

## **Medio ambiente como bien jurídico tutelado o como sujeto de derecho.**

*Por Joaquín Tomás Raña*

joaquintomasrana@gmail.com

### **Introducción.**

El presente trabajo busca reflexionar sobre la problemática del medio ambiente a la luz de las Constituciones del Estado Plurinacional de Bolivia, la Constitución de la República del Ecuador y la Constitución Argentina. Para ello, a modo explorativo se indagará sobre los recientes cambios en la normativa nacional, para luego pasar a un relevamiento de los casos ecuatoriano y boliviano, los cuales parecieran aportar distintas miradas sobre el mismo tópico.

A primera vista, la comparación misma entre nuestro ordenamiento constitucional reformado, con los casos de Ecuador y Bolivia, pone de relieve un punto de partida distinto, lo que dispara la reflexión sobre si nuestro actual paradigma -esto es, el medio ambiente como un bien jurídico tutelado- resulta suficiente a los fines de detener los actuales niveles de depredación y consecuente deterioro de la naturaleza.

La delimitación espacial mencionada lejos de ser arbitraria se encuentra fundada en este caso por cuestiones políticas, económicas y sociales que denotan el hallazgo de signos comunes en los países que lo integran, pese a sus características propias. Estos países están lejos de ser un conjunto homogéneo: Sudamérica es un crisol de costumbres, comunidades políticas y sociales que muchas veces pueden parecer antagónicas o, al menos, fragmentarias. Pese a ello, resulta inocultable el hecho de que nuestra región tiene una potencialidad inmensa en cuanto al aprovechamiento de grandes activos naturales, estratégicos dentro de un mundo globalizado y ávido de riquezas. En este sentido, no se puede pasar por alto otra marcada característica común a nuestros países, que es la de relativamente altos niveles de pobreza y marginalidad, quedando amplios sectores de la población en situación de franca vulnerabilidad.

Ello sumado, o a causa, de un también alto nivel de corrupción y falta de transparencia en las instituciones. Elemento que si bien no se da de la

misma manera en todos los países que componen la región, es una realidad relativamente extendida. En suma, se configura una situación de atraso, que constituye un (o él) elemento esencial para cualquier reflexión sobre los recursos naturales en la región.

América Latina, y Sudamérica en especial, es depositaria de una ingente cantidad de recursos naturales. Desde agua, a petróleo, gas, minerales estratégicos, biodiversidad, agricultura y ganadería se encuentran en abundancia dentro de nuestra región, colocándola en la mirada del conjunto de la humanidad y dotándola de un rol central dentro de los abordajes jurídicos a los recursos naturales. Nuestro deber ineludible es cuidarlos.

### **¿Un mundo no alcanza?**

Es conocida la diferenciación de los recursos naturales entre renovables y no renovables. Esta diferenciación tiene en cuenta variables tales como la disponibilidad en el tiempo del bien en cuestión y los ritmos de regeneración y de explotación. Evaluando esto, todo bien el cual tenga un proceso de regeneración más lento que el de su explotación es un bien no renovable, teniendo en cuenta a la renovabilidad como una relación entre el hombre y la naturaleza.

Visto así, sin embargo, la exagerada sobreexplotación de un recurso que podría ser renovable podría colocarlo en una situación de extinción. Por otro lado, existen bienes renovables que no tienen dicha limitación, como la energía solar, la eólica o la hidráulica.

Ahora bien, la humanidad en su conjunto, a su actual ritmo de utilización de los recursos naturales requería para sostenerse, al año 2010, la utilización de bienes por un planeta y medio. Esto quiere decir que al día de hoy, la humanidad utiliza el equivalente a 1,5 planetas para suministrar y reabsorber los desechos que originamos. A efectos de la elaboración de una proyección, baste mencionar que según el mismo estudio, con el actual desarrollo año a año, en 2050 harían falta casi tres veces los recursos del planeta. El metabolismo natural del planeta fue superado poco antes de 1980.

Dicha estadística<sup>1</sup> no hace más que subrayar el interrogante respecto de que mecanismos jurídicos se han ensayado, y que tan efectivos han sido en lograr sus objetivos.

### **El caso argentino y la reforma constitucional de 1994.**

En la reforma efectuada por el constituyente en 1994, como nota característica y definitoria de un nuevo paradigma dentro del constitucionalismo argentino, se une definitivamente el derecho ambiental al sistema de Derechos Humanos, incorporándose como un subsistema dentro de este.

Ejemplo de esa consagración, es el incorporado artículo 41 de la Constitución reformada, que dice: *“Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley.*

*Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales.*

*Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquellas alteren las jurisdicciones locales.*

*Se prohíbe el ingreso al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos, y de los radiactivos.”*

Aquí se establece un concepto amplio de medio ambiente, considerándolo ya no como objeto de mera explotación, sino como objeto de protección. Existe una proyección social. *Este artículo, lejos de una expresión de deseos, define un bien jurídico concreto, el medio ambiente, como bien digno de*

---

<sup>1</sup> <[www.footprintnetwork.org/en/index.php/GFN/page/world\\_footprint/](http://www.footprintnetwork.org/en/index.php/GFN/page/world_footprint/)>

*tutela, de manera directa.* Se protege al medio ambiente como factor de equilibrio y generador de desarrollo humano. Encontrando el límite en la *sustentabilidad de su utilización*, concepto central en el nuevo articulado.

De tal manera, el art. 41 toma una **visión fundamentalmente antropocéntrica**, donde la protección al medio ambiente está en función del hombre, protegiendo al medio ambiente en la medida que dicha protección permita el desarrollo humano y las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las generaciones futuras, ello claro, sin perjuicio de que la norma califica al medio ambiente, exigiendo que debe ser “sano”, “equilibrado” y “apto para el desarrollo humano”. Así, en palabras de Quaglia<sup>2</sup>, al analizar este tópico, debemos tener en cuenta el equilibrio entre la afectación al medio ambiente y el desarrollo del hombre, lo que deberá resolverse en el caso concreto.

Por otro lado, se hace referencia expresa a la obligación de recomponer, buscando no solamente el resarcimiento económico como reparación del daño, evitando la creación fáctica de “tasas por contaminación”.

Dicho artículo, da el marco para una ley de política ambiental, la cual deberá ser complementada por las legislaciones provinciales. Atento esto a la complementariedad que debe regir la materia, la ley nacional establece una serie de presupuestos mínimos, un piso por sobre el cual las legislaciones provinciales solo pueden construir “hacia arriba”.

Modernamente, atento a la búsqueda de una consustanciación del derecho ambiental con la realidad de nuestra región, también toma centralidad el nuevo artículo 75 inc. 12, aclarando la temática de las comunidades indígenas y el derecho ambiental, dando herramientas concretas de interpretación e impactando en el desarrollo de nuestro derecho.

De incorporación con la reforma, dicho artículo sienta las bases de una reivindicación de los derechos de las comunidades indígenas y la gestión de

---

<sup>2</sup> Daño ambiental, por Marcelo C. Quaglia. 2005. Eldial.com (Doctrina DC45E). Id. SAIJ: DASA050092.

los recursos naturales que afianza y confirma a los mismos dentro del sistema de Derechos Humanos, aun de manera deficiente.

De tal manera, se ha observado que: *“el art.75 inc.22, y en particular a aquellos instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos que esa norma jerarquizó, cómo son la Convención Americana de Derechos Humanos (Art. 21) y Pacto Internacional de Derechos Civiles y políticos (Art.27), entre otros, cláusulas que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha interpretado en efectividad y alcance a la hora de resolver casos relacionados con las comunidades aborígenes y sus tierras ancestrales. Tales normas como la jurisprudencia emanada de la CIDH, han impactado en el derecho interno Argentino con toda potencia.”*<sup>3</sup>

Ahora bien, pese a lo reseñado, es insoslayable el hecho de que no todos los avances jurídicos en esta materia se han plasmado nítidamente sobre la realidad, habiendo graves dificultades en el acceso efectivo a los derechos mencionados. Ejemplo de ello son las políticas de megaminería<sup>4</sup> llevadas adelante por sucesivos gobiernos –nacional y provinciales- las cuales dan paso a una actividad productiva industrial que ocasiona una de las mayores agresiones al ambiente y las comunidades, sobresaliendo las alteraciones a la geografía originaria por voladuras de cerros y montañas con explosivos que generan desechos tóxicos, la utilización de cianuro en sus procesos, etc.

Otro ejemplo de choque entre la normativa constitucional y la realidad es el aumento del uso de los monocultivos<sup>5</sup> –entre ellos la soja-, lo que requiere la segregación forzada de pequeños productores, consolida a actores dominantes del mercado de tierras y reafirma la concentración de la propiedad.

---

<sup>3</sup> G. García Minella. “A veinte años de la reforma constitucional de 1994” La norma ambiental constitucional: clave y enclave para los derechos de las comunidades indígenas argentinas. REVISTA DE DERECHO AMBIENTAL Número: 2014 (40 Oct./Dic.) (Revista).

<sup>4</sup> <https://www.pagina12.com.ar/237832-luz-verde-a-la-megamineria-en-mendoza>

<sup>5</sup> <https://trabajo.ladiaria.com.uy/articulo/2019/10/experto-en-suelos-de-la-fao-advierde-sobre-los-riesgos-del-monocultivo-en-uruguay/>

[https://www.lasexta.com/programas/enviado-especial/mejores-momentos/enviado-especial-viaja-a-argentina-para-seguir-el-rastro-de-la-soja-y-conocer-el-dano-de-su-produccion-indiscriminada\\_201912055de8f6130cf2460ec89cab87.html](https://www.lasexta.com/programas/enviado-especial/mejores-momentos/enviado-especial-viaja-a-argentina-para-seguir-el-rastro-de-la-soja-y-conocer-el-dano-de-su-produccion-indiscriminada_201912055de8f6130cf2460ec89cab87.html)

Según el informe anual del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), los conflictos protagonizados por una gran parte del campesinado y las comunidades indígenas, en los últimos 15 años no han hecho más que crecer, dificultando las condiciones de subsistencia de los pequeños productores y aumentando las disputas por los territorios donde históricamente viven y trabajan estos sectores sociales.<sup>6</sup>

Surge entonces un problema. **Pese al reconocimiento expreso del medio ambiente como bien jurídico protegido**, el otorgamiento de herramientas concretas como leyes de presupuestos mínimos, la incorporación de instrumentos internacionales de protección de los DD.HH. y el reconocimiento de los derechos de las comunidades sobre los recursos, herramientas todas sin dudas valiosas e incluso de avanzada, todo esto se muestra como un pequeño dique de contención, una barrera a la explotación desmedida tal vez, pero **insuficiente para cumplir hoy el objetivo de sustentabilidad** delineado por el artículo 41 de nuestra Carta Magna.

Ante esto, se ha observado en las últimas décadas una valorización de corrientes alternativas del derecho, con una concepción sobre la protección del medio ambiente distinta, siendo países como Ecuador o Bolivia sus principales impulsores.

### **Una postura alternativa.**

Para adentrarnos en las distintas posturas ambientales, como nos ilustra el Profesor Zaffaroni<sup>7</sup>, existen dos miradas principales:

a. Una ecología ambientalista, que considera que el hombre es el titular de los derechos, y si bien le reconoce obligaciones, no le asigna a la naturaleza en sí la aptitud de ser titular de derechos. En esta postura se inscribiría nuestro bloque de Constitucionalidad. A modo meramente enunciativo, como

---

<sup>6</sup> Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) "Derechos Humanos en Argentina: Informe 2015. - 1° ed.- Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2015.

<sup>7</sup> Zaffaroni, Eugenio Raúl. "La pachamama y el humano" ilustrado por Miguel Rep; con prólogo de Osvaldo Bayer. Buenos Aires: Ediciones Madres de Plaza de Mayo, 2013.

condicionante de esta primera mirada, considero debe notarse el papel central de René Descartes en el pensamiento occidental, quien otorga centralidad al “sujeto” quien “conquista” al objeto, constituyendo las bases de la modernidad capitalista, con el rol preponderante del sujeto cartesiano. Dando lugar a la técnica como se entiende hoy y al ánimo de dominio del hombre sobre el hombre y la naturaleza.

b. Una ecología profunda –deep ecology- que le reconoce personería jurídica a la naturaleza, como titular de derechos propios, independientes al ser humano.

Siguiendo al mencionado autor, la segunda mirada, más propia de la filosofía y de la ética, tiene efectos directos sobre cualquier posicionamiento jurídico, más aún en la cuestión regional.

Uno de los primeros precursores reconocidos de esta teoría es Aldo Leopold (1887-1948) quien afirma que existe una base ética común a todos los seres de la tierra y que, si bien el humano tiene derecho a utilizar y alterar la naturaleza, no puede perder una suerte de instinto comunitario que surge de la convivencia y la cooperación, de la interdependencia con el suelo, las plantas y los animales.

Aparece luego Tom Regan, como continuador de algunas ideas provenientes del iluminismo, siguiendo a Kant, pero logrando algunas correcciones, fundamentalmente en la tesis kantiana de que todo ser viviente debe ser considerado o tratado como un fin en sí mismo, en esta línea, Reagan amplía esta tesis pero excluye el requisito de conciencia moral, pretendido por Kant, conforme esto, aparece cada ser viviente como sujeto-de-vida con el interés de conservarla, siendo esta la base de que ningún ser viviente debe ser mediatizado al servicio de bienes ajenos, no debe ser cosificado.

### **El “Sumak kawsay” o “Buen Vivir”.**

El preámbulo de la Constitución Ecuatoriana, reformada en 2008 dice: *“Nosotras y nosotros, el pueblo soberano del Ecuador, reconociendo nuestras raíces milenarias, forjadas por mujeres y hombres de distintos pueblos, celebrando*

*a la naturaleza, la Pacha Mama, de la que somos parte y que es vital para nuestra existencia, invocando el nombre de Dios y reconociendo nuestras diversas formas de religiosidad y espiritualidad, apelando a la sabiduría de todas las culturas que nos enriquecen como sociedad. Como herederos de las luchas sociales de liberación frente a todas las formas de dominación y colonialismo, y con un profundo compromiso con el presente y el futuro, decidimos construir una nueva forma de convivencia ciudadana, en diversidad y armonía con la naturaleza, para alcanzar el buen vivir, el sumak kawsay. (...)*”

Y en el artículo 71: *“La naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos. Toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá exigir a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la naturaleza. Para aplicar e interpretar estos derechos se observaran los principios establecidos en la Constitución, en lo que proceda. El Estado incentivará a las personas naturales y jurídicas, y a los colectivos, para que protejan la naturaleza, y promoverá el respeto a todos los elementos que forman un ecosistema.”*

Esta constitución, principal referencia del Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano, preserva los derechos tradicionales a un ambiente sano, pero incorpora la noción de la naturaleza como **un sujeto de derechos**, titular de derechos por sus propios valores<sup>8</sup>, situación que le otorga un rango totalmente distinto al otorgado en el ámbito local, al menos desde lo constitucional. De tal manera, la naturaleza y sus recursos no son entendido ya como una mercadería, sino más bien como un sujeto en sentido amplio, del que el hombre también forma parte.<sup>9</sup>

Por otro lado, adentrándonos en la Constitución del **Estado Plurinacional de Bolivia**, si bien de rasgos similares a la nuestra en tanto considera

---

<sup>8</sup> Moura, L.D. (2012). O Novo Constitucionalismo Latinoamericano e o Meio ambiente: as possibilidades de proteção face ao Direito Ambiental Internacional. Recuperado de [www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=fcde14913c766cf3](http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=fcde14913c766cf3)

<sup>9</sup> Pinto Calaça, I. Z., Cerneiro de Freitas, P. J. Da Silva, S. A. y Maluf, F. (2018). La naturaleza como sujeto de derechos: análisis bioético de las Constituciones de Ecuador y Bolivia. Revista Latinoamericana de Bioética, 18(1), 155-171. Doi: <https://doi.org/10.18359/rlbi.3030>

a la protección de los recursos naturales dentro del sistema de los derechos humanos, específicamente dentro de los derechos de tercera generación, ya en su preámbulo se emplea el término “buen vivir”, partiendo del concepto de *Suma Qumaña*, con expresa alusión a la Pachamama. En tal sentido, surge otro rasgo distintivo que consiste en la tutela otorgada por el artículo 33 donde se la consagra al servicio de los individuos, las futuras generaciones, y a otros seres vivos, siendo particularmente llamativo -y extraño a nosotros- el término “otros seres vivos”.

En este orden, el artículo 10 de la Carta Magna boliviana consagra expresamente que *“Las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos son titulares y gozarán de los derechos garantizados en la Constitución y en los instrumentos internacionales. La naturaleza será sujeto de aquellos derechos que le reconozca la Constitución”*.

Naturalmente, dicha concepción ha sido luego seguida por la ley infraconstitucional. En tal inteligencia se sancionó la ley 71/2010 receptando el carácter jurídico de la Madre Tierra como un sujeto colectivo de interés público. Cabe destacar, por ejemplo, el art. 6 proclama que todos los bolivianos y bolivianas integran y forman parte de la Madre Tierra, o el art. 10, que crea una Defensoría de la Madre Tierra, la que tendrá por misión velar por el cabal cumplimiento de los derechos previsto para la Pachamama.-

La normativa citada, dentro de la nueva tradición constitucional andina, parece encuadrarse dentro de la segunda teoría citada por el Profesor E. R. Zaffaroni, otorgando a la naturaleza la aptitud de sujeto de derecho por sí misma, sacándola de la simple esfera de disposición del hombre sobre ella. En este contexto, la idea de Pachamama se traduce en el imperativo ético del Sumak Kawsay o Buen vivir, resignificado como principio ordenador que debe regir a los hombres en su conjunto y en su relación con una naturaleza ya dotada de derechos propios, corriendo al sujeto de su rol central, abandonando la racionalidad cartesiana, o al menos, generando un nuevo sujeto más abarcativo. Esto exige una complementariedad entre todos los seres vivos, donde sin duda el ser humano tiene un rol protagónico, pero no desde una mirada individual del hombre sino como parte de un equilibrio que lo comprende.

Se abandona, en ambos casos, la noción antropocentrista como centro del asunto. No es ya que el cuidado del medio ambiente sirva al hombre, desde un punto de vista instrumental. Ahora el centro está en la misma naturaleza y los otros seres vivos no humanos, revalorizando el valor intrínseco de la naturaleza y colocando al hombre en un rol ya secundario.-

### **A modo de reflexión final.**

Es sin duda remarcable esta nueva tradición constitucional. De mínima, oxigena la discusión, pero lo verdaderamente interesante es la introducción de milenarias concepciones de los pueblos originarios, corriendo al pensamiento de la modernidad europea de la centralidad. El cambio de paradigma aquí es total. Se abandona a la humanidad como centro alrededor del cual giran los demás elementos de la realidad, pero se la libera también de esa carga, se la habilita a una convivencia distinta y sustentable, sana, en el más amplio sentido de la palabra.

Lo cierto es que si bien durante las últimas décadas se ha observado un creciente desarrollo de diversos instrumentos jurídicos tendientes a la preservación del medio ambiente, los mismos se han mostrado insuficientes. Tal vez no por deficiencias en ellos, sino por cuestiones que los exceden y que tienen que ver con debilidades político-económicas o necesidades fiscales, lamentablemente propias de la región. Ante tales dificultades, resulta valiosa la exploración de vías jurídicas alternativas a las heredadas por el Constitucionalismo clásico o social, al menos como forma de enriquecerlo con otros desarrollos milenarios, en la inteligencia de que cualquier aporte crítico en la materia resulta en la esperanza de un mundo posible para las futuras generaciones.

La única certeza que tenemos es que las respuestas que se han dado en lo que respecta a la problemática ambiental han resultado muchas veces insuficientes y, sobre todo, tardías. En este marco, toda respuesta innovadora merece nuestra atención. Justamente allí radica lo interesante de los casos boliviano y ecuatoriano, en lo radical del cambio del punto de partida: no es ya que el medio ambiente existe solo y principalmente para satisfacer las necesidades del

hombre; tiene entidad propia, junto con los otros seres que lo habitan. La esperanza es que si el punto de partida es distinto, el punto de llegada también lo sea.

## Bibliografía consultada

- “A veinte años de la reforma constitucional de 1994” La norma ambiental constitucional: clave y enclave para los derechos de las comunidades indígenas argentinas. REVISTA DE DERECHO AMBIENTAL Número: 2014 (40 Oct./Dic.) (Revista). García Minella.
- “Derechos Humanos en Argentina: Informe 2015”. -1° ed.- Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2015. Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS)
- Zaffaroni, Eugenio Raúl. “La pachamama y el humano” ilustrado por Miguel Rep; con prólogo de Osvaldo Bayer. Buenos Aires: Ediciones Madres de Plaza de Mayo, 2013.
- Global Footprint Network.
- Moura, L.D. (2012). O Novo Constitucionalismo Latinoamericano e o Meio ambiente: as possibilidades de proteção face ao Direito Ambiental Internacional. Recuperado de [www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=fcde14913c766cf3](http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=fcde14913c766cf3)
- Pinto Calaça, I. Z., Cerneiro de Freitas, P. J. Da Silva, S. A. y Maluf, F. (2018). La naturaleza como sujeto de derechos: análisis bioético de las Constituciones de Ecuador y Bolivia. Revista Latinoamericana de Bioética, 18(1), 155-171. Doi: <https://doi.org/10.18359/rbi.3030>