Forestal Nacional (IFONA), Parques Nacionales, Universidad Nacional del Comahue y Universidad Nacional de la Patagonia el 25-11-89 para la creación del Centro de Investigación y Extensión Forestal del Bosque Andino - Patagónico.

correspondencia territorial y priorizó las respuestas locales y regionales por sobre la centralización.¹²⁷

IV. LA REFORMA DE 1994 Y LA NUEVA DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS.

A. Cambios introducidos por la reforma de 1994

La reforma de la Constitución de 1994 modificó sustancialmente la distribución de competencias existentes. En efecto, el artículo 41 reconoció expresamente el derecho a un ambiente sano, apto para el desarrollo humano y sustentable; y le otorgó a la Nación la competencia para “dictar las normas de presupuestos mínimos de protección ambiental” y a las provincias “las necesarias para complementarlas”, sin que “aquellas alteren las jurisdicciones locales”.¹²⁸ De esta forma, el constituyente optó por una estructura cooperativa, en donde ambos niveles de gobierno tienen competencias para regular los problemas ambientales: la Nación establece un piso mínimo uniforme para todo el país; y las provincias pueden complementarlo según sus necesidades y preferencias, siempre que dicho complemento no implique perforar el piso mínimo establecido por la Nación.

Un primer interrogante que surge a partir de la incorporación del Art. 41 es cómo se articulan estas nuevas competencias con las que ya existían en la Constitución histórica. ¿Reemplaza el Art. 41 a las competencias ambientales existentes? ¿Toda norma ambiental dictada por el Congreso Nacional debe considerarse de presupuestos mínimos? En mi opinión, las nuevas competencias deben entenderse como complementarias de las que ya habían sido delegadas en la Constitución histórica. Más allá de la necesidad de interpretar el artículo 41 de forma armónica con el resto de las disposiciones de la Constitución Nacional, considerar que a partir de la reforma de 1994 las competencias ambientales del gobierno federal quedaron limitadas a la legislación de presupuestos mínimos nos llevaría a una situación absurda que frustraría el fin de hacer “un solo país para un solo pueblo.”¹²⁹

En efecto, si toda norma ambiental dictada por la Nación fuera considerada de presupuestos mínimos, el resultado sería la completa disrupción del comercio interprovincial y la frustración de los fines previstos al delegar competencias al Congreso Nacional en el Art. 75. Imaginemos, por ejemplo, que para mejorar la calidad de aire una provincia decidiera exigir una determinada composición de los combustibles (por encima de la exigida por el gobierno nacional), establecer estándares ambientales más exigentes para los automóviles que circulen por su

¹²⁷ Cabe destacar que esta distribución de competencias es anómala para nuestro sistema federal que mayoritariamente ha adoptado una organización federal centralizada. Para una discusión sobre la centralización en el federalismo argentino puede verse (Hernández, 2018, p. 23)

¹²⁸ Para un análisis del Art. 41 puede verse Saulino (2019a)

¹²⁹ Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Bressani c. Provincia de Mendoza”, Fallos: 178:9; más recientemente, “La Pampa c. Mendoza”, Fallos: 310:2478. En este sentido, al analizar una norma municipal sobre la localización de antenas de telefonía móvil, el Ministro Rosenkrantz afirmó que “[n]i la reforma constitucional de 1994 ni el reconocimiento constitucional del estatus autónomo de los municipios en el artículo 123 de la Constitución ha modificado la distribución constitucional de competencias en materia de telecomunicaciones. (...) no puede haber duda de que la reglamentación del servicio telefónico es facultad delegada por las provincias a la Nación, que a aquellas les está vedado ejercer” Fallos: 342:1061 (Voto del Dr. Rosenkrantz).

territorio, o para las estufas que se venden en su jurisdicción. Imaginemos ahora que todas las provincias deciden hacer lo mismo. En un contexto así, la libre circulación de bienes y servicios a lo largo del territorio nacional sería imposible o, al menos, terriblemente dificultosa.

En este sentido, la Corte Suprema ha sostenido en el precedente “Líneas de Transmisión del Litoral c/ Provincia de Corrientes” que “las previsiones contenidas en materia ambiental en las leyes [federales] de energía, como así también la función de ‘velar por la protección de la propiedad, el medio ambiente y la seguridad pública, en la construcción y operación de los sistemas de generación, transporte y distribución de electricidad . . .’, atribuidas al Ente Nacional Regulador de la Electricidad . . . , no se ven modificadas por el nuevo art. 41 ni se contradicen con él.”¹³⁰ Por tanto, consideró inconstitucionales las leyes provinciales que modificaba el trazado de una línea de alta tensión por razones ambientales, ya que interferían con las facultades que le corresponden al Estado Nacional para la concreción de un servicio público nacional.¹³¹

Más recientemente, en “Telefónica Móviles Argentina S.A. c/ Municipalidad de Gral. Güemes”, el tribunal concluyó que la norma municipal que modificaba la ubicación de las antenas de telefonía móvil era inconstitucional por invadir facultades delegadas por las provincias a la Nación (Art. 75 inc. 13 y 18).¹³² En su voto concurrente, el Ministro Lorenzetti explicó “que, de admitirse la validez de la regulación municipal en materia de localización antenas de telefonía móvil ‘podría configurarse el absurdo de que en cada ciudad exista una regulación distinta sobre el tópico en cuestión, imposibilitando no solo el referido normal desarrollo de la telefonía móvil sino también la integración y modernización de la Nación y afectando el comercio interprovincial y regional’”.¹³³

Es claro entonces que la normativa ambiental dictada en uso de los poderes delegados en el Art. 75 no es susceptible de ser complementada por las provincias, por lo que ambos sistemas conviven a partir de la reforma de 1994. Es decir que bajo el sistema de la Constitución de 1994 existen: (i) competencias ambientales federales; (ii) competencias nacionales para establecer normas de derecho común respecto al daño ambiental y a los delitos ambientales (75 inc. 12); y (iii) competencias nacionales para establecer normas de presupuestos mínimos que pueden ser complementadas por las provincias.

B. Federalismo y cooperación en el establecimiento de estándares ambientales

La estructura de piso mínimo nacional y complemento local introducida por la reforma de 1994 no es atípica en otros países federales. La cooperación en el establecimiento de estándares ambientales es común en el federalismo norteamericano, aún sin que exista una cláusula que

¹³⁰ Fallos: 322:2862.

¹³¹ No obstante, sostuvo que la provincia podía exigir la implantación de cortinas arbóreas de especies nativas en uso de sus poderes concurrentes de policía ambiental, en tanto el ejercicio de dichos poderes no resultare incompatible con la legislación federal.

¹³² Fallos: 342:1061.

¹³³ Fallos: 342:1061 (Voto del Juez Lorenzetti).

expresamente lo prevea.¹³⁴ De hecho, solo en dos ocasiones el Congreso de los Estados Unidos ha optado por dictar legislación que prohíbe a los estados establecer estándares diferentes a los contemplados por la legislación federal: la regulación de la contaminación del aire por las emisiones de automotores; y algunos aspectos de la regulación de insecticidas.¹³⁵ En el resto de los supuestos ha utilizado lo que se conoce como *partial preemption*, que implica un esquema similar al de nuestro país: el estado federal establece estándares ambientales mínimos, pero permite a los estados locales diseñar e implementar sus propias leyes y programas para alcanzar los objetivos establecidos por la legislación federal, siempre que estos sean al menos tan exigentes como el estándar federal.¹³⁶ El gobierno federal supervisa la implementación de la norma por parte de los estados locales y puede accionar judicialmente para asegurar su cumplimiento, e incluso retomar las facultades delegadas en aquellos casos en los cuales los estados incumplen los estándares federales.¹³⁷

Algo similar sucede en la Unión Europea. La enmienda al tratado de Roma de 1987 establece explícitamente las bases de la política ambiental¹³⁸ y permite a los países miembros mantener o adoptar regulaciones ambientales más estrictas que las aprobadas por la Comunidad.¹³⁹ La implementación de las directivas comunitarias queda en manos de los Estados miembros, pero la Comisión supervisa su implementación, asegura que las regulaciones sean aplicadas en la práctica; y, en caso de incumplimiento (detectado por la Comisión o denunciado por individuos u organizaciones), puede llevar el caso ante la Corte Europea de Justicia.¹⁴⁰

Las leyes de presupuestos mínimos, sin embargo, tienen dos diferencias importantes con las previstas en el régimen anterior a la reforma y con el federalismo de cooperación de los Estados Unidos y la Unión Europea: (i) no son leyes federales; y (ii) no están limitadas en cuanto a las materias que pueden abarcar. Ramírez Calvo (2012) señala que esto puede deberse a que la norma fue “trasplantada” de la constitución española, que establece un régimen centralista muy distinto al de los países federales.¹⁴¹ Analizaremos a continuación estas dos diferencias y sus principales consecuencias.

(i) Las leyes de presupuestos mínimos no son leyes federales

¹³⁴ New York v. United States, 505 U.S. 144, 167 (1992) (“[W]here Congress has the authority to regulate private activity under the Commerce Clause, we have recognized Congress’ power to offer States the choice of regulating that activity according to federal standards or having state law pre-empted by federal regulation.... This arrangement... has been termed cooperative federalism.”).

¹³⁵ (Kelemen, 2004, p. 60)

¹³⁶ (Adelman & Engel, 2008, p. 1812; Kelemen, 2004, p. 60)

¹³⁷ (Adelman & Engel, 2008, p. 1812)

¹³⁸ (Kelemen, 2004, p. 28) La primera regulación ambiental de la Comunidad data de 1967, sin embargo de forma previa a la enmienda de 1987 las normas ambientales eran dictadas con base en los artículos que le otorgaban poderes al Consejo para evitar las distorsiones en la competencia y barreras al comercio (Art. 100); y para adoptar legislación necesaria para lograr una de las actividades esenciales de la comunidad (Art. 235).

¹³⁹ (Kelemen, 2004, p. 28)

¹⁴⁰ (Kelemen, 2004, p. 31)

¹⁴¹ (Ramírez Calvo, 2012, p. 64). Diversos autores señalan a la Constitución española como fuente del Art. 41. En este sentido, puede verse (LÓPEZ ALFONSÍN, 2014, p. 21) ESAIN (2010); TAWIL (1995), entre otros.

La primera diferencia importante entre el Art. 41 y las estructuras cooperativas utilizadas en el derecho comparado es que las leyes de presupuestos mínimos no son “leyes federales” sino que son “leyes comunes”. En efecto, el tercer párrafo del Art. 41 repite la fórmula del 75 inc. 12 al dejar establecido que las normas de presupuestos mínimos que dicte el Congreso no pueden alterar las jurisdicciones locales. Este último buscó unificar el derecho de fondo, de forma tal de facilitar el desarrollo de la vida civil, pero manteniendo en las provincias la facultad de organizar sus propios tribunales y dictar las leyes procesales.¹⁴²

Al seguir esa estructura, la fórmula elegida por el Art. 41 implica que las normas de presupuestos mínimos dictadas por el Congreso Nacional serán aplicadas e interpretadas por los poderes provinciales, excepto cuando las personas o las cosas caigan bajo la jurisdicción federal. Es decir que el control de la justicia federal de dichas normas quedará reservado a los supuestos en que (i) exista un problema ambiental interjurisdiccional;¹⁴³ (ii) las personas o las cosas estén sometidas a la jurisdicción federal; o (iii) exista una cuestión federal involucrada de magnitud tal que permita a los actores llegar a la Corte Suprema por vía del recurso extraordinario federal, luego de haber obtenido una decisión del máximo tribunal provincial.

En consecuencia, en aquellos supuestos en el que los Estados locales se resistan a aplicar la legislación de presupuestos mínimos en su territorio, o dicten normas que estén por debajo del piso mínimo establecido por la Nación, el gobierno federal carecerá de herramientas para garantizar su efectivo cumplimiento. En efecto, a diferencia de lo que ocurre en los Estados Unidos o la Unión Europea, nuestro gobierno federal no tiene facultades para forzar el cumplimiento de las leyes de presupuestos mínimos en los territorios provinciales, ya que estas no son normas federales.

Un claro ejemplo de esta situación puede verse en la implementación de la Ley de Bosques Nativos. Recientemente, la provincia de Salta creó excepciones que permitieron el desmonte de bosques nativos en su territorio, en violación a la legislación de presupuestos mínimos.¹⁴⁴ Más allá de que dichas disposiciones son claramente inconstitucionales por incumplir el piso mínimo de protección establecido a nivel nacional, la Secretaría de Ambiente del Gobierno Nacional solo puede “instar” a la provincia a “dar cumplimiento con la legislación nacional y dejar sin efecto las disposiciones contrarias a la ley”.¹⁴⁵ Pero, por fuera de esa resolución, carece de facultades para dejar sin efecto las autorizaciones de desmonte otorgadas por la provincia, sancionar a quienes prosigan con el desmonte, o tomar las riendas de la administración de los permisos directamente desde el gobierno federal.

Esta es una grave deficiencia de las leyes de presupuestos mínimos, que limita fuertemente su poder para dar respuesta a aquellos problemas que requieren la intervención del gobierno federal, en ausencia de una actitud cooperativa por parte de los gobiernos provinciales.

¹⁴² (González, 1897, p. 489)

¹⁴³ Fallos sobre competencia de la CSJN

¹⁴⁴ Resolución 56-E/2018. Según la Secretaría de Ambiente “las re-categorizaciones prediales aprobadas en el marco de los Decretos provinciales N° 2211/10 y N° 3136/11, posibilitaron desmontes y resultaron regresivas del propio Ordenamiento Territorial de los Bosques Nativos aprobado por la Provincia de SALTA y contradictorios con las disposiciones de la Ley N° 26.331 y Ley N° 25.675.”

¹⁴⁵ Resolución 56-E/2018.

- (ii) Las leyes de presupuestos mínimos no están limitadas en cuanto a las materias que pueden abarcar.

En segundo lugar, a diferencia de lo que ocurría antes de la reforma de 1994, el Art. 41 permite al Estado Nacional establecer legislación ambiental sin necesidad de justificar su sanción en la existencia de un problema ambiental interjurisdiccional, la preservación de áreas de especial valor de conservación, la necesidad de mantener un mercado común o la existencia de economías de escala.¹⁴⁶ De hecho, en ocasiones, esta potestad se ha utilizado para establecer legislación nacional en cuestiones eminentemente locales como la gestión de residuos domiciliarios, el ordenamiento ambiental del territorio, o la eliminación de PCBs dentro del territorio de la provincia.¹⁴⁷

Al otorgarle poderes tan amplios al gobierno nacional, la Constitución de 1994 dejó de lado los principios de subsidiariedad y correspondencia territorial y permitió al Gobierno Nacional establecer legislación de presupuestos mínimos sobre todas las cuestiones ambientales, sin importar cuán locales sean. En la siguiente sección analizaremos si existen otros argumentos teóricos que justifiquen este nivel de centralización en un país federal.

C. ¿Existe una justificación teórica para la nueva distribución de competencias?

A partir de las competencias delegadas en la cláusula comercial, la cláusula del progreso, la facultad de suscribir tratados internacionales, crear establecimientos de utilidad nacional y establecer impuestos y contribuciones, el gobierno federal tuvo hasta 1994 competencias similares a las que detenta el gobierno federal de los Estados Unidos o de la Unión Europea. La reforma de 1994 le permitió además dictar legislación común de piso mínimo sobre cualquier temática ambiental, sin importar si se trata de un tema acotado al ámbito municipal o provincial.

Esta intervención nacional en asuntos eminentemente locales solo parece encontrar su justificación en dos argumentos: (i) la “carrera hacia el fondo”; y (ii) el reconocimiento del derecho a un ambiente sano. Sin embargo, como se verá a continuación estos argumentos no son suficientes como para dejar de lado los principios de subsidiariedad y correspondencia territorial; y, en cualquier caso, no sirven para justificar la legislación de presupuestos mínimos dictada hasta la actualidad.

¹⁴⁶ Tal como señala Justo (2017) “la incorporación del art. 41 de la Constitución Nacional en la reforma de 1994 produjo una alteración sustancial en la asignación de competencias provinciales y municipales dentro del régimen federal. De acuerdo a esta cláusula, cada vez que alguna actividad incide en la esfera de lo ambiental ella pasa a estar captada por la Nación a través de la fijación de los presupuestos mínimos y esto implica reducir correlativamente la capacidad regulatoria del derecho público local.”

¹⁴⁷ Frías sostiene que “el ruido y los desechos serán competencia normal de los municipios” (*Introducción al derecho público provincial*, 1980, p. 222).

(i) La carrera hacia el fondo

El argumento de la carrera hacia el fondo es una variante de la “tragedia de los recursos comunes”,¹⁴⁸ según la cual, en ausencia de intervención federal, las provincias competirán para atraer a aquellas actividades económicas que pueden moverse libremente a través del territorio, de forma tal de beneficiarse con más puestos de trabajo o con el pago de tasas y contribuciones.¹⁴⁹ Para ello, relajarán sus estándares ambientales por debajo del nivel óptimo para sus comunidades y generarán, de esa forma, incentivos para que las actividades económicas se localicen en su territorio.¹⁵⁰ Sin embargo, si todas provincias razonan de la misma manera, correrán una “carrera hacia el fondo”, relajando sucesivamente sus estándares ambientales para atraer industrias. Al final de esta carrera, todas las provincias terminarán con estándares ambientales más bajos que los que hubieran elegido si no hubiera existido esta competencia nociva entre los miembros de la federación.

La posibilidad de negociar un acuerdo interjurisdiccional que ponga un freno a la carrera hacia el fondo es poco probable, dado que los costos de transacción podrían ser muy altos. Por ende, según este argumento, la única solución posible es la intervención del gobierno federal a través de regulación centralizada.¹⁵¹ Es decir que, al establecer un piso mínimo para la regulación de residuos domiciliarios, el ordenamiento ambiental del territorio local, o gestión de PCBs, el Estado Nacional estaría asegurando que las provincias no rebajen sus estándares ambientales para fomentar la localización de empresas e industrias.

Se ha demostrado, sin embargo, que es muy difícil replicar los presupuestos teóricos en los que ocurre la carrera hacia el fondo.¹⁵² A diferencia de lo que sus proponentes sugieren, el costo de transacción involucrado en la mudanza de jurisdicción en muchos casos será lo suficientemente alto como para que la carrera no pueda correrse.¹⁵³ En efecto, para muchas industrias resultaría muy costoso mover su planta y todo su personal para responder a los incentivos que podría generar una legislación ambiental más laxa. Asimismo, muchas industrias reguladas dependen de la existencia de ciertos recursos naturales o condiciones geográficas para su instalación, lo que dificultaría aún más las posibilidades de competencia.

El argumento de la carrera hacia el fondo tampoco tiene en cuenta que las preferencias de los ciudadanos por determinados niveles de calidad ambiental también podría llevarlos a mudarse de jurisdicción, si los estándares disminuyesen más allá de cierto piso. En este sentido, el argumento de la carrera hacia el fondo funciona si suponemos que los ciudadanos que tienen preferencias ambientales más elevadas que las establecidas por la legislatura local no tienen posibilidades de mudarse, son demasiado pocos o no pueden organizarse para oponerse a la legislación.¹⁵⁴ Sin embargo, en la práctica, los ciudadanos tienden a ser muy reticentes aceptar

¹⁴⁸ (Hardin, 1968)

¹⁴⁹ (Revesz, 1997a, p. 98; Stewart, 1977, pp. 1211-1212)

¹⁵⁰ (Stewart, 1977, pp. 1211-1212)

¹⁵¹ (Stewart, 1977, pp. 1211-1212)

¹⁵² (Revesz, 1997a) Pueden existir ejemplos de esta carrera en contextos en los cuales los costos de transacción son suficientemente bajos, así ocurrió por ejemplo con la regulación de las sociedades extranjeras por parte de la Inspección General de Justicia que llevó a que estas sociedades buscaran registrarse en los registros públicos de comercio de aquellas provincias con menores requisitos.

¹⁵³ (Revesz, 1997a)

¹⁵⁴ (Revesz, 1997a, p. 100) (Stewart, 1977, pp. 1211-1212)

cambios que aumente los riesgos ambientales de sus comunidades o disminuya el valor de su propiedad (aún cuando estos cambios signifiquen menos impuestos). Las polémicas generadas por la localización de rellenos sanitarios son solo un ejemplo de esta resistencia.

Por otra parte, aún si suponemos por hipótesis que existe una carrera hacia el fondo para atraer industrias mediante la relajación de los estándares ambientales, las leyes de presupuestos mínimos no serían el mejor vehículo para detenerla. En efecto, como señalé en la sección IV.B.i, *supra*, al tratarse de legislación común (y no de legislación federal) el estado federal cuenta con limitadas facultades para lograr el cumplimiento de las normas de presupuestos mínimos. La carrera hacia el fondo podría entonces correrse simplemente relajando el control del cumplimiento de las normas ambientales, competencia que permanece en cabeza de los gobiernos provinciales.

Finalmente, aún si funcionaran correctamente, las leyes de presupuestos mínimos no evitarían que la competencia se trasladase a otros ámbitos regulados a nivel local (como podrían ser los impuestos, las normas procesales, la legislación municipal, etc.). Por lo tanto, si tomamos este argumento en serio, el gobierno federal debería tomar a su cargo la totalidad del derecho público local para evitar que las provincias corran algún tipo de carrera hacia el fondo.¹⁵⁵ Es decir, la única forma de evitar este problema (si es que efectivamente existe¹⁵⁶) sería eliminar por completo la autonomía de los estados provinciales.¹⁵⁷

(ii) El reconocimiento del derecho al ambiente sano

Otra posible justificación a la legislación nacional de piso mínimo puede encontrarse en el reconocimiento del derecho al ambiente sano, equilibrado y apto para el desarrollo humano y sustentable. Según este argumento, al reconocerse el derecho al ambiente sano, el Estado Nacional estaría obligado a asegurar un mínimo de calidad ambiental a todos los habitantes de la Nación, para asegurar su derecho de igualdad ante la ley.¹⁵⁸ Este argumento estuvo entre las razones que dio la constituyente Roulet para defender la formulación del artículo:

“En el texto que hemos adoptado, donde se establece una legislación de base que está a cargo de la Nación y que fija los requisitos mínimos de los niveles de protección, creo que tenemos que tener en cuenta en primer lugar, que todos los habitantes del país tengan esta mínima protección, debemos cuidar que no existan vacíos legislativos en ninguna jurisdicción que dejen desprotegidos a los habitantes del país.”¹⁵⁹

En primer lugar, cabe destacar que el reconocimiento de un derecho en la Constitución Nacional no justifica por sí solo la delegación de competencias en el gobierno federal. Nuestra

¹⁵⁵ (Revesz, 1997a, p. 101)

¹⁵⁶ Adler señala que no existe evidencia de que la carrera hacia el fondo ocurra en la práctica (Adler, 2005, p. 153)

¹⁵⁷ (Revesz, 1997a, p. 106)

¹⁵⁸ (Gartenstein-Ross, 2003, p. 187)

¹⁵⁹ Elva Roulet, *Versiónes Taquigráficas de la Comisión de Redacción*, Convención Nacional Constituyente, 1994, IV, 4093;

Corte Suprema ha sostenido que “la existencia de distintas regulaciones [...] dentro de las respectivas jurisdicciones de la Nación y las provincias es consecuencia del sistema federal adoptado por la Constitución Nacional, de modo que cada una de ellas es libre de dictarlas con la sola limitación . . . de que deben constituir una reglamentación razonable del derecho.”¹⁶⁰

No obstante, sería posible que dadas las particularidades del derecho al ambiente sano, el constituyente haya querido asegurar un mínimo de protección común en todo el territorio. Si esta fuera la justificación para el dictado de legislación de presupuestos mínimos, el marco regulatorio actual podría ser a la vez subinclusivo y sobreinclusivo.¹⁶¹

En efecto, el Art. 41 de la Constitución Nacional garantiza a todos los habitantes de la Nación el derecho a un ambiente sano, equilibrado y apto para el desarrollo humano y sustentable. Tal como señaló nuestra Corte Suprema el ambiente no es una mera acumulación de elementos sino un sistema integrado que tiene un punto de equilibrio.¹⁶² Un “ambiente sano” puede interpretarse como un ambiente de calidad tal que no afecte la salud o las posibilidades de desarrollo de los seres humanos. Sin embargo, la legislación ambiental de presupuestos mínimos adoptó un enfoque que no se basa en los niveles agregados de contaminación, sino que regula cada componente del ecosistema o cada problema ambiental por separado.¹⁶³ Este mecanismo puede no ser suficiente para prevenir la existencia de niveles de contaminación que violen el derecho al ambiente sano en algunas o todas las comunidades.¹⁶⁴ En efecto, aún si todas las normas de presupuestos mínimos fueran respetadas, el efecto agregado de la contaminación permitida podría llevar a que determinadas comunidades padezcan niveles demasiado altos de contaminación.¹⁶⁵ De igual modo, la regulación de piso mínimo podría aplicarse en áreas en las cuales los niveles de contaminación agregada son suficientemente bajos como para que no exista, en la práctica, una violación al derecho.¹⁶⁶

Si lo que nos preocupa son los impactos agregados de la contaminación, es claro que los gobiernos locales son los que están en mejores condiciones de establecer normas que propendan a la efectiva garantía del derecho al ambiente sano. En este contexto, el rol del gobierno federal podría estar dado por el monitoreo de los impactos ambientales acumulados, para asegurar que las condiciones ambientales de ninguna comunidad estén en un nivel que viole el derecho al ambiente sano de sus integrantes.¹⁶⁷ De ocurrir esto, el gobierno federal debería intervenir para asegurar que la región en cuestión alcance los estándares mínimos. De esta forma, el gobierno federal estaría asegurando la efectiva garantía del derecho al ambiente

¹⁶⁰ “José Lopez Rega” Fallos 312:772 (refiriéndose a la reglamentación de la prisión preventiva).

¹⁶¹ (Revesz, 1997c, pp. 544-545)

¹⁶² Fallos: 340:1695. Sobre este tema puede verse Saulino (2019a).

¹⁶³ Se sancionaron leyes para: (i) la gestión integral de residuos industriales y de actividades de servicios (Ley 25.612); (ii) la gestión y eliminación de PCBs (Ley 25.670); (iii) la gestión ambiental de aguas; (iv) el libre acceso a la información pública ambiental; (v) la gestión de residuos domiciliarios; (vi) la protección de bosques nativos; (vii) las actividades de quema; y (viii) la preservación de los glaciares y el ambiente periglacial. No obstante, por fuera de la justificación basada en derechos, algunas de estas leyes podrían encontrar una justificación en el impacto interjurisdiccional de los problemas que se intenta regular.

¹⁶⁴ (Gartenstein-Ross, 2003, p. 189)

¹⁶⁵ Por otra parte, como hemos mencionado en el apartado anterior, al tratarse de legislación común y no de normas federales la capacidad del gobierno nacional de asegurar el cumplimiento de las normas de presupuestos mínimos es limitada.

¹⁶⁶ (Gartenstein-Ross, 2003, p. 188)

¹⁶⁷ (Gartenstein-Ross, 2003, p. 233)

sano en todo el territorio nacional, sin por ello desconocer los principios de subsidiariedad y correspondencia territorial.

V. CONCLUSIÓN: POR UNA VUELTA AL FEDERALISMO AMBIENTAL

Si bien es cierto que antes de 1994 solo existía un incipiente desarrollo del derecho ambiental federal, esto no se debió a un problema de diseño institucional. Como se demostró a lo largo de este trabajo, la Constitución histórica dotó al Gobierno Federal de una caja de herramientas completa para resolver los problemas ambientales que requerían de su intervención. De acuerdo con los principios de subsidiariedad y correspondencia territorial, el Congreso Nacional utilizó dichas herramientas para hacer frente a problemas interjurisdiccionales, establecer estándares para los productos que circulan en el territorio, y proteger ecosistemas especialmente valiosos. Por su parte, las provincias suscribieron acuerdos interprovinciales y crearon entidades regionales para la gestión conjunta de ecosistemas compartidos. De esta forma, se priorizaron las respuestas locales y regionales por sobre la centralización.

La incorporación de las normas de presupuestos mínimos en la reforma de 1994 optó por fortalecer el centralismo en materia ambiental, sin una justificación teórica clara. En efecto, el Art. 41 otorgó nuevas competencias al Congreso Nacional para dictar legislación ambiental común, sin justificar su sanción en la existencia de un problema interjurisdiccional, la necesidad de mantener un mercado común o la protección de especies y ecosistemas valiosos. Como se vio durante el desarrollo de este trabajo, la centralización de competencias ambientales en el gobierno federal no puede ser justificada por la necesidad de evitar la competencia interjurisdiccional. Por otra parte, si lo que se buscó fue asegurar un piso mínimo de derechos, se debió haber optado por normas que abordaran el riesgo ambiental agregado y no por leyes sectoriales que atacan por separado los distintos problemas ambientales.

No obstante, la legislación de presupuestos mínimos es una herramienta excelente para abordar los problemas ambientales que requieren la intervención del gobierno federal, ya que deja espacio para que las legislaciones locales establezcan normas más estrictas o rellenen los vacíos legislativos de la norma nacional. Esto permite adaptar los estándares nacionales para hacer frente a las realidades, climas y biomas más disímiles. Sin embargo, como se ha mostrado a lo largo del artículo, al tratarse de normas de derecho común la legislación de presupuestos mínimos resulta doblemente deficiente. Por un lado, permite al gobierno nacional inmiscuirse en cuestiones locales, en contra de los principios de subsidiariedad y correspondencia territorial. Por el otro, depende de la cooperación de los gobiernos provinciales para su efectividad y, por lo tanto, es una herramienta débil para dar solución a los problemas ambientales interjurisdiccionales cuando no se cuenta con la cooperación de las provincias.

La buena noticia es que no es necesario una reforma constitucional para corregir estos problemas. Dado que el gobierno federal ha conservado las competencias atribuidas por la

Constitución histórica, lo único que se necesita es retomar sus competencias ambientales federales. En efecto, basta con que el Congreso decida volver al federalismo ambiental y se enfoque en el dictado de normas federales para los problemas que requieren su intervención. Cabe destacar que retomar las competencias ambientales federales no quiere decir dictar legislación uniforme. Como muestra con claridad el ejemplo de Estados Unidos es posible dictar legislación federal que deje lugar para la complementación e implementación local. Normas de este tipo, para hacer frente a los problemas que justifican la intervención del gobierno federal, probablemente resulten más deseables que el esquema actual de competencias que permite un centralismo injustificado.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- Adelman, D. E., & Engel, K. H. (2008). Adaptive Federalism: The Case Against Reallocating Environmental Regulatory Authority. *Minnesota Law Review*, 92, 1796-1850.
- Adler, J. H. (2003). Letting Fifty Flowers Bloom: Using Federalism to Spur Environmental Innovation. In J. Chen (Ed.), *The Jurisynamics of Environmental Protection: Change and the Pragmatic Voice in Environmental Law*. Washington D.C.: Environmental Law Institute.
- Adler, J. H. (2005). Jurisdictional Mismatch in Environmental Federalism. *NYU Environmental Law Journal*, 14, 130-178.
- Agencia de Protección Ambiental de los Estados Unidos. (1984). *Evaluación y Manejo de Riesgos: Sistema para la toma de decisiones*. Retrieved from Estado de México, México:
- Arballo, G. (2019). Comentario al artículo 75 inc. 18. In R. Gargarella & S. Guidi (Eds.), *Constitución de la Nación Argentina Comentada* (Vol. 2, pp. 394-403). Buenos Aires: La Ley.
- Barber, N. W. (2018). *The Principles of Constitutionalism*. Oxford: Oxford University Press.
- Barrera Buteler, G. (2010). Los poderes no delegados. In D. Sabsay & P. Manili (Eds.), *Constitución de la Nación Argentina* (Vol. 4, pp. 789-806). Buenos Aires: Hammurabi.
- Bermann, G. (1994). Taking Subsidiarity Seriously: Federalism in the European Community and the United States. *Columbia Law Review*, 94(2), 331-456.
- Butler, H. N., & Macey, J. R. (1996). *Using Federalism to Improve Environmental Policy*. Washington D.C.: The AEI Press.
- Calabresi, S. G., & Bickford, L. D. (2014). Federalism and Subsidiarity. In J. E. Fleming & J. T. Levy (Eds.), *Federalism and Subsidiarity: Nomos LV*. New York: NYU Press.
- Cano, G. J. (1978). *Derecho, Política y Administración Ambientales*. Buenos Aires: Depalma.
- Congreso Nacional. (1863). *Diario de sesiones de la Cámara de Diputados del año 1862*. Buenos Aires: Imprenta de la Tribuna
- Consejo para la Consolidación de la Democracia. (1986). *Reforma Constitucional: Dictamen Preliminar del Consejo para la Consolidación de la Democracia*. Buenos Aires: Eudeba.

- Esain, J. A. (2010). La distribución de competencias Nación-provincias en materia ambiental. In D. Sabsay & P. Manili (Eds.), *Constitución de la Nación Argentina* (Vol. 2, pp. 257-). Buenos Aires: Hammurabi.
- Esty, D. C. (1997). Revitalizing Environmental Federalism. *Michigan Law Review*, 95, 570-653.
- Esty, D. C. (2008). Breaking the Environmental Law Logjam: The International Dimension. *NYU Environmental Law Journal*, 17, 836-853.
- Farber. (1999). *Eco-Pragmatism. Making Sensible Environmental Decisions in an Uncertain World*. Chicago: The University of Chicago Press.
- Fitzgerald, E. A. (1996). The Constitutional Division of Power with Respect to the Environment in the United States. In K. M. Holland, F.L. Morton, & B. Galligan (Eds.), *Federalism and the Environment*. Westport, CT: Greenwood Press.
- Frias, P. (2004). *El Federalismo Argentino*. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Retrieved from <https://www.acaderc.org.ar/2004/11/26/el-federalismo-argentino/>
- García-Mansilla, M. J., & Ramírez Calvo, R. (2006). *Las Fuentes de la Constitución Nacional*. Buenos Aires: Lexis Nexis.
- Gartenstein-Ross, D. (2003). An Analysis of the Right-Based Justification for Federal Intervention in Environmental Regulation. *Duke Environmental Law & Policy Forum*, 14(1), 185-243.
- Gelli, M. A. (2011). *Constitución Comentada*. Buenos Aires: La Ley.
- González, J. V. (1897). *Manual de la Constitución Argentina*. Buenos Aires: Angel Estrada y Ca. Editores.
- Halberstam, D. (2012). Federalism: Theory, Policy, Law. In M. Rosenfeld & A. Sajó (Eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. London: Oxford University Press.
- Hardin, G. (1968). The Tragedy of the Commons. *Science*, 162(3859).
- Hernández, A. M. (2018). *Estudios de Federalismo Comparado. Argentina, Estados Unidos y México*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.
- Huffman, J. L. (2005). Making Environmental Regulation More Adaptive Through Decentralization: The case for Subsidiarity. *University of Kansas Law Review*, 52.
- Justo, J. B. (2017, 23/05/2017). El ocaso del federalismo argentino (Primera parte: medio ambiente). *Diario Derecho para Innovar*. Retrieved from <https://dpicuantico.com/sitio/wp-content/uploads/2017/05/Juan-Bautista-Justo-Administrativo-23.05.pdf>
- Karkkainen, B. C. (2001-2002). Collaborative Ecosystem Governance: Scale, Complexity, and Dynamism. *Virginia Environmental Law Journal*, 21, 189-243.
- Kelemen, R. D. (2004). *The Rules of Federalism*. Cambridge: Harvard University Press.
- López Alfonsín, M. A. (2014). *Los parques nacionales argentinos. Consecuencias de la constitucionalización del ambiente en el sistema nacional de áreas protegidas*. Buenos Aires: EUDEBA.
- Olson, M. (1969). The Principle of "Fiscal Equivalence": The Division of Responsibilities among Different Levels of Government. *The American Economic Review*, 59(2), 479-487. Retrieved from www.jstor.org/stable/1823700
- Podlieszewski, T. (2019). Comentario al Art. 75 inc. 32. Los poderes implícitos del Congreso de la Nación. In R. Gargarella & S. Guidi (Eds.), *Comentarios a la Constitución Nacional* (Vol. 2). Buenos Aires: La Ley.
- Ramírez Calvo, R. (2012). Sub-National Constitutionalism in Argentina. An Overview. *Perspectives on Federalism*, 4(2).

- Revesz, R. L. (1997a). Federalism and Environmental Regulation: A Normative Critique. In J. A. Ferejohn & B. R. Weingast (Eds.), *The New Federalism. Can States be Trusted?* Stanford, California: Hoover Institution Press.
- Revesz, R. L. (1997b). Federalism and Environmental Regulation: Lessons for the European Union and the International Community. *Virginia Law Review*, 83(7), 1331-1346.
- Revesz, R. L. (1997c). The Race to the Bottom and Federal Environmental Regulation: A response to Critics. *Minnesota Law Review*, 82(2), 535-564.
- Revesz, R. L. (2008). *Environmental Law and Policy* (4 ed.). New York: Foundation Press.
- Salassa Boix, R. (2019). El marco jurídico de los tributos ambientales en la Argentina: una especial mención sobre el impuesto al dióxido de carbono. *Revista de Derecho Ambiental*, 59.
- Saulino, M. F. (2019a). Comentario al Art. 41. In R. Gargarella & S. Guidi (Eds.), *Constitución de la Nación Argentina Comentada* (Vol. 1, pp. 1105-1121). Buenos Aires: La Ley.
- Saulino, M. F. (2019b). Tratados Interprovinciales. Comentario al Art. 125. In R. Gargarella & S. Guidi (Eds.), *Constitución de la Nación Argentina Comentada* (Vol. 2, pp. 1230-1235). Buenos Aires: La Ley.
- Stewart, R. B. (1977). Pyramids of Sacrifice? Problems of Federalism in Mandating State Implementation of National Environmental Policy. *Yale Law Journal*, 86.
- Tawil, G. S. (1995). La Cláusula Ambiental en la Constitución Nacional. *La Ley*, 1995-B, 1291.
- Tribe, L. H. (2000). *American Constitutional Law*. New York: Foundation Press.
- Valls, M. (1992). *Derecho Ambiental*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Zavalia, C. (1941). *Derecho Federal* (Vol. Tomo I). Buenos Aires: Compañía Argentina de Editores.