

Título: Los nuevos modelos constitucionales alternativos al desarrollo en América del Sur (buen vivir y desarrollo perdurable en la arena del derecho)

Autor: Sozzo, Gonzalo

Publicado en: *RD Amb* 40, 04/12/2014, 77

Cita Online: [AR/DOC/5780/2014](#)

Sumario: I. La idea de progreso en el derecho moderno: 1. El futuro como progreso; 2. Las formas jurídicas del progreso; 3. La "cláusula del progreso" en las constituciones modernas.— II. El rol del derecho en las refundaciones latinoamericanas de la idea de derecho y en L&D: 1. El escaso rol asignado al "estado de derecho" por las teorías del desarrollo latinoamericanas; 2. La primera generación de L&D y sus propuestas de reformas jurídicas.— III. El descreimiento hacia la promesa del Estado de derecho liberal y las teorías del desarrollo: la respuesta del nuevo constitucionalismo sudamericano y de las cortes constitucionales.— IV. Los modelos emergentes en Sudamérica.— V. El modelo del desarrollo perdurable: 1. El reconocimiento institucional del modelo de desarrollo perdurable; 2. El progreso como permanencia transgeneracional; 3. El derecho del progreso como permanencia.— VI. El modelo del buen vivir: 1. El "buen vivir" como post-desarrollo: a) El buen vivir como cosmovisión; b) El buen vivir y el desarrollo; 2. El modelo de los derechos del "buen vivir": la naturaleza como sujeto: a) La naturaleza como sujeto de derecho; b) Los "derechos de la naturaleza" y la "justicia ecológica"; c) La globalización alternativa del derecho; d) Un nuevo derecho de los recursos naturales: contra el extractivismo; e) La reforma de la propiedad y del contrato.— VII. La construcción experimental.— VIII. Conclusiones.

En América del Sur (en adelante AdS) desde fines del siglo XX, producto de experiencias que generaron desigualdad creciente, opresión, fatiga y descreimiento respecto de la capacidad del esquema de los derechos liberales individualistas para el desarrollo, las asambleas constituyentes y las Cortes constitucionales —entre otros actores sociales— llevan adelante una reacción creativa consistente en producir rediseños jurídicos e institucionales innovadores que giran en torno de nuevas concepciones alternativas al desarrollo.

Estos modelos emergentes en AdS en torno a las alternativas al desarrollo han visibilizado la arena del derecho como un campo de batalla indispensable y en esa racionalidad construyen una nueva objetivación jurídica de la naturaleza, los recursos naturales y la propiedad y el contrato planteados por el derecho liberal.

Se trata de modelos que están siendo diseñados y que recurren para ello a la técnica de construcción caso por caso, mediante la puesta en marcha de experimentos regulatorios e institucionales alternativos.

I. La idea de progreso en el derecho moderno

1. El futuro como progreso

A lo largo de la primera modernidad el futuro fue visibilizado de manera optimista, como progreso infinito, lineal, una mejoría siempre in crescendo de las condiciones materiales y morales vitales.

Para la Ilustración el progreso es el modo de concebir el tiempo; es un modo laico y racional, científico; en otras palabras, la mayor capacidad que la ciencia proporciona al hombre a través de las tecnologías le permite avanzar progresivamente y de manera constante. Así concebido, sin ciencia moderna no hay progreso, ni concepción del tiempo como progreso [\(1\)](#).

Bajo la influencia del Iluminismo primero, del evolucionismo después y de la primera sociología del derecho, el derecho moderno también ha reflejado una idea de progreso más o menos lineal e infinito.

Hacia fines del siglo XIX, las teorías evolucionistas y las tesis solidaristas compartían la idea del paso de las sociedades primitivas a una sociedad industrial de una manera más o menos natural [\(2\)](#).

Este modelo se convirtió en un modelo universal; logró mediante un pool de medios puestos a "globalizarlo" una dimensión geográfica universal.

En América Latina, luego del proceso de independencia de comienzos del siglo XIX y particularmente desde la segunda mitad del siglo XIX, estas ideas se plasmaron en constituciones y códigos civiles que eran sinónimos de modernización.

2. La arquitectura jurídica del progreso

El modelo de derechos que se corresponde con esta idea es el de las libertades individuales —contratar, ejercer la industria y el comercio— y la propiedad, es decir, el Estado de derecho liberal, que son las que permiten el progreso. A su vez esas libertades se vinculan de diferente manera con dos formas jurídicas que permiten "trabajar" el futuro, que son la promesa y la institución [\(3\)](#). La primera se vincula con el progreso del individuo y la otra al de la Nación.

En este modelo de derecho, el progreso era fundamentalmente individual: el individuo es el agente del progreso. Se progresa cuando mejoran las condiciones materiales de autoprotección sobre la base de la diligencia, la libertad y la propiedad. En este contexto, los bienes ambientales eran considerados como un recurso económico a ser explotado; reducidos al estatuto de "cosas", los bienes ambientales son absolutamente apropiables por medio de la transformación producto del trabajo humano y utilizables al infinito por el propietario, lo que constituye una doble autorización para destruirlos. Claramente, la idea de infinitud de los recursos naturales se asociaba a la idea de infinitud y perpetuidad del progreso.

Gran parte del instrumental jurídico para llevar adelante este programa se encuentra en los códigos civiles y comerciales y, por supuesto, en las constituciones.

3. La "cláusula del progreso" en las constituciones modernas

Las ideas iluministas de fines del siglo XVIII se plasmaron en las constituciones modernas bajo la fórmula de "cláusula del progreso"⁽⁴⁾. Apoyado en el conocimiento científico, el derecho moderno confió en el progreso material e intelectual individual y social ⁽⁵⁾. La idea era que a mayor conocimiento científico y tecnológico, más bienestar económico ⁽⁶⁾. La fórmula en la cual se expresó fue "orden y progreso", lo que significa que la ciencia establecía el orden del mundo, lo analizaba, clasificaba y categorizaba y luego la economía empleaba ese conocimiento para mejorar las condiciones materiales de vida de la ciudadanía mediante la mejora y aumento de la producción de bienes.

En este modelo, en el cual el progreso es material, la naturaleza fue considerada un recurso económico disponible y apropiable. La naturaleza es la principal fuente de bienes útiles para la supervivencia humana. Es un modelo fuertemente antropocéntrico en el cual la naturaleza se encuentra entonces al servicio del hombre, a quien debe satisfacer sus necesidades. Por esa misma razón los daños a la naturaleza derivados del progreso —comercial, industrial de las infraestructuras— no generaban responsabilidad ni eran indemnizables.

En la Argentina, con la reforma constitucional de 1994 la cláusula del progreso fue revisada. El actual art. 75, inc. 18 mantiene intacta la cláusula de 1853, pero en un segundo párrafo se le hicieron agregados que cambian profundamente su filosofía.

El actual art. 75, inc. 18 señala entre las funciones del Congreso: "Proveer lo conducente a la prosperidad del país, al adelanto y bienestar de todas las provincias, y al progreso de la ilustración, dictando planes de instrucción general y universitaria, y promoviendo la industria, la inmigración, la construcción de ferrocarriles y canales navegables, la colonización de tierras de propiedad nacional, la introducción y establecimiento de nuevas industrias, la importación de capitales extranjeros y la exploración de los ríos interiores, por leyes protectoras de estos fines y por concesiones temporales de privilegios y recompensas de estímulo".

Hasta aquí el primer párrafo que indudablemente pone el acento en el progreso "de la ilustración" y económico. En relación con el primer aspecto, faculta al Congreso a dictar "planes de instrucción general y universitaria". En relación con el segundo aspecto del progreso —el económico—, entiende que la promoción, la introducción y el establecimiento de industrias son centrales. Como también lo es el dominio del territorio —como una condición de posibilidad de la propiedad de la tierra, para lo cual es fundamental promover la inmigración y la colonización de tierras. Para lograr el primer paso, establece la necesidad de promover la construcción de canales navegables, de ferrocarriles y la exploración de los ríos interiores.

II. El rol del derecho en las refundaciones latinoamericanas de la idea de derecho y en L&D

Han existido a lo largo de la historia de la segunda mitad del siglo XX y de lo que va del siglo XXI diferentes corrientes de ideas, algunas de las cuales fueron originadas en el pensamiento latinoamericano y otras en los países desarrollados que han intentado una refundación de la idea de progreso en Latinoamérica.

Estas concepciones otorgan mayor o menor visibilidad y funcionalidad al derecho como un medio capaz de contribuir al desarrollo y han tomado diferentes modelos de derecho.

Al mismo tiempo, algunos de estos modelos de desarrollo han logrado reconocimiento institucional en las constituciones latinoamericanas, transformando así tal o cual idea del desarrollo en parte del acuerdo social, político y cultural básico. Este estatuto jurídico y político que los modelos de desarrollo alcanzan en las constituciones latinoamericanas, como he anticipado, es absolutamente variado y rico.

1. El escaso rol asignado al "Estado de derecho" por las teorías del desarrollo latinoamericanas

Las teorías latinoamericanas del estructuralismo y de la dependencia no colocaron su acento en el campo legal. Sin embargo, con el tiempo se han transformado en una fuente de inspiración de las ideas críticas acerca del desarrollo sustentable que emplean el lenguaje legal de las obligaciones ⁽⁷⁾.

Incluso la teoría de la dependencia, que es la más interdisciplinaria de todas las variantes de las ideas

latinoamericanas del desarrollo, pues introduce elementos de análisis provenientes del campo sociológico y político, no repara en la necesidad de transformación del campo legal a los fines de lograr superar las condiciones del subdesarrollo.

En cambio, para las teorías económicas del desarrollo, éste podía ser logrado a partir de la intervención del Estado en la economía y el sistema productivo, es decir, mediante políticas públicas proactivas en lo económico y el derecho era el vehículo para instrumentar esas políticas públicas (8), lo que explica la faceta de preocupación directa por el derecho que se revela en la aparición y desarrollo del "derecho económico" que por entonces reconocía en el derecho del desarrollo y sus principios un núcleo duro interno. Esta visibilidad que se otorga al campo legal tiene paradójicamente su origen en la idea de que el campo legal es un instrumento de las políticas públicas (9).

Contemporáneamente al desarrollo de estas teorías el derecho al desarrollo que sostenían como estandarte los países del sur encerraba un derecho a destruir los recursos naturales en pos del desarrollo (10). Este derecho de los países en desarrollo se apoyaba en el principio más tardío del derecho del desarrollo: el principio de la soberanía permanente de los recursos naturales que se fue afirmando durante la década del 70. En la arena internacional los países del hemisferio sur mantenían esta posición antropocéntrica respecto de los recursos naturales al mismo tiempo que observaban con desconfianza la emergencia de un derecho internacional ambiental impulsado por los países del norte, de fuerte base ecocéntrica bajo el concepto de "ecodesarrollo". Esta posición de los países del hemisferio sur respecto del derecho internacional ambiental recién va a comenzar a cambiar con la Conferencia del medio humano de Estocolmo de 1972, donde empiezan a aceptar la idea de un derecho internacional ambiental (11) pero a cambio de que los principios y las reglas del derecho del desarrollo sean insertadas en el campo del derecho internacional ambiental, lo que recién se va a materializar a partir de la conferencia de Río de 1992 y las convenciones marco de biodiversidad y cambio climático (12).

2. La primera generación de L&D y sus propuestas de reformas jurídicas

En el campo de las ideas del derecho al desarrollo el movimiento law and development fue el que colocó el acento en la idea de que el progreso en América Latina podía alcanzarse a través de la mejoría del Estado de derecho liberal.

El movimiento law and development es una iniciativa de un grupo de académicos de las escuelas de derecho norteamericanas que intentó en sus orígenes —lo que se conoce como la primera generación de law and development— exportar el modelo de derecho norteamericano a las regiones del planeta subdesarrolladas con la tesis de que de esta manera estos países —entre los cuales se encontraban centralmente los de Latinoamérica— lograrían el desarrollo. El movimiento recorrió un itinerario sinuoso, con fuertes crisis y críticas y ha tenido varias ediciones (13).

Desde mi perspectiva, el primer movimiento de law and development que se desarrolló entre los años 50 y 60 del siglo XX constituye un intento de refundar la idea de progreso como desarrollo, empleando como vector —en lugar de la economía— el derecho.

Parten de la base de la misma idea de Rostow: existe un modelo de desarrollo, el de los países desarrollados que debe ser exportado a los países subdesarrollados.

Sobre esa base de pensamiento la variación respecto del movimiento de modernización de Rostow es que consideran que el modelo jurídico norteamericano es parte central de ese modelo de desarrollo, por tanto, exportando el modelo de derechos norteamericano los países de América Latina podían conseguir un motor relevante para el logro del desarrollo. En esta convicción la primera ola del movimiento se concentró en la reforma de dos tipos de instituciones: a) las escuelas de derecho, con el objetivo de transformar la enseñanza del derecho y b) las estructuras de los poderes judiciales.

En las sucesivas reediciones (law and development de segunda y tercera generación) el movimiento fue perdiendo esta visión del desarrollo en la cual el Estado era el actor central del desarrollo para pasar a considerar que es el mercado el principal actor del desarrollo.

El movimiento law and development otorga una gran relevancia al derecho como un medio para lograr el desarrollo: en este sentido se trata de un movimiento original pues hasta el momento las teorías del desarrollo consideraban el rol del derecho como un instrumento marginal.

Se trata como expliqué de un intento de transplantar el modelo legal de los Estados Unidos de Norteamérica a Latinoamérica. Desde la perspectiva de la teoría de la globalización del derecho, constituye un intento por universalizar el derecho de los EE.UU.

Este intento se concentró en este primer momento del movimiento en dos vías: por un lado, el financiamiento de investigaciones jurídicas y en un intento de reformar la enseñanza del derecho, todo lo cual

podía llamarse la vía universitaria; y, por otro, en el financiamiento de la reforma del sistema de justicia.

El rasgo diferenciador de este primer movimiento de law and development es que introduce la cuestión del Estado de derecho como una pieza central de logro del desarrollo; sin embargo, su visión hegemónica y los escasos efectos prácticos también deben ser debidamente considerados a la hora de la evaluación.

3. El progreso como desarrollo humano y el rol del derecho en el desarrollo humano

Una constelación de teorías del desarrollo son las que giran en torno a la idea del "desarrollo humano", es decir, que intentan de una manera u otra colocar al ser humano, a la persona, en el centro del debate sobre el desarrollo.

La idea de desarrollo humano quizá sea de todas las ideas de desarrollo la que ha sido jalonada por la mayor cantidad de influencias disímiles, que van desde la Iglesia católica (14) hasta tesis como la de Amartya Sen (15).

La idea central —aunque con importantes bemoles— de esta idea es que desarrollo no significa solamente crecimiento económico sino un mayor grado de desenvolvimiento de condiciones económico-sociales y culturales que permitan satisfacer las necesidades sociales básicas. En otras palabras mayor calidad de vida. Intenta colocar a la persona humana en el centro del desarrollo (16).

Esta idea se presenta en ocasiones asociada al movimiento que acompañó la consagración de los derechos económico-sociales y culturales en el plano internacional, en las constituciones y la construcción del llamado "derecho social". En esta vertiente la idea de desarrollo humano dio lugar a una relectura de la idea de progreso como progresividad, en el sentido de que gradualmente se deben ir alcanzando las metas de desarrollo, lo que importa una inversión paulatina de recursos en pos de lograr las metas de desarrollo.

Esta idea de desarrollo aparece tardíamente en la Argentina con la Reforma constitucional de 1994, que en el art. 75, inc. 19 introduce expresamente la referencia al "desarrollo humano" y en el art. 41 con motivo de consagrar el derecho fundamental al medio ambiente sano. El modelo del desarrollo humano se completa integrando a la Constitución nacional —con la cual forman un "bloque de constitucionalidad, conforme a la regla del art. 75, inc. 22— los tratados internacionales de derechos humanos. En esta vertiente la idea de desarrollo humano se presenta como un híbrido, como una fórmula transaccional aceptable para diferentes corrientes de pensamiento presentes en la convención constituyente de 1994 (17).

En ambas versiones de esta concepción del desarrollo como "desarrollo humano" el campo legal es sumamente relevante, en particular, el rol de los derechos humanos es esencial para lograr el desarrollo de las libertades y de las capabilities, especialmente los derechos humanos de primera generación, como la igualdad y las libertades.

En la reforma de 1994 se agregó otro inciso al art. 75 que dice en su primer párrafo en relación con el progreso: "19. Proveer lo conducente al desarrollo humano, al progreso económico con justicia social, a la productividad de la economía nacional, a la generación de empleo, a la formación profesional de los trabajadores, a la defensa del valor de la moneda, a la investigación y al desarrollo científico y tecnológico, su difusión y aprovechamiento". Sin lugar a dudas, la pieza central de este párrafo es la idea de "desarrollo humano"; a mi modo de ver, esta referencia transporta la cláusula del progreso hacia uno de los paradigmas contemporáneos respecto de la idea de progreso, según el cual éste no consiste solamente en la mayoría de las condiciones materiales de vida sino en una mejor calidad para la vida humana. Entre las constituciones latinoamericanas la norma argentina no es una norma habitual; todo lo contrario: es el único caso que opta claramente por la vía de un modelo de desarrollo humano sin —al mismo tiempo— hacer referencia expresa al desarrollo sustentable. La hibridez de la nueva cláusula del progreso de la Constitución argentina luego de la reforma de 1994 se relaciona con el hecho de que hay diferentes influencias en ella, que van desde la doctrina social de la iglesia y la "doctrina peronista" hasta los informes del PNUD (18).

Otra de las vías de renovación de la idea de progreso que en Latinoamérica han tenido fuerte impacto es la vía de los derechos humanos; en particular la vigencia de los derechos humanos llamados de "segunda generación", que son los derechos económicos, sociales y culturales (DESC). Se trató de un movimiento universal aunque con una impronta particular muy fuerte en América a partir de la Convención Interamericana de Derechos Humanos y la creación del sistema interamericano de derechos humanos. En efecto, estos derechos fueron objeto de una consagración específica en el continente americano a partir de la constitución del sistema interamericano de derechos humanos con la entrada en vigencia del Pacto de San José de Costa Rica en 1966, lo que significó una nueva transformación de la idea de progreso en favor del desarrollo económico, social y cultural. Bajo este modelo de desarrollo centrado en las políticas públicas de prestaciones como la educación y el trabajo, el progreso adquirió la fisonomía de la progresividad. La idea de progreso como implementación progresiva parte del reconocimiento de que los objetivos y las metas no pueden ser alcanzados de manera

inmediata e instantánea, sino que requieren un proceso de implementación. Exigen un proceso para lograrlos.

Desde mi perspectiva es con la idea de desarrollo económico, social y cultural que el derecho comienza a jugar un rol realmente relevante para el desarrollo. Este modelo de desarrollo emplea como una herramienta central los DESC; la amalgama entre desarrollo económico-social y cultural y DESC es tal que en este modelo el desarrollo se mide en términos de mayor o menor eficacia material de estos derechos a través de las políticas públicas que los ponen en funcionamiento. Es con este modelo que la idea de progresividad penetra por primera vez en el campo legal. Uno de los principales ejemplos de racionalidad material son los derechos económicos sociales, lo que explica que la progresividad de los derechos se vincule con la idea de que el derecho es eminentemente instrumental, encontrándose materialmente orientado por la política (19). Esta cuestión permite comprender que haya sido con los derechos económico sociales que la idea de progresividad ha adquirido carta de ciudadanía en el campo legal (20). En efecto tanto el Pacto Internacional de Derechos económicos, sociales y culturales (art. 2º.1.) (21) como en la Convención Interamericana sobre derechos humanos (art. 26) (22) y su Protocolo Adicional en materia de Derechos económicos, sociales y culturales (Protocolo de San Salvador) (23) consagran este principio de progresividad, entendido como un principio de puesta en práctica gradual o paulatina (24).

III. El descreimiento hacia el Estado de derecho liberal y las teorías del desarrollo: la respuesta del nuevo constitucionalismo sudamericano y de las cortes constitucionales

Los fracasos de las experiencias de desarrollo a través del mejoramiento del "Estado de derecho", el saldo negativo de las reformas neoliberales de la década de 1990, en general y la deslocalización de industrias contaminantes —v.gr., las plantas de pasta celulósica—, inversiones extranjeras extractivistas —v.gr., en el campo de la minería a "cielo abierto"— y privatización de servicios —v.gr., de tratamiento de agua potable— a pesar de la idea de "desarrollo sustentable" (25), en particular, generaron un importante consenso respecto de la insuficiencia de los discursos del desarrollo, reavivaron las críticas que durante más de 60 años América Latina desplegó en torno al desarrollo (26) y del Estado de derecho en un contexto de fatiga y desilusión respecto del predominio de los derechos liberales basados en la propiedad y la libertad.

Este consenso y contexto condujeron en los últimos quince años a una reacción en el campo legal latinoamericano que rediseñó los pilares de los derechos liberales como el contrato, la propiedad y los recursos naturales, a partir de nuevas concepciones jurídicas que reemplazan al desarrollo tales como el "postdesarrollo" y el "desarrollo perdurable" que permiten albergar otros derechos alternativos, como los derechos "preexistentes" sobre bienes comunes o colectivos o los derechos de la naturaleza que conviven junto a los derechos liberales individualistas.

En una palabra: la arena del Estado de derecho desde el inicio ha sido identificada por los actores que impulsan estos nuevos modelos alternativos al desarrollo como un campo de batalla privilegiado en el cual se rediseña una nueva política.

En América del Sur el reciente "nuevo constitucionalismo" de Bolivia y Ecuador constituye una respuesta a las desigualdades y las opresiones y un ensayo de "pluralismo legal", una reforma muy fuerte de derechos de propiedad, sobre todo, la propiedad de recursos naturales y de los recursos inmateriales (p. ej., las medicinas y saberes de los pueblos originarios) que rediseña las inversiones económicas y el derecho del desarrollo. Al mismo tiempo hay otro movimiento liderado por las Cortes Supremas de Justicia (v.gr., de Argentina y Brasil) quienes tratan de "balancear" los derechos liberales con otras generaciones de derechos (como el derecho a la cultura y al ambiente) basados en la existencia de bienes comunes "precedentes". El resultado: una nueva distribución del poder de decisión acerca de los recursos naturales, riesgos (para la gente y ambiente) e inversiones (27).

En el nivel institucional encontramos (en el caso de Bolivia, Ecuador, Argentina y Brasil) otro aspecto de la reforma del Estado de derecho: las constituciones y las cortes constitucionales introdujeron innovaciones institucionales, nuevos diseños de antiguos arreglos institucionales y experimentos de democracia participativa.

En otras palabras, hay un proceso de repensar el papel del Estado de derecho liberal y una nueva contextualización y límites de los derechos liberales, del rol del Estado, la política y las reglas de toma de decisiones de la democracia.

IV. Los modelos emergentes en Sudamérica

Estos modelos emergentes son dos: el modelo del "buen vivir" (en adelante, "BV") y el modelo del "desarrollo perdurable" (en adelante, "DP") para las generaciones futuras.

Estos dos modelos constituyen verdaderos "laboratorios" sociales, culturales, económicos. En el campo regulatorio: 1) intentan reconstruir la idea de propiedad y contrato; 2) plantean un uso de la idea de bienes

comunes; 3) ensayan una reformulación de la idea de "recursos naturales"; y 4) transforman la función del "derecho ambiental".

Ambos modelos conforman una "constelación epistemológica"⁽²⁸⁾: el primer punto de acuerdo es la idea de "subsistencia de los ecosistemas" y el otro es la "desmercantilización" de los recursos naturales. También ambos en diferentes niveles revisitan la idea de "desarrollo sustentable" y de la función del derecho ambiental.

Sin embargo las herramientas técnico-jurídicas a las que recurren son diferentes: a) el primer modelo recurre a la idea de elevar la naturaleza a la categoría de sujeto de derecho; el segundo ⁽²⁹⁾, a las ideas de "generaciones futuras" y "bienes comunes" y produce una "humanización de la naturaleza" en el sentido de que emplea extensivamente el modelo de los derechos humanos aplicándolo a los bienes naturales.

En el primer modelo es más clara la existencia de un programa de reforma de la idea de propiedad y de recursos naturales, producto de haberse enfrentado al problema del "extractivismo", mientras que el segundo se concentra más alrededor de la idea de "protección ambiental" ingresando puntualmente en la cuestión de los recursos naturales a partir de la regulación de la cuestión del agua dulce y los derechos de participación.

V. El modelo del desarrollo perdurable

1. El reconocimiento institucional del modelo de desarrollo perdurable

El art. 41 de la Constitución Nacional Reformada en 1994 establece el derecho al medio ambiente sano para las generaciones futuras; junto con la Constitución de Bolivia ⁽³⁰⁾ y Ecuador ⁽³¹⁾ son las únicas constituciones de Latinoamérica que mencionan las generaciones futuras como sujeto de derecho.

Desde mi perspectiva, este dato, la introducción de este nuevo sujeto, implica la transformación radical de la idea de progreso que excede y trasciende la que planteaba la idea de desarrollo sustentable ⁽³²⁾.

En el caso de la Argentina particularmente, la asociación directa de la idea de "desarrollo humano" a la de "generaciones futuras" importa un nuevo modelo de desarrollo basado en una racionalidad hipermoderna, transtemporal y transespacial ⁽³³⁾. Y lo que es más importante, transforma el ambiente en un macro-bien, en un "bien común". La Ley General del Ambiente de la Argentina (ley 25.675 de 2002) confirma —en tanto ley constitucional— esta interpretación al establecer en su art. 4° como otro de los principios de la política ambiental nacional el principio de "equidad transgeneracional": "Los responsables de la protección deberán velar por el uso y goce apropiado del ambiente por parte de las generaciones presentes y futuras". Una idea similar existe en Brasil en el cual también se sostiene que el desarrollo está vinculado a una visión integral del hombre y que los bienes ambientales son bienes comunes.

Es cierto que la idea de desarrollo sustentable constituye una relectura de la idea de progreso lineal tal como se la interpretó hasta el siglo XX: como mejoría de las "condiciones materiales" de vida, e incluso una ampliación de la idea de "calidad de vida" —del modelo del desarrollo humano— pero la idea de "desarrollo sustentable" parece —en el mejor de los casos—, pretender ecualizar el progreso material con la protección del medio ambiente o, si se piensa más críticamente como una fórmula que condiciona el desarrollo de los países del hemisferio sur a que su desarrollo sea sustentable, cuando en realidad gran parte del problema ambiental reconoce su principio en diversos procesos y dinámicas económicas, políticas y sociales de la globalización.

La introducción de la idea de generaciones futuras como sujeto del desarrollo sustentable transforma radicalmente la idea; la transforma en la idea de progreso como perdurabilidad. El Diccionario de la Real Academia Española define "perdurable" como "que dura mucho tiempo" y en la lengua francesa es sinónimo de "eterno".

2. El progreso como permanencia transgeneracional

Como señalé la piedra de toque para esta relectura de la norma fundamental del progreso es la idea de generaciones futuras a las que corresponde asegurar la transmisión de un patrimonio ⁽³⁴⁾.

El desarrollo sustentable puede ser objeto de un acuerdo, de una contractualización, el desarrollo perdurable no; escapa a las posibilidades del contrato pues involucra a sujetos que no están presentes y, por tanto que no pueden contratar, sólo puede ser asegurado mediante la racionalidad de la herencia y de la responsabilidad ⁽³⁵⁾. Aquí el futuro deja de ser visto como progreso individual e incluso social y adquiere una dimensión transtemporal; comienza a ser visibilizado como duración.

En este modelo progreso es releído como garantía de transmisión intergeneracional de un cierto volumen o capital. En otras palabras el progreso se asegura cuando se transmite un volumen de bienes que permitirá satisfacer las necesidades de las generaciones futuras.

En efecto, la idea de desarrollo sustentable importa una regla que permite ponderar el desarrollo con la permanencia intergeneracional de un capital de bienes ambientales.

La idea de progreso como perdurabilidad implica admitir que se progresa cuando se asegura a las generaciones futuras la transmisión de un cierto volumen de bienes y el progreso como "perdurable", no durable. Eterno.

Esta concepción del progreso tiene dos puntos de ruptura que la transformaron en una concepción radical: por un lado, produce la desmercantilización de ciertos bienes a los que implica considerarlos "bienes comunes" y que constituyen el conjunto de los bienes a transmitir a las generaciones futuras (36) o en una ingeniería de gestión de los bienes en la cual los poderes propietarios se redistribuyen a través de la participación y, por otro, encierra una revisión crítica del rol de la ciencia y la tecnología en relación al progreso.

3. El derecho del progreso como permanencia

Esta versión del progreso, además de la reformulación de las formas clásicas (37), recurre a sus formas jurídicas propias: la herencia, el patrimonio común, las generaciones futuras y a la vez la idea de riesgo. Así entiende que una forma de vincular el futuro es responsabilizando a la generación actual por la transmisión con forma de herencia de un patrimonio idéntico al heredado a las generaciones futuras. Otro mecanismo para ligar al futuro es el recurso a la idea de riesgo; en efecto, el riesgo es la probabilidad de un daño originado por una amenaza presente y, como tal implica un juicio de probabilidades futuras (38).

De esta manera el derecho del desarrollo perdurable se emparenta con la racionalidad del derecho internacional de la protección del patrimonio común de la humanidad y del patrimonio cultural y natural común de la humanidad y del patrimonio intangible ya que emplean el mismo background de tecnologías y técnicas jurídicas. El concepto de patrimonio común de la humanidad, es decir de la existencia de bienes comunes, se ha constituido en un eje axial del desarrollo del derecho internacional ambiental (39) —y del derecho internacional de la cultura— y la idea de generaciones futuras es un concepto inseparable del anterior, sin el cual el primero pierde sentido.

Este derecho del desarrollo perdurable exige practicar una profundización del principio de equidad intergeneracional consagrado en la Declaración de Estocolmo —como 1° principio— y en la Declaración de Río de 1992 —como 3° principio— y en la ley 25.675 de la Argentina (art. 4°). Así las cosas, el tipo de derecho ambiental que se desarrolla a partir de la idea de bienes comunes-generaciones futuras, obedece a una racionalidad diferente de la del tradicional derecho internacional ambiental o, si se prefiere, se trata de una visión del derecho ambiental que intenta descansar más fuertemente sobre el aspecto de conservación y transmisión de un volumen de bienes ambientales. Este "estilo" de derecho ambiental es el que debería desarrollarse preferencialmente y predominar bajo esta idea de desarrollo (40). Otra característica del derecho del desarrollo perdurable —compartida con la idea de "buen vivir"— debería ser —si se toma en serio la idea de garantía para las generaciones futuras— la de una reforma de la regulación de los recursos naturales en el sentido de asegurar el uso de los bienes ambientales para el bien común, es decir, desmercantilizándolos. Un claro ejemplo en el cual esta idea ha alcanzado institucionalidad es el de la Constitución de Uruguay. Reformada en 2004 consagra el agua como un derecho humano fundamental; establece que no se trata de un bien privatizable, es decir, sobre el cual puedan ejercerse otros derechos propietarios, más allá de la propiedad del Estado; y garantiza el derecho de acceso al uso por parte de la población.

4. La fase actual del desarrollo del modelo: la humanización de los bienes naturales

En la fase actual de desarrollo de este modelo las cortes constitucionales juegan un rol central. En esta fase las cortes se apoyan en dos pilares para reformar el Estado de derecho liberal que hacen a la idea de protección ambiental: a) por un lado, aseguran derechos de participación y decisión, por ejemplo, de los pueblos originarios innovando mediante un sistema de audiencias públicas; b) manteniendo la idea de bienes colectivos precedentes a los bienes individuales lo que permite dos acciones: reconocer legitimaciones activas basadas en derecho supra-individuales y decidir casos de conflictos derechos fundamentales; con esto último se está trazando ciertos límites a la idea de libertad contractual aunque no aún a la propiedad.

La vía elegida es la de la humanización de los bienes naturales; es decir se trata los derechos sobre los bienes ambientales como derechos humanos pero aceptando la idea de que esta generación de derechos —al igual que los derechos de la cultura— son derechos humanos sobre bienes colectivos. Esta última consideración es clave a la hora de los "juicios de ponderación" y está produciendo una rejerarquización de los derechos humanos en la cual los de mayor peso son los derechos sobre bienes colectivos que se considera preexistentes y por tanto más fundantes que los demás.

Aún falta pasar a la fase de pleno reconocimiento del derecho de las generaciones futuras; este paso depende de que los defensores del pueblo —que parecen lejos aún de lograrlo— tomen en serio la defensa de las generaciones futuras y que las cortes pasen de la mención meramente circunstancial en sus sentencias de la idea de generaciones futuras a realizar verdaderas argumentaciones o una retórica para sostener la existencia de un

derecho de este sujeto a un cierto volumen de bienes, lo que implica un previo deber de conservación y, para ello, la necesidad de implementar sistemas de gestión o de exclusión que lo permitan.

VI. El modelo del buen vivir

1. El "buen vivir" como post-desarrollo

a) El buen vivir como cosmovisión

La idea de "buen vivir" que ha logrado alcanzar rango constitucional y normativo así como de programa político en Bolivia y Ecuador —aunque con notables diferencias— (41) es principalmente el producto discursivo de la lucha de las organizaciones de pueblos indígenas, minorías étnicas y de otros colectivos sociales históricamente postergados y oprimidos como los campesinos, estudiantes y mujeres, todos los cuales conforman una "constelación" epistemológica.

Esta noción tiene resonancias en diferentes campos: en la ética ambiental (42); en la ontología; en el plano de la teoría política —como visión no-liberal; en la economía; en el derecho; y, en particular en lo que aquí me interesa, en los estudios sobre el desarrollo.

En efecto, entre los desarrollos teóricos latinoamericanos que ingresan en el espacio de discusión acerca del desarrollo —en verdad, de lo que se denomina "post-desarrollo" (43) — se encuentra la idea del "buen vivir" receptada en las constituciones de Ecuador [2009] y Bolivia [2008].

El buen vivir es una cosmovisión primariamente indígena que se traduce en una filosofía de vida según la cual valores materiales y espirituales tienen igual rango; por tanto, "bienestar" asume un sentido diferente del que tiene en la cultura occidental moderna. Se sustituye la idea de "vivir mejor" por la de "vivir bien", que significa vivir en comunidad y en equilibrio con la naturaleza, respetando la identidad de cada hombre y especie (44).

b) El buen vivir y el desarrollo

A) La instrumentalización del desarrollo

El buen vivir es una cosmovisión que pretende: a) reorientar el conjunto de los derechos; y b) y la política de desarrollo. En el fondo la propuesta es que "las tradicionales estrategias del desarrollo (...) deben ser conceptual y estructuralmente superadas" (45).

Para Arturo Escobar, "El desarrollo como Buen Vivir busca articular la economía, el medio ambiente, la sociedad y la cultura en nuevas formas, llamando a las economías sociales y solidarias mixtas; introduce temas de justicia social e intergeneracional en los espacios de los principios del desarrollo; reconoce las diferencias culturales y de género, posicionando la interculturalidad como principio rector; y permite los nuevos énfasis político-económicos, tales como la soberanía alimentaria, el control de los recursos naturales y un derecho humano al agua" (46).

En este modelo el régimen del desarrollo se encuentra en función del buen vivir; el desarrollo es empleado como un medio o instrumento del buen vivir; esto queda claro en el art. 275 de la Constitución de Ecuador. El buen vivir contribuye a "descentrar" el desarrollo en el sentido de asegurar los derechos que constituyen el "régimen del buen vivir" (47). El buen vivir se basa en la idea de que el objetivo final es el bienestar: a) la satisfacción de las necesidades humanas materiales y espirituales, b) que se traduzca en un bienestar colectivo, c) en armonía con la naturaleza. Por ello rechaza la idea de desarrollo como un fin, puesto que de esta manera se coloca en el centro de la preocupación la producción de bienes materiales —sin ajuste con las necesidades— y que no se traduce necesariamente en un bienestar igualitario de todos los grupos sociales y que está generando un deterioro ambiental irreversible.

En la Constitución de Bolivia el vivir bien ocupa una posición estructural diferente de la que tiene el buen vivir en la Constitución de Ecuador. En Bolivia el vivir bien es uno de los fines y principios ético-morales del Estado (art. 8º) que influye toda la política y acciones del Estado e implica cambios en el modelo económico.

B) El buen vivir como vía al post desarrollo

El buen vivir se transforma de esta manera en una de las vías de transición hacia el posdesarrollo.

El valor de este modelo del buen vivir es haber abierto nuevas posibilidades para pensar el progreso más allá de la modernidad y "perturbar las construcciones modernas apunta a la existencia de ordenes sociales neoliberales y post liberales" (48). Es una visión del desarrollo más rica y compleja que por empezar no toma los puntos de partida modernos para pensar el desarrollo; según estas ideas hay una etapa de subdesarrollo a la que le sigue una segunda etapa evolutiva de desarrollo (49).

El buen vivir refunda el desarrollo como post desarrollo, "no se trata simplemente de un nuevo régimen de

desarrollo"[\(50\)](#).

El post desarrollo, según Escobar, intenta 1) "descentrar", es decir desfocalizar el desarrollo como un eje discursivo, para "abrir el espacio discursivo a otras formas; en otras palabras: descentrar al desarrollo como un "descriptor social"[\(51\)](#); 2) identifica "alternativas al desarrollo"; 3) "Enfatizó la importancia de la transformación de la economía política de la verdad, es decir, del orden del conocimiento y poder experto de desarrollo; en otras palabras: "cuestionó las prácticas de conocimiento del desarrollo"[\(52\)](#).

El posdesarrollo apareció hacia mediados de los años noventa del siglo XX como un intento de responder al discurso y las prácticas del desarrollo. Luego de las profundas transformaciones sociales, políticas y económicas de esos años el posdesarrollo encontró hacia fines de los 2000 en América Latina la construcción e institucionalización del modelo del buen vivir que empleó como una explicación del uso del desarrollo y, a su vez, en el plano de las teorías sobre el post desarrollo el vivir bien fue visibilizado como una vía de transición hacia el posdesarrollo.

2. El modelo de los derechos del "buen vivir": la naturaleza como sujeto

Observado desde la perspectiva de la ética ambiental, el modelo del buen vivir es un modelo biocéntrico radical que descompone la visión moderna basada en la distinción del hombre con la naturaleza, lo cual en el caso de la Constitución de Ecuador conduce a la subjetivización de la naturaleza.

En la Constitución de Bolivia en cambio no hay un reconocimiento directo de los derechos de la naturaleza—excepto la mención en el art. 33 a otras especies—, pero luego en 2010 se sancionó la Ley de los Derechos de la Madre Tierra que sí subjetiviza a la naturaleza [\(53\)](#). Pero, ¿cuáles son los rasgos del modelo de derecho del "vivir bien"?

a) La naturaleza como sujeto de derecho

Éste es el primer rasgo del derecho de "vivir bien": la naturaleza es considerada un sujeto de derecho. En el caso de la Constitución de Bolivia el rol subjetivo dado a la naturaleza es menos predominante; sin embargo hay vestigios, v.gr., cuando al regular el derecho al ambiente en el art. 33 se señala que el ambiente debe ser saludable no sólo para el hombre sino también para "además de otros seres vivos". Este aspecto del buen vivir va en la misma dirección de lo que se conoce como deep ecology, movimiento del campo legal que hacia los años 70 del siglo XX planteaba considerar la naturaleza como un sujeto de derecho en lugar de objeto [\(54\)](#). De esta manera se llega a una posición ambivalente respecto del derecho: el buen vivir se traduce en una crítica radical a los postulados del derecho moderno a la vez que reivindica el campo legal como indispensable.

b) Los "derechos de la naturaleza" y la "justicia ecológica"

El bien vivir crea una nueva rama del derecho paralela a la de los derechos humanos: los "derechos de la naturaleza", los cuales intenta reivindicar y propulsar. Es decir que al lado de los derechos del hombre se encuentran los derechos de los no humanos, es decir de la naturaleza [\(55\)](#).

El fin central de esta rama del derecho es asegurar la subsistencia de los ecosistemas. Explica Acosta: "A los derechos de la naturaleza se los llama derechos ecológicos para diferenciarlos de los derechos ambientales de la opción anterior (...). En este campo la justicia ecológica pretende asegurar la persistencia y sobrevivencia de las especies y sus ecosistemas, como conjuntos, como redes de vida (...). Esta justicia es independiente de la justicia ambiental"[\(56\)](#).

En la Constitución de Ecuador estos derechos no ocupan una jerarquía diferente de los demás derechos; en el caso de Bolivia, excepto la mención del derecho de acceso al agua como un derecho "fundamentalísimo" (art. 373) luego no hay jerarquías entre los derechos de los individuos, los derechos colectivos y los derechos de la madre tierra; es más, la ley 300 de 2012 establece la "complementariedad" entre estos tipos de derechos (art. 4.1) [\(57\)](#).

c) La globalización alternativa del derecho

El segundo rasgo del derecho del "vivir bien" es que se inscribe en los caminos de la globalización alternativa del derecho, específicamente se vincula con el cosmopolitismo y las redes de luchas subalternas que han triunfado [\(58\)](#).

La traducción jurídica del paradigma del "buen vivir" tiene impacto también en el mundo legal en cuanto no acuerda con la idea de trasplantes jurídicos y la globalización del derecho a través de la globalización de localismos y la localización de globalismos, que fue la línea de los law and development studies; todo lo contrario—se lo considere más o menos viable—, el modelo legal del buen vivir constituye un intento de construcción de una globalización del derecho alternativa.

d) Un nuevo derecho de los recursos naturales: contra el extractivismo

El tercer rasgo característico del modelo jurídico del "vivir bien" es el acento en la cuestión de los recursos naturales, en la construcción de un nuevo derecho de los recursos naturales; en efecto, refuerza el acento del derecho ambiental orientado hacia la construcción de los bienes comunes mediante la revisión de los poderes propietarios y desplegando un programa de redistribución subjetiva de estos derechos propietarios.

La Constitución de Bolivia está profundamente implicada en la cuestión de los recursos naturales. Les dedica toda una parte (parte IV); se ocupa de los recursos naturales renovables y no renovables incluyendo los recursos genéticos de la biodiversidad y los microorganismos y también de los recursos culturales materiales e inmateriales. La tecnología en general es declararlos patrimonio del pueblo boliviano; encomendar al Estado las acciones de protección —v.gr., mediante derechos de propiedad intelectual (arts. 100.II, 102)— y luego se ocupa de administrarlos a nombre del pueblo (art. 309; 311.2.) sobre la base del principio de soberanía sobre los recursos naturales (art. 346) y de industrialización de los recursos naturales (arts. 313.5., 316.6, 311.2, 319.I) y de distribuir los beneficios (art. 9º.16) y los usos (art. 381) (59). Desde la perspectiva económica es un modelo de pensamiento abierto a la economía solidaria. Esto se traduce en un impulso a las "nuevas formas de la economía social": "Se aspira a construir relaciones de producción, de intercambio y de cooperación que propicien la suficiencia —más que la sola eficiencia— y la calidad, sustentadas en la solidaridad (60). Se tiende a revalorizar el trabajo humano: a) se proscribire la precarización laboral y la tercerización; b) se prohíbe toda forma de persecución a los comerciantes y artesanos informales (arts. 33 y 325 Constitución de Ecuador). Esta concepción del vivir bien se revela contra el extractivismo: "no sólo porque depreda la naturaleza, sino porque mantiene una estructura laboral explotadora de la mano de obra, a la que, por lo demás no asegura un empleo adecuado"(61).

e) La reforma de la propiedad y del contrato

En este modelo de economía, la sociedad civil juega un rol central al lado del Estado y del mercado; por ello el modelo incluye también la reforma de la propiedad y de los servicios financieros y la redistribución de la riqueza.

En fin, el programa es el de desmercantilización de la naturaleza (62) y encuentra con el programa basado en los bienes comunes excelentes posibilidades de acople. La desmercantilización de la naturaleza no es patrimonio exclusivo de este modelo. El ejemplo que se suele dar es el de la privatización del agua; esta agenda que consiste en colocar el agua —y otros recursos naturales— como bienes comunes es compartida también por los partidarios de la idea de bienes comunes y en América Latina ha sido puesta en marcha bajo esta idea, por ejemplo en Uruguay (63).

Mi evaluación acerca de la viabilidad de un modelo como éste en un contexto de instrumentos modernos que aún no han sido revisitados es escéptica. Sin embargo pienso que ciertos aspectos pueden ser considerados, v.gr., la más extensa distribución de los poderes propietarios, aunque sólo una evaluación de los resultados y dificultades a cierto tiempo vista podrá tal vez proporcionar una base mejor para evaluar y fundar una opinión definitiva.

VII. La construcción experimental

Los modelos se encuentran en diferentes fases de construcción (64). Es por ello que recurren a dispositivos experimentales de reformulación de la propiedad privada o del contrato como mecanismo para avanzar o a la técnica del balancing de derechos fundamentales en casos conflictivos.

La corta experiencia de puesta en marcha de los experimentos muestra la enorme dificultad y los altísimos niveles de resistencia que ofrece el paradigma liberal de los derechos.

Los actores de estos nuevos modelos deben concentrar demasiados esfuerzos y enfrentan el desafío de mantenerlos en el tiempo de manera más o menos constante para que los experimentos puedan llegar a buen término.

Los casos experimentales abundan en diferentes geografías. Voy a tomar uno que tiene grandes dimensiones y visibilidad y que ilustra bien el problema de la construcción alternativa.

Es el caso de la reserva de biósfera de Yasuni (Ecuador). El Parque Nacional Yasuni y reserva de biósfera de Unesco, una de las reservas de biodiversidad más importantes del planeta y territorio de los dos últimos pueblos indígenas de aislamiento voluntario de Ecuador, alberga además un importante yacimiento de petróleo (846 millones de barriles de crudo). Ante el descubrimiento de la reserva de petróleo en 2010 el presidente de Ecuador, Rafael Correa presentó antes Naciones Unidas la "Iniciativa ITT Yasuni". La iniciativa tiene por objetivo no explotar el yacimiento de manera definitiva, a condición de que la comunidad internacional coopere con Ecuador aportando la mitad de las ganancias que dejará de percibir al decidir dejar el petróleo en tierra. Para ello la iniciativa creó un fondo fiduciario que es administrado por un fideicomiso internacional gestionado por el

PNUD de Naciones Unidas con la participación del Estado ecuatoriano, las ONGs ecuatorianas y los ciudadanos de Ecuador. Los aportes al fondo provienen de dos fuentes: a) los aportes voluntarios de "países amigos" y de organismos internacionales, organizaciones de la sociedad civil, empresas y ciudadanos; b) transacciones de mercado de carbono: "venta de créditos de carbono" por emisiones no realizadas; este mecanismo es una innovación pues se trata de una herramienta que no existe en el Protocolo de Kyoto cuya creación se propone en la iniciativa. La iniciativa es integral, pues intenta dar respuesta al mismo tiempo a tres frentes de batalla que presente ITT Yasuni: a) el calentamiento climático, derivado de la combustión de combustibles fósiles; con la explotación de ITT Yasuni se evita introducir 407 tn de CO₂ en la atmósfera; b) la pérdida de biodiversidad; c) la pobreza, es decir, los efectos sociales de la explotación petrolera garantizando la supervivencia de los dos últimos pueblos indígenas que viven en situación de aislamiento voluntario y que habitan el Yasuni: los taromenane y los tagaeri. Los intereses producidos por las inversiones efectuadas con el fondo, se debían invertir en cinco finalidades: a) Conservación efectiva de las áreas naturales protegidas; b) reforestación y aforestación; c) aumento de la eficiencia energética y ahorro de energía del país; d) desarrollo social de las zonas de influencia de Yasuni (educación, salud, trabajo en actividades sustentables como el ecoturismo); e) ciencia y tecnología en generación de bienes y servicios de base biotecnológica; manejo integrado de cuencas; cambio de la matriz energética nacional por energías renovables. Las conclusiones a priori que pueden extraerse del caso en relación con el desarrollo sustentable son que a) la iniciativa ITT Yasuni intenta ir más allá del protocolo de Kyoto, innovando en los mecanismos de desarrollo limpio (MDL) existentes; b) La iniciativa mantiene una visión de Yasuni integral lo cual es un elemento innovador respecto de otras iniciativas existentes; c) Pese a que la Constitución de Ecuador mantiene una perspectiva de posdesarrollo, el documento de presentación de ITT Yasuni recurre a la retórica, los conceptos y el instrumental técnico del desarrollo sustentable; d) no es un mecanismo de "compensación" sino una "contribución solidaria" hacia objetivos internacionales comunes como la mitigación del cambio climático, la preservación de la biodiversidad y el desarrollo humano sostenible; e) es un experimento de regulación e institucionalidad ambiental que se reconoce asimismo como tal, que se desarrolla en la dirección de una nueva racionalidad respecto del bienestar.

Este caso constituye un ejemplo de terreno concreto de un experimento de regulación e institucionalización de "recursos naturales" —el agua dulce y la biodiversidad— desde una perspectiva innovadora. El estudio de los casos deja ver, además de las dificultades enormes que existen, la importancia de la dimensión subnacional en esta nueva regulación de los bienes naturales pues los "problemas" y conflictos sociales, ambientales y económicos se concentran en esas dimensiones y no admiten respuestas generales.

VIII. Conclusiones

Estos dos modelos emergentes alternativos al desarrollo reabren el debate internacional entre países desarrollados y en vías de desarrollo respecto de la cuestión del desarrollo.

Los modelos descritos encierran una reforma original de la regulación de la propiedad, el contrato, el derecho ambiental y de los recursos naturales en un sentido convergente hacia la idea de "desmercantilización" de los recursos naturales sobre la base de dos concepciones diferentes de los bienes naturales que los lleva a dos estrategias diversas: 3.1.) intentar una construcción paralela a los derechos humanos llamada "derechos de la naturaleza" y 3.2.) una "humanización" de los bienes naturales; 4) la puesta en marcha de estos modelos de gestión y regulación de los recursos naturales a partir de experimentos regulatorios y de gestión concretos es una vía plausible dada la dificultad para emprender reformas más vastas que reabren las posibilidades de imaginación regulatoria e institucional creativa ⁽⁶⁵⁾ respecto de los bienes ambientales a nivel local y regional que podría ser replicada en otras geografías y, tal vez, globalizarse.

(1) Capella, Juan R., "El tiempo del 'progreso'", Revista DOXA, España, n. 9, 1991, págs. 235/254.

(2) Lantz, Pierre, "Contrat et sociologie", en AA.VV., Sabine Erbé-Seguín (dir.), *Le contrat. Usages et abus d'une notion*, Declè de Brouwer.

(3) Ost, François, *O tempo do direito*, Instituto Piaget, Lisboa, 1999, pág. 227: "Es, por tanto, el desafío que se respeta a los juristas: pensar las vías de apertura al futuro en formas durables; romper con el pasado, apoyándose al mismo tiempo en él, libertar las formas instituyentes en las propias formas de lo instituido. En el pensamiento jurídico, la respuesta a este desafío presenta por lo menos dos vertientes: el utilitarismo, por un lado, y el institucionalismo, por otro, presentarse en efecto como dos tentativas rivales de dar un futuro al futuro".

(4) En el caso de la Constitución Argentina, la cláusula del progreso fue establecida expresamente desde 1853 en art. 67, inc. 16. Está inspirada en el art. 1º, parágrafo 8º de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica de 1787; aunque esta última otorga al Congreso la facultad de promover la ciencia y las artes, lo que no hace la cláusula argentina. En un sentido similar al de la Constitución de los EE.UU., la Constitución de

Costa Rica hace referencia al progreso de las ciencias y las artes (arts. 121.8 y 139.4). La Constitución de Perú, art. 23, segundo párrafo: "El Estado promueve condiciones para el progreso social y económico, en especial mediante políticas de fomento del empleo productivo y de educación para el Trabajo". Muchas de las constituciones de América Latina actualmente vigentes ni siquiera hacen referencia a la palabra progreso ni incluyen una "cláusula del progreso" que han cambiado por "cláusulas del desarrollo".

(5) El Preámbulo de la Constitución Argentina dice: "promover el bienestar general". En este sentido se ha escrito que "se debe resaltar el papel históricamente inédito que desempeñan las ciencias en la época moderna. Pues van a tener una relación directa con el proceso productivo, van a resultar decisivas para la producción", Capella, Ramón, *Fruta prohibida*, Trotta, Madrid, pág. 104.

(6) Esta fórmula está clara en la Constitución argentina (art. 75, incs. 18 y 19) y se conoce como "cláusula del progreso".

(7) Me refiero a la idea de la existencia de "obligaciones comunes pero diferenciadas", que ha sido la posición sostenida por los países en desarrollo en el contexto de la mayoría de las discusiones acerca del derecho internacional ambiental y la gobernanza global de ambiente. Esta idea significa que si bien es cierto que todos los países tienen obligación de tutelar el ambiente, son los países desarrollados quienes deben pagar el costo mayor de la protección pues son quienes con su propio desarrollo históricamente son los responsables en mayor medida del deterioro del ambiente del planeta.

(8) Fernández Blanco, Carolina, *Derecho y desarrollo*, Del Puerto, Buenos Aires, 2013, pág. 7.

(9) Por ello el movimiento de law and development partiendo del mismo principio weberiano llega a la conclusión absolutamente contraria: es posible generar condiciones de desarrollo en los países subdesarrollados a partir de la transformación del Estado de derecho.

(10) Dias Varella, Marcelo, pág. 30.

(11) Ver más ampliamente en Dias Varella, Marcelo, op. cit., pág. 30.

(12) Dias Varella, Marcelo, op. cit., págs. 31 y 32.

(13) Trubek, David, "Law and Development" in N. J. Smelser and Paul B. Baltes (eds.), 2001 *International Encyclopedia of the Social & Behavioral Sciences*, Pergamon, Oxford, p. 8443; Trubek, David, "Law and Development in the Twenty-first Century".

(14) Me parece central recordar aquí la Encíclica *Populorum Progressio* de Paulo VI de 1967 y luego las encíclicas *Sollicitudo Rei Socialis* y *Centesimus Annus*, de Juan Pablo II.

(15) Sen, Amartya, *Desarrollo y libertad*, Planeta, Buenos Aires, 2000.

(16) Muñoz, Ricardo, "Desarrollo humano. Nuevo paradigma constitucional", p. 3 en <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/desarrollo-humano.-nuevo-paradigma-constitucional>.

(17) El miembro informante en la asamblea en relación con el art. 75, inc. 19 fue el justicialista Antonio Cafiero. En su discurso se observan los fundamentos de la idea de "desarrollo humano": la doctrina social de la iglesia y la "doctrina peronista".

(18) Muñoz, Ricardo, "Desarrollo humano. Nuevo paradigma constitucional", cit., p. 3

(19) Weber, Max, *Economía y Sociedad*, Fondo de Cultura Económica, México, 1993.

(20) Courtis, Christian, "La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios", en Courtis, Christian (comp.), *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2008, págs. 3 y ss.

(21) Art. 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: "...los Estados (...) se comprometen a adoptar medidas (...) hasta el máximo de los recursos que se disponga para lograr progresivamente por todos los medios apropiados la plena efectividad de los derechos...".

(22) Art. 26 ("desarrollo progresivo") de la Convención Americana de los Derechos Humanos: "Los Estados parte se comprometen a adoptar providencias (...) para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos... en la medida de los recursos disponibles por vía legislativa u otros medios disponibles".

(23) Incorporados al "bloque de constitucionalidad" argentino mediante el art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional.

(24) Esta idea de progresividad material ha sido entendida por los tribunales como una prohibición de retroceso. En efecto, si debe siempre marcharse hacia adelante, ello implica que no puede retrocederse. Aquí aparece la primera versión de la idea de no regresividad: si es necesario asegurar el progreso como

progresividad —faceta positiva—, ello implica al mismo tiempo la inhibición de los retrocesos —faceta negativa—.

(25) Los nuevos modelos emergentes en A.d.S. se presentan —con diferente intensidad— como una alternativa al desarrollo sustentable; estos modelos emergentes reformulan o desfocalizan la ecología política del desarrollo sustentable en tanto ecología política global que sirve de racionalidad para la institucionalidad y regulación legal de los "recursos naturales".

(26) Ambos modelos alternativos al desarrollo recuperan la tradición crítica hacia el desarrollo del pensamiento latinoamericano aunque es mucho más evidente en el modelo del buen vivir, Gudynas, Eduardo-Acosta, Alberto, "La renovación de la crítica al desarrollo y el buen vivir como alternativa", en *Utopía y praxis latinoamericana*, año 16, n. 53, 2011 (abril-junio), pág. 73 a 83, pág. 75.

(27) Este proceso va acompañado con la sanción de nuevos códigos civiles o intentos de reformas que introducen elementos que cambian el funcionamiento de las herramientas tradicionales del derecho moderno como la función social del contrato (Código Civil de Brasil 2002) o de la propiedad (Proyecto Código Civil Argentina 2012) o la limitación del derecho civil por los derechos fundamentales (Proyecto Código Civil Argentina 2012).

(28) La idea de "constelación epistemológica" la uso en el sentido de Boaventura de Souza Santos: significa que existe una base conceptual y de conocimiento compartida entre estos modelos emergentes.

(29) Presente en las constituciones de Argentina, Uruguay y Brasil.

(30) La Constitución de Bolivia de 2009 trae tres referencias a las generaciones futuras y una en la "presentación". La primera referencia en el articulado se encuentra en el art. 9º, inc. 6º cuando define los fines y funciones del Estado establece que "Promover y garantizar el aprovechamiento responsable y planificado de los recursos naturales, e impulsar su industrialización, a través del desarrollo y del fortalecimiento de la base productiva en sus diferentes dimensiones y niveles, así como la conservación del medio ambiente, para el bienestar de las generaciones actuales y futuras". El art. 33 al consagrar el derecho al ambiente prescribe que "Las personas tienen derecho a un medio ambiente saludable, protegido y equilibrado. El ejercicio de este derecho debe permitir a los individuos y colectividades de las presentes y futuras generaciones, además de otros seres vivos, desarrollarse de manera normal y permanente". Y finalmente el art. 108, inc. 15 que define los deberes de los ciudadanos señala que éstos deben "Proteger y defender los recursos naturales y contribuir a su uso sustentable, para preservar los derechos de las futuras generaciones". Pese a estas menciones a las generaciones futuras y una referencia aislada al desarrollo como un fin y función del Estado en el art. 9º, inc. 2º, el modelo predominante en la Constitución boliviana es el del "Vivir bien" (preámbulo y arts. 8.I y II; 80.I; 306.I y II; 313).

(31) La Constitución de Ecuador de 2009, al regular la cuestión de la "naturaleza y ambiente" establece que "La Constitución reconoce los siguientes principios ambientales: 1. El Estado garantizará un modelo sustentable de desarrollo, ambientalmente equilibrado y respetuoso de la diversidad cultural, que conserve la biodiversidad y la capacidad de regeneración natural de los ecosistemas, y asegure la satisfacción de las necesidades de las generaciones presentes y futuras".

(32) Aunque también hay que reconocer que en el campo del derecho internacional y luego en la Ley General del Ambiente, la idea de desarrollo sustentable aparece vinculada a la de generaciones futuras.

(33) Pureza, José M., *El patrimonio común de la humanidad. ¿Hacia un derecho internacional de la solidaridad?*, Trotta, Madrid, 2003.

(34) CN, art. 41: "Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; 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 aquéllas alteren las jurisdicciones locales. Se prohíbe el ingreso al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos, y de los radiactivos".

(35) Es una reedición de la competencia entre herencia y contrato que preocupaba a Emile Durkheim.

(36) La tarea concreta de delimitar este conjunto de bienes comunes corresponde al derecho ambiental y de la tutela del patrimonio cultural que lo hacen con la ayuda de biólogos y economistas.

(37) Esta reformulación de las formas clásicas es particularmente notable en el contrato y la obligación. Por

un lado en la teoría del contrato se admite la revisión legal de su contenido por razones de emergencia y judicial basada en la teoría de la imprevisión o de la frustración del fin; se ha revalorizado el proceso de formación del negocio y las responsabilidades precontractuales, el "antes" del contrato y se hace referencia a una responsabilidad postcontractual; el contrato es entendido mucho más como una cooperación no sólo económica sino plena de elementos no patrimoniales —como la confianza— a largo plazo, objeto de renegociaciones y ajustes permanentes, mucho más procedimental que sustancial. Una teoría que recoge este conjunto de datos es la de los "contratos relacionales" concebida originalmente por Ian McNeil — Porto Macedo, Ronaldo, "Contratos relacionais e defesa do consumidor", Max Limonard, Rio de Janeiro, 1996. En el campo del derecho de obligaciones las visiones más estáticas son reemplazadas por otras que conciben la obligación como un producto de la dinámica de su funcionamiento, es decir, como un proceso. Véase la tesis doctoral inédita de Do Couto e Silva, Clovis, "A obrigação como processo", Mecanografiado, Porto Alegre, 1964.

(38) La vinculación entre riesgo y futuro ha sido profundizada por Niklas Luhmann, en Sociología del riesgo, Universidad Iberoamericana, México, 1998. La tesis de Luhmann es que este trasfondo teórico es el que lleva a sostener que "la sociedad moderna presenta el futuro como riesgo. Las distinciones que se dejan fijar en la forma del riesgo sirven entonces para superar la paradoja del tiempo" (pág. 84). Si la situación es que en el presente no hay tiempo y que la distinción pasado-futuro es cada vez más profunda, ¿cómo se hace el paso del pasado al futuro? Esta pregunta se responde considerando el riesgo. El riesgo permite presentificar el futuro.

(39) El otro gran eje sobre la base del cual se ha desarrollado el derecho internacional ambiental ha sido el problema de la contaminación de los elementos del ambiente.

(40) La jurisprudencia argentina, que de la mano de la CSJN ha sido uno de los grandes impulsores de la tutela del ambiente en Argentina, aun no ha extraído todo el potencial que tiene la idea de "generaciones futuras"; la referencia que suele hacerse en los textos de las sentencias a esta idea es muchas veces parte de la retórica argumental pero sin que se constituya en un elemento axial en el que se apoya la decisión, ni del cual se extraen consecuencias precisas o instrumentos concretos en términos regulatorios.

(41) Apunta en este sentido Acosta: "En la nueva Constitución ecuatoriana —no así en la boliviana— los derechos aparecen en forma explícita como derechos de la naturaleza", Acosta, Alberto, "El Buen Vivir en el camino del post-desarrollo. Una lectura desde la Constitución de Montecristi", Policy Paper, n. 9, Fundación Friedrich Ebert, FES-ILDIS, 2010, pág. 20.

(42) Se traduce en una ética biocéntrica posmoderna que reivindica el valor intrínseco de la naturaleza pero que al mismo tiempo reconoce la necesidad de establecer una estrecha solidaridad entre lo vivo, lo que incluye también a los seres humanos.

(43) "Más que un desarrollo alternativo, el Buen Vivir constituye una alternativa al desarrollo, y en esa medida se puede ver como un avance en 'el camino hacia el postdesarrollo' (Acosta, 2010)", Escobar, Arturo, "Más allá del desarrollo: postdesarrollo y transiciones hacia el pluriverso", Revista de Antropología Social, 2012, pág. 30. Es un avance en el tiempo de la transición hacia el posdesarrollo, es decir, dirigido a descentralizar a la cuestión acerca del desarrollo como una cuestión central en las sociedades contemporáneas.

(44) Choquehuanca Céspedes, David, "Hacia la reconstrucción del Vivir Bien", en América Latina en movimiento, n. 252, febrero 2010.

(45) Acosta, Alberto, "El Buen Vivir en el camino del post-desarrollo. Una lectura desde la Constitución de Montecristi", cit.

(46) Escobar, Arturo, "Más allá del desarrollo: postdesarrollo y transiciones hacia el pluriverso", cit., pág. 24.

(47) Escobar, Arturo, "Más allá del desarrollo: postdesarrollo y transiciones hacia el pluriverso", cit.

(48) Escobar, Arturo, "Más allá del desarrollo: postdesarrollo y transiciones hacia el pluriverso", cit.

(49) Acosta, Alberto, op. cit., pág. 7: "Esta concepción del buen vivir desnuda los errores y las limitaciones de las diversas teorías del llamado desarrollo".

(50) Acosta, Alberto, op. cit., pág. 7.

(51) Escobar, Arturo, "Más allá del desarrollo: postdesarrollo y transiciones hacia el pluriverso", cit.

(52) Escobar, Arturo, "Más allá del desarrollo: postdesarrollo y transiciones hacia el pluriverso", cit.

(53) Ley 71 de diciembre de 2010, "Ley de derechos de la madre tierra". Art. 1º. (Objeto). La presente Ley tiene por objeto reconocer los derechos de la Madre Tierra, así como las obligaciones y deberes del Estado Plurinacional y de la sociedad para garantizar el respeto de estos derechos. (...) 4. Respeto y defensa de los Derechos de la Madre Tierra. El Estado y cualquier persona individual o colectiva respetan, protegen y

garantizan los derechos de la Madre Tierra para el Vivir Bien de las generaciones actuales y las futuras". "Art. 5º. (Carácter jurídico de la madre tierra). Para efectos de la protección y tutela de sus derechos, la Madre Tierra adopta el carácter de sujeto colectivo de interés público. La Madre Tierra y todos sus componentes incluyendo las comunidades humanas son titulares de todos los derechos inherentes reconocidos en esta Ley. La aplicación de los derechos de la Madre Tierra tomará en cuenta las especificidades y particularidades de sus diversos componentes. Los derechos establecidos en la presente Ley, no limitan la existencia de otros derechos de la Madre Tierra". Este proceso se profundizó con la "Ley marco de la madre tierra y desarrollo integral para vivir bien", N° 300 de 2012.

(54) Vid. Ost, François, *A natureza à margem da lei. A ecologia à prova do direito*, Instituto Piaget, Lisboa, 2003.

(55) Esto es claro en la Constitución de Ecuador, Capítulo Séptimo, arts. 71 a 74 inclusive. En el caso de la Constitución de Bolivia, no hay una consagración expresa de derechos de la naturaleza en el texto constitucional mismo, pero sí en la "Ley marco de la madre tierra y desarrollo integral para bien vivir", 301 promulgada en octubre de 2012.

(56) Acosta Alberto, "El Buen Vivir en el camino del post-desarrollo Una lectura desde la Constitución de Montecristi", cit., pág. 20.

(57) Un derecho no puede materializarse sin los otros y no puede estar sobre los otros, implicando la interdependencia y el apoyo mutuo de los siguientes derechos: a) Derechos de la madre tierra como sujeto colectivo de interés público. b) Derechos colectivos e individuales de las naciones y pueblos indígenas originarios, campesinos, comunidades interculturales y afrobolivianas. c) Derechos fundamentales, civiles, políticos, sociales, económicos y culturales del pueblo boliviano para Vivir Bien a través de su desarrollo integral. d) Derecho de la población urbana y rural a vivir en una sociedad justa, equitativa y solidaria sin pobreza material, social y espiritual; así como su articulación con las obligaciones del Estado

(58) Santos, Boaventura de Souza, *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho*, Trotta, Madrid, págs. 385 y ss.

(59) Este programa de reforma de la propiedad es claro en el caso de la Constitución de Bolivia, arts. 100.II, 311.II, 349.I, 357, 372.I, 381.I y II, 393, 394.III, 397.I, II y III, entre otros.

(60) Acosta, Alberto, "El Buen Vivir en el camino del post-desarrollo Una lectura desde la Constitución de Montecristi", cit., pág. 23.

(61) Acosta, Alberto "El Buen Vivir en el camino del post-desarrollo Una lectura desde la Constitución de Montecristi", cit., pág. 25.

(62) "Ley marco de la madre tierra y desarrollo integral para vivir bien", n. 300 de 2012, art. 4.2. "No Mercantilización de las Funciones Ambientales de la Madre Tierra. Las funciones ambientales y procesos naturales de los componentes y sistemas de vida de la Madre Tierra, no son considerados como mercancías sino como dones de la sagrada Madre Tierra".

(63) Constitución de Uruguay, art. 17.

(64) La cuestión de que se trata de modelos de reciente construcción es analizada por diferentes autores con distinto nivel de crítica hacia cómo se está haciendo esa construcción. P. ej., sobre cómo en el interior de la racionalidad del buen vivir aparece a veces subyacente el modelo del desarrollo humano integral, vid., Walsh, Catherine, "Development as buen vivir: institucional arrangements and (de) colonial entanglements", *Rev. Development*, 2010, 53[19], 15-21.

(65) Unger, Roberto M., *What should legal analysis become*, Verso, Londres, 1996.