

**FACULTAD LATINOAMERICANA DE CIENCIAS SOCIALES  
IV CURSO DE POSGRADO "AMBIENTE, ECONOMÍA Y SOCIEDAD"**

© 2002 – Programa “Ambiente, Economía y Sociedad”

[www.retina.ar/ambiente](http://www.retina.ar/ambiente)

**Importante:** El contenido completo de este curso es de dominio público bajo licencia Creative Commons By-Nc-Sa. Se permite su uso, distribución y reproducción bajo la condición de mantener la fuente (se debe citar al Programa "Ambiente, Economía y Sociedad", la dirección del sitio web y a los docentes). Para mayor información, visitar:  
<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/2.5/>

## CLASE 2

Horacio Fazio: - Hoy tenemos con nosotros al Prof. Daniel Sabsay que es abogado. Tiene un posgrado en la Universidad de París; es Profesor Titular de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho de la UBA; es además docente en la materia de Derecho Constitucional Ambiental en las Universidades Austral, Di Tella y también en la UBA y es profesor invitado en esta especialidad, en la Facultad Schuman, Estrasburgo, Francia y en la Universidad de Texas, en Austria. Por último, no menos importante, es director ejecutivo de la FARN (Fundación Ambiente de Recursos Naturales), una de las principales ONG ambientales o ambientalistas de Argentina. Yo diría que es la principal, en materia de haber logrado una simbiosis entre la problemática ambiental y la participación ciudadana efectiva a través de una serie de mecanismos que van a ser parte de la exposición.

Prof. Daniel Sabsay: - Muchas gracias, Horacio. Quiero agradecer por tu intermedio tanto a tu tan gentil introducción como a FLACSO por el honor de poder nuevamente integrar el cuerpo docente de uno de los variadísimos y notables cursos que ustedes dictan. El módulo que voy a dictar, va a estar distribuido en dos partes. En la clase de hoy, nos vamos a concentrar en la relación entre Ambiente y Derecho, y eso nos va a disparar a la noción de Desarrollo Sustentable, desde la construcción de una noción que fue evolucionando y que llevó a esta conclusión, para luego poder observar el modo como ha repercutido esta problemática en nuestro sistema argentino. O sea: analizar la cláusula ambiental de nuestra Constitución Nacional con referencia al Derecho Comparado y al Derecho Público Provincial.

En la clase próxima nos vamos a concentrar entonces, en función del modelo de lo que he dado en llamar “governabilidad para la sustentabilidad” cuyos elementos hoy vamos a esbozar simplemente. En la clase próxima vamos a desarrollar todos los elementos en relación a aquello que se relaciona con la participación pública, como un elemento primordial dentro de ese esquema de gobernabilidad para la sustentabilidad.

Entonces, lo primero es esta relación entre Ambiente y Derecho. ¿De qué modo, la problemática ambiental se ha transformado en una temática que, en función de las relaciones que de la misma se derivan, merece un tratamiento particular por parte de la esfera jurídica? Y el inicio nos remite a entender cuál ha sido el modo de tratamiento de relación del ser humano con los recursos naturales. Durante prácticamente toda la historia de nuestra humanidad se vivió en una suerte de convencimiento o presunción de que los recursos naturales eran infinitos. Es decir, que en realidad, la posibilidad de una mayor transformación de los mismos, iba a generar necesariamente, una mayor inclusión de los habitantes del planeta sin tener en cuenta ningún tipo de rigor en cuanto al modo de relación y tratamiento con los mismos. Fundamentalmente creo yo, que por esta falsa presunción, basada en una idea de no finitud de estos recursos.

Las únicas referencias alejadas en el tiempo en cuanto a la noción de un tratamiento cuidadoso de los recursos naturales, surgen de algunos textos religiosos. En particular en el Antiguo Testamento es interesante ver esta concepción conforme a la cual, particularmente todos los recursos naturales derivados del suelo (agricultura, ganadería) son tratados en diversos capítulos, donde aparece una idea, como si Dios hubiera dado una suerte de "comodato" para el "usufructo" de estos bienes, lo que de por sí da la idea de la necesidad -si es un comodato- de cuidarlos de modo que pudieran perdurar, no sólo para aquellos que los usufructuaban como comodatarios de los mismos, sino para poder transferirlos a las futuras generaciones. En el Corán también aparecen algunas referencias. Salvo en los aspectos sagrados, no se encuentra prácticamente de manera histórica, una idea de relación con los recursos que mereciera o disparara una protección en particular. En realidad, esto aparece ya muy cerca en nuestra historia, fundamentalmente después de la Segunda Guerra Mundial, cuando (tanto de resultas de los enormes horrores que produce el conflicto bélico en sí como así mismo por una toma de conciencia que viene mucho de la mano de una organización gubernamental internacional que es la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza) se dispara por primera vez esta idea de necesidad de conservar los recursos naturales y este llamado de atención sobre todo, respecto del carácter finito de los mismos, que se cristaliza en toda una estrategia conforme a la cual, la solución -si ustedes quieren- era un poco de tipo estático.

Es decir: es como una primera reacción frente a la dilapidación, frente a la destrucción, frente a la pérdida; lo necesario es "irse al otro extremo": conservar a todo precio, a partir de tener prácticamente "santuarios naturales". Esto deriva rápidamente, en una suerte de contradicción, si se quiere, un enfrentamiento necesario entre el desarrollo (visualizado exclusivamente desde la noción o el elemento de tipo económico, economicista) frente a la protección ambiental como una suerte de valla o escollo que impide la posibilidad del desarrollo a las sociedades y que por lo tanto, genera la imposibilidad de que se produzcan los bienes suficientes como para hacer frente a una población cada vez más creciente. Esta noción conservacionista que es la primera que aparece de manera reactiva, genera rápidamente esta postura, conforme a la cual se generaba la imposibilidad de llegar a buen puerto. Porque por un lado, el economicismo, sin tener en cuenta absolutamente la variable ambiental, genera necesariamente la destrucción de los recursos que probablemente lleva incluso a imposibilitar a la larga (debido a la enorme destrucción de especies, de ecosistemas, de medios), que el hombre pueda sobrevivir en el planeta. Pero, por otro lado, el conservacionismo a todo precio puede generar grandes santuarios que permiten conservar los recursos pero no nos habilita para poder hacer frente precisamente, a la satisfacción de los bienes necesarios para que la gente pueda seguir viviendo en el planeta. Es decir, prácticamente por distintos caminos, se llega a resultados parecidos.

Así las cosas, yo diría que esta temática de la relación entre el ambiente y los recursos naturales, el ambiente y el desarrollo, toma un primer gran punto de partida en la Conferencia de Estocolmo de 1972 sobre Ambiente Humano. En esa oportunidad, aparece (a mi modo de ver desde lo interesante que es toda la temática del desarrollo y del ambiente), el primer esbozo de lo que luego sería la noción de desarrollo sustentable. Pero, por sobre todas las cosas: la primera indicación del modo como debía incluirse a esta problemática en el ámbito de lo jurídico. Y fíjense lo interesante que es el principio primero de la declaración que se firma en la conferencia, de la cual participan prácticamente representaciones de todos los Estados miembros de las Naciones Unidas. Todavía se hablaba de "medio humano", no se hablaba aún de la combinación. Pero, fíjense que este primer principio, para cualquier persona que trabaja en Derecho Constitucional, es sumamente provocativo, en estas pocas palabras:

DECLARACION DE ESTOCOLMO
--------------------------

CONFERENCIA DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE MEDIO HUMANO  
16/06/1972

Principio 1:

El hombre tiene el derecho fundamental a la libertad, la igualdad y el disfrute de condiciones de vida adecuadas en un medio de calidad tal que le permita llevar una vida digna y gozar de bienestar, y tiene la solemne obligación de proteger y mejorar el medio para las generaciones presentes y futuras.

Les decía que es una declaración sumamente provocativa para quien trabaja en el ámbito del derecho constitucional, porque en realidad, a partir de distintos bienes jurídicos (que ahora vamos a ver), esta pequeña declaración en cuanto a su cantidad de palabras, sin embargo hace un recorrido de toda la historia del constitucionalismo a partir de los distintos bienes jurídicos y tipos de derechos que el constitucionalismo crea. Apareciendo la temática del bien jurídico "calidad de vida" como una suerte de culminación de ese proceso. Y además, aparece la temática del medio ambiente y su protección, de la mano del reconocimiento de un derecho humano fundamental: derecho a un ambiente sano y equilibrado, con una proyección que veremos.

Pero, ¿por qué digo que esta declaración hace una suerte de trayectoria que atraviesa la historia del derecho constitucional en lo que hace al reconocimiento de los grandes derechos? Porque en realidad, el constitucionalismo, desde el punto de vista de la producción o del reconocimiento de derechos fundamentales, tiene básicamente tres grandes etapas. Y estas tres grandes etapas tienen, como puntos en común o como bases para el análisis de la cuestión, la existencia de diversos elementos que están interconectados en cada una de las etapas, en lo que hace a los derechos fundamentales.

En primer lugar, la relación con un bien fundamental a proteger que hace a un disfrute de la vida humana y que genera determinado tipo de derechos. Y en función de estas dos cosas, la existencia de una estructura estatal de determinadas características que se compadecen con el modo de proteger ese tipo de derechos.

Ahora vamos a transcurrir por cada una de esas tres etapas. Así, los bienes jurídicos son precisamente: la libertad para el constitucionalismo clásico; una segunda etapa (que aparece a mediados del siglo XIX pero se consagra en las constituciones a partir de principios del siglo XX), que provee a la igualdad de oportunidades y aquí aparece la idea de igualdad. Y por último, y a partir de Estocolmo, todas las constituciones, en todos los países democráticos que en lo sucesivo las redactaron o modificaron, introdujeron en su texto, esto: el reconocimiento de esta nueva generación de derechos. Es decir, aquella que reposa en el bien jurídico o valor denominado "calidad de vida digna", que hace a la protección del ambiente humano.

Empecemos por el principio porque esto, a mi modo de ver, tiene una enorme relación. No se compadece o no se puede pensar en alguno de estos esquemas sin los otros. El constitucionalismo, en definitiva, tiene la rara característica de que las evoluciones sucesivas que se van dando, no implican la negación de lo anterior, sino que es como una suerte de adición por capas. Es algo nuevo que se agrega a lo anterior, pero sin desmentirlo. Lo anterior es como un *preus* que aparece confirmado por lo nuevo que se genera.

Entonces, si ustedes toman la **primera etapa del constitucionalismo**, es la etapa en que surgen básicamente los derechos individuales, tanto civiles como políticos. Es lógico: es el siglo XVIII y en esa oportunidad, lo que interesaba era la protección de la libertad a quienes hicieron las revoluciones que llevaron al constitucionalismo, a la democracia liberal. Esto aparecía a través

de dos derechos individuales: los derechos políticos que generaban la democracia representativa y que posibilitaban el sufragio activo y pasivo por una parte. Por la otra parte: asegurar la libertad a través de los derechos individuales que protegían lo que la persona era en su calidad de tal, concebida separada del grupo, en su condición de individuo. Por eso: el derecho de propiedad, el derecho a expresar libremente las ideas, el derecho a la intimidad, el derecho a profesar libremente los cultos, a ejercer un comercio lícito, etc., etc. Es algo que en nuestra Constitución aparece en el artículo 14. Fíjense que no se concibe ninguna noción ni idea de algo que proteja lo grupal: es lo individual; es aquello que compone al individuo por lo que él es. No olvidemos que era una época en que se produjo una enorme repulsa a las corporaciones del Medioevo, que eran concebidas por el constitucionalismo como una fuente de privilegios que se oponían a los derechos de todos en pos de un determinado grupo que tenía sus propias normas y los propios jueces que las aplicaban. Esto es lo que el constitucionalismo no quiere. Por lo tanto, todo lo que puede ser una asociación intermedia o un colectivo de personas, era vivido como algo que se oponía al todo. Por lo tanto, la idea de esa concepción era que: la relación del individuo con la autoridad estatal y con el Estado, era una relación unívoca, no que funcionara en base a otros. Y la igualdad, era vista como igualdad ante la ley exclusivamente. Este es el constitucionalismo clásico.

La **segunda etapa** agrega una nueva generación de derechos. La que vimos sería la primera generación de derechos con ese valor: propender básicamente a la defensa de la libertad y como estructura estatal, una estructura minimalista. Es decir: el famoso Estado-providencia, que concebía la autoridad estatal en su más mínima expresión, como aquella que proveía a la defensa común, a la justicia, a la seguridad, por ahí hasta a la educación, y punto. Todo lo demás debía quedar absolutamente en manos de lo societal, de los individuos. Así las cosas, la segunda etapa, da lugar a una nueva generación de derechos, que son los derechos sociales, donde aparecen por primera vez colectivos que tienen derechos propios. La segunda etapa es la del constitucionalismo social en la cual sí aparece la posibilidad de que la titularidad de derechos no pertenezca sólo a individuos sino también a colectivos que fundamentalmente son los sindicatos. Inclusive, son los sindicatos los que tienen derecho a huelga, no las personas. Y los derechos sociales están concebidos como aquellos derechos que protegen lo que el hombre hace, no lo que es (lo que es ya lo tiene). Por eso, lo que se trata de reconocer es una cantidad de prerrogativas que se vinculan con la esfera de lo laboral y que se interponen a la libre voluntad de las personas cuando celebran una convención, un contrato, un pacto, fundamentalmente porque se trata de lograr una suerte de equiparación entre partes en una relación patrón-asalariado, que (como había demostrado sobre todo el primer industrialismo) llevaba a una situación perversa, donde necesariamente la posición de prevalencia de una de las partes, hacía imposible que la otra pudiese imponer mínimos contenidos en esos pactos o contratos de tipo laboral.

Es por eso que aparece todo esto que además genera otra rama más del Derecho que es aquella que está destinada a prevenir los riesgos propios del devenir de la vida humana. No sólo los accidentes del trabajo sino todo el derecho previsional, el derecho jubilatorio, las posibilidades de que una persona pueda tener un embarazo y esto genere una serie de prerrogativas... Es decir: como ustedes pueden ver, una cantidad de contenidos que fundamentalmente tienden a asegurar otro valor jurídico fundamental: la igualdad pero en sentido lato. No sólo la igualdad frente a la ley, sino la igualdad de oportunidades. Esta igualdad de oportunidades a su vez, dispara un tipo de organización estatal distinta (por eso se llama Estado-providencia, Estado-gendarme, Estado de bienestar), destinada a proveer esa suerte de contenidos que hacen un umbral mínimo que provee a esta idea de dignidad y de igualdad que permite que todas las personas puedan desarrollar sus derechos pero desde un umbral común y compartido.

La **tercera etapa** (y acá llegamos), es la etapa que genera los derechos de tercera generación, a la cabeza de los cuales, el derecho a un ambiente sano y apropiado es el primero del listado de

los mismos, a los que luego se agregan en particular los de consumidores o usuarios y han aparecido muchos más.

¿Cuáles son las características fundamentales de esta categoría de derechos? Desde el punto de vista del derecho constitucional, la misma categoría es un desafío permanente porque lo transforma en una cantidad de cuestiones que ya parecían saldadas y que sin embargo, requieren abrirse a sistemas distintos para poder satisfacer este tipo de derecho. ¿Por qué?: en primer lugar, porque el derecho a un ambiente sano, a una calidad de vida protege un interés de tipo difuso. Es decir: se trata de un interés del cual, la titularidad es compartida por un colectivo de personas, pero un colectivo que ni siquiera se puede determinar en la actualidad. Es un colectivo al que hay que proteger, de dimensiones sumamente variables y que por sobre todas las cosas, la exigencia es la proyección de ese colectivo al futuro y al infinito (ahora vamos a ver por qué).

Esto se debe a que la idea de derecho a un ambiente sano y apropiado tiene como finalidad la sustentabilidad del desarrollo. Es decir, que todas las actividades que el ser humano desarrolle, sean aptas para satisfacer las necesidades de las generaciones presentes, sin impedir el mismo disfrute para las generaciones futuras. Es lo que ha dado en llamarse, en Derecho, como noción de "equidad intergeneracional". La medida de lo que el Derecho Ambiental va fijando para cada una de las actividades humanas y que se relaciona básicamente con los tres medios fundamentales (suelo, aire, agua), va a tener que compadecerse con las medidas de comprobación lo más perfectas posibles que me permitan señalar básicamente, que esta actividad que voy a llevar a cabo no se va a agotar en una única generación sino que, al llevarla a cabo con toda esa suerte de medidas de investigación (que desde el punto de vista del Derecho implican objetivos de calidad, estándares de medición, etc., etc.; es un enjambre de disposiciones), y tomando en cuenta los distintos procedimientos para la evaluación de esas distintas hipótesis, yo puedo tener la certeza casi absoluta de que esa actividad destinada a transformar recursos, no se va a agotar en la satisfacción de necesidades presentes sino que va a permitir la equidad intergeneracional.

¿Por qué digo que esto genera un paradigma bien claro para la especie humana y para el Derecho? En primer lugar, la existencia de derechos que en sus características colectivas no son ni siquiera medibles en número ni en momentos de ese colectivo, dificulta enormemente los procedimientos para llevar a cabo su protección. En primer lugar, la protección desde uno de los aspectos más inmediatos, que es la relación entre la protección de un derecho y el acceso a la Justicia para lograr que ese derecho sea protegido. Vamos a ver en la clase próxima, que entre las herramientas más importantes de participación, se encuentra el acceso a la Justicia ampliado. Es decir, la posibilidad de ejercer el principio básico del derecho procesal conforme al cual sólo puede ser oído por un juez, aquel que demuestre que ha sufrido un daño en un interés propio, es decir, en un derecho subjetivo o en un interés legítimo. Esto es: la demostración del acaecimiento de un daño para su persona o su patrimonio, como única posibilidad de acceder a la Justicia y que se deriva de la expresión de que "el interés es la medida de todas las acciones judiciales" (expresada en el siglo XVIII por el gran jurista alemán von Fonierin). ¿Quién tiene interés?: aquél que puede demostrar: 1) que ha sufrido un daño en su persona o en su patrimonio, 2) que ese daño está relacionado con el hecho que produjo el daño, 3) que hay una relación directa y que, por lo tanto, tiene derecho a que se lo resarza o a que de algún modo, se componga lo que se produjo. Pero sólo a través de esa demostración él puede acceder a ser escuchado en los umbrales de la Justicia.

Si nosotros proyectamos esto a los derechos de tercera generación, en particular a la protección del ambiente, esto peca por defecto. Es decir, si me quedo exclusivamente en la postura clásica y le abro la Justicia a aquel que como producto de algún daño de tipo ambiental ha sufrido algún tipo de perjuicio en su persona o en su patrimonio, en realidad no capto nada de lo que tiene

como propio y particular el "derecho a un ambiente sano y apropiado". ¿Por qué? Porque acá, lo que interesa es el modo de anticiparse al daño. Es decir, acá lo que interesa es impedir que se lleve a cabo una determinada actividad, de resultados de la cual (al no haberse respetado las distintas medidas que marca la legislación para evitar que acaezca un daño), cuando acaece tal daño es generalmente irreparable, y de ese modo proteger al derecho. Pero además, muchos de aquellos que pueden precisamente pedir una protección, no necesariamente pueden demostrar que son los únicos titulares.

El derecho a un ambiente sano y a la calidad de vida, es un bien jurídico absolutamente compartido por todos. Es decir: si de resultados de una determinada catástrofe ambiental que surge o se deriva de la no adecuación de las medidas necesarias para haberla evitado, alguien va a sufrir un daño, este daño va a ser compartido por muchísimos. Y lo importante para evitarlo es que aquel que es consciente de que esto puede ocurrir, pueda anticiparse. La anticipación va a ser el producto del accionar de alguien, que por una determinada situación, comparta esa necesidad de protección de ese bien, por ser -por ejemplo- habitante de ese lugar y sepa que se va a construir una represa que no responde para nada a los mínimos estándares de protección ambiental y que (de resultados de la construcción de la misma) se puede generar el anegamiento de gran parte del suelo, etc., etc., con todo lo que conocemos sobre cambio del ecosistema. Pues bien: lo interesante es que el acceso a la Justicia pueda ser preventivo (porque fundamentalmente, la protección de este tipo de bienes tiene que ser anticipatoria) y que esa prevención permita un acceso a la Justicia, el derecho a ser escuchado por un juez, y que se ordenen las medidas necesarias para que no se lleve a cabo ese accionar que es violatorio precisamente, de toda la legislación que tiende a que se realice una serie de medidas impeditivas de ese hecho.

Como ustedes pueden ver, se trata de una visión del accionar de la Justicia netamente participativo, porque aquel que va a tratar de ser oído por un juez, no lo hace exclusivamente en su propia defensa sino en defensa de toda la comunidad amenazada. Lo hace como titular de una cuota-parte, digamos; de un interés. Un interés por un medio ambiente sano y adecuado. No lo hace como alguien que ha sufrido ya un daño en algo que es propio o individual. Evidentemente, si ustedes observan cuáles son las teorías tradicionales a que nos referíamos antes, para la defensa de los derechos y el acceso a la Justicia, no sirven para esta realidad. Entonces, el medio ambiente genera una serie de herramientas jurídicas para acceder a la Justicia y para protección del ambiente que dan por tierra con ese probervio conforme al cual "el interés es la medida de todas las acciones". Pero además de esta herramienta, hay otras más que ya vamos a ver.

En la historia de la protección del ambiente, el segundo hito importante ha sido la Conferencia de Río de Janeiro - la ECO '92- que tiene lugar veinte años después de Estocolmo, en la cual, digamos, se complementa esta declaración general con principios en los cuales se está reseñando claramente una serie de medidas que tienen que ser tomadas desde el punto de vista de la organización de las estructuras.

Fíjense, el principio 10º dice:

DECLARACIÓN DE RIO SOBRE EL MEDIO AMBIENTE Y EL DESARROLLO.  
CONFERENCIA DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE  
EL MEDIO AMBIENTE Y EL DESARROLLO . 14/06/1992.

Principio 10º:

El mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todos los ciudadanos interesados, en el nivel que corresponda (1). En el plano nacional, toda persona deberá tener acceso adecuado a la información sobre el medio ambiente de que dispongan las autoridades públicas, incluida la información sobre los materiales y las actividades que

encierran peligro en sus comunidades, así como la oportunidad de participar en la adopción de decisiones(2).

Los Estados deberán facilitar y fomentar la sensibilización y la participación de la población, poniendo la información a disposición de todos(3).

Deberá proporcionarse acceso efectivo a los procedimientos judiciales y administrativos, entre éstos, el resarcimiento de daños y los recursos pertinentes(4).

(1) Esta idea de la participación, tiene mucho que ver con el modo de conciliar las variables económica, ambiental y social (que luego aparece también como un trípode). Porque más allá de lo lindo que pueda ser recitar todo esto, la posibilidad de implementar en la práctica esta suerte de unión entre estos distintos intereses, es sumamente complejo. Porque requiere de modificaciones muy grandes de comportamientos y afecta a muchos intereses. Entonces, sin la posibilidad de una participación activa de los distintos sectores que puedan concertar el modo de llegar a estas soluciones de litigación, es prácticamente imposible arribar a soluciones. Así que, les diría que la participación no es sólo por un deseo de apertura del modelo democrático representativo. Fíjense que esto obliga también a lo que ya les decía: la modificación colosal que importa para el Derecho Constitucional. Acá se ve claramente porque en el constitucionalismo clásico, la idea de participación ciudadana se limitaba al ejercicio de los derechos políticos: la posibilidad de que los ciudadanos voten en elecciones, de conformidad con citas previamente pactadas y que surgen de las constituciones. La participación ciudadana lleva a que la participación limitada a "votar para elegir" se extienda a la posibilidad de participar para tener una intervención en la toma de decisiones. E inclusive, participar con efecto vinculante, para decidir determinadas cuestiones trascendentales, es decir, sustituir a las autoridades para tomar cierto tipo de decisiones y -en ese caso- ser el decisor en lugar de las autoridades.

(2) Este es como otro elemento que se deriva del anterior y que surge de la transformación de un elemento fundamental del estado de derecho, que es la publicidad de los actos de gobierno. La publicidad de los actos de gobierno era un deber de las autoridades públicas, de dar a conocer las decisiones ya tomadas, en el lugar y del modo que ellas lo concibieron. Por ejemplo, en la República Argentina, las decisiones que se derivan de los poderes políticos del Estado (Ejecutivo y Legislativo), son compendiadas a posteriori, para su publicación, en el Boletín Oficial. Es decir: una de las publicaciones más oscuras para un ciudadano común, a fin de poder entender lo que realmente se decidió. Pero, por sobre todas las cosas, además de esta oscuridad, la noción es: "una vez que yo decido, te doy a conocer lo que decidí". Y lo hago en la magnitud, en el lugar, en la oportunidad que a mí se me antoja.

En cambio, la idea de tener acceso a toda la información, es como una reversión de cuál es el elemento fundamental en la relación. Es decir: la publicidad de los actos de gobierno, en realidad está observada desde el interés del gobernante; es él quien tiene la posibilidad de decidir graciosamente qué es lo que va a informar y cuándo. El derecho de libre acceso a la información pública (que es un derecho) en cambio, pone en cabeza del gobernado la prerrogativa de exigir que se le informe pero no a posteriori, sino ex ante. Es decir: frente al derecho de libre acceso a la información de naturaleza ambiental, información pública de naturaleza ambiental (que es como primero aparece este elemento de derecho participativo, si se quiere), la persona tiene derecho a acceder a toda la información en la cual se va a sustentar una decisión futura.

Supongamos: si de lo que se trata es de una decisión relacionada con la construcción de esa represa, que en el proceso de toma de decisión de esa represa estén previstos distintos espacios participativos como necesarios. Inclusive la validez, ¿de qué vale mi participación si yo no sé para nada en qué se sustenta la realización de esa obra? Si no sé cuáles son las características del suelo, ni qué tecnología se va a utilizar, ni cuáles son los distintos

informes, dictámenes y elementos que han llevado a alumbrar la posibilidad de hacerla... Mi participación va a ser muy poco productiva, porque si no sé de qué se trata ¿de qué sirve la participación? ¿estar mirando alegremente y escuchar a ver cómo me cuentan lo que se va a definir?

Entonces, esta concatenación en donde primero aparece la necesidad de participación, pero en segundo lugar se reconoce un nuevo derecho humano fundamental que -si ustedes quieren- hace un giro copernicano en la temática del conocimiento de los asuntos públicos y la relación gobernantes-gobernados, modificando desde el gobernante como la figura principal al gobernado como la figura fundamental, que tiene derecho a acceder a su solo pedido, a esa información y a que se le brinde (la clase que viene vamos a ver todas las características que tiene la información pública; estos son sólo los elementos fundamentales), guarda como un segundo elemento, prácticamente una suerte de sistema: ¿de qué me sirve participar si no estoy informado? ¿De qué me sirve participar si simplemente voy a ser una suerte de "clack"? Y luego, me voy a "desayunar" del acto, cuando ya haya sido decidido y sea irrevocable, a través de un oscuro diario que se llama "Boletín Oficial", donde, en letra chica y combinado con muchos otros actos, tal vez (si me hago asesorar por alguien) voy a entender un poco lo que dice, con un lenguaje además, totalmente leguleyo.

Luego, fíjense, además está diciendo una serie de planos a los que yo tengo que acceder para informarme. Dice: "incluida la información sobre los materiales, las actividades que encierran peligro en sus comunidades, así como la oportunidad de participar en la adopción de decisiones": esto es fundamental. Porque el proceso de toma de decisiones en donde se incluyen herramientas de participación, son instituciones que tienen que estar reglamentadas ex ante, es decir: tienen que exhibir en ese sentido, toda la seguridad jurídica que pretende brindar el Estado de derecho. No es algo respecto de lo cual, una vez más, graciosamente el decisor decide: "voy a llamar a una audiencia pública, yo la organizo", se publica poniendo un cartelito en la puerta de un lugar; el que se entera, se entera; "la hago en el lugar que más me conviene, yo la dirijo": No. Tiene que ser una institución que esté reglamentada y que esté además determinando los distintos pasos que se tienen que llevar a cabo para una correcta convocatoria a la gente, para un correcto desarrollo y para un correcto desenvolvimiento en cuanto a los elementos de información. Por eso es muy importante, "la oportunidad de participar en los procesos de opción de decisiones", en realidad apunta a esto: que no sea una cosa "caserita" o de buena voluntad. No: es una institución, tiene que estar previamente institucionalizada, es decir, reglamentada en normas que son conocidas por todos y que son anteriores a la decisión a tomar.

- (3) Se complementa aún más la temática de la información.
- (4) Fíjense que acá, cuando se habla de acceso efectivo, en realidad se habla de un acceso a la Justicia diferenciador, no basado en los criterios clásicos, sino que se compadezca con las características del interés difuso a proteger. Interés difuso que, además, no es sólo el interés presente, sino que tiene que estar proyectado en la idea de equidad intergeneracional. Asimismo, la idea de resarcimiento de daños y recursos pertinentes (como veremos luego) tiene un serie de elementos jurídicos distintos también a lo que son las acciones civiles destinadas al resarcimiento de los daños patrimoniales comunes.

A partir de estos elementos, vamos a ir observando ahora cómo ha sido receptado en nuestro sistema jurídico. Cómo una constitución dada, anota todas estas temáticas y las plasma desde una creación constitucional propia que, para Argentina curiosamente, se produce -si se quiere- con una evolución bastante paradójal. ¿Por qué digo esto? Porque el primer nivel de gobierno que consagra la defensa de un ambiente sano y apropiado, en Argentina, fue el nivel provincial.



Las constituciones provinciales con sus reformas a partir de 1976, que llevan a que en la actualidad, de las 23 constituciones provinciales, 19 hayan sido reformadas o sean nuevas (como en el caso de Tierra del Fuego o Ciudad de Buenos Aires). En todas ellas, con anterioridad a la Constitución Nacional, ya se ha consagrado ese derecho y se han tomado una serie de medidas relacionadas con el mismo. En realidad, con un sentido lógico, esto debería ser al revés, porque -dentro de un sistema federal como el nuestro- existe una relación similar. En los otros países federales latinoamericanos, como es el caso de México, de Brasil, de Venezuela, en realidad, en materia de derechos humanos, los derechos consagrados en la Constitución Nacional, necesariamente deben regir en todo el territorio de la República. Lo que sí pueden los constituyentes provinciales o el poder constituyente provincial, es acentuar aún más la protección, pero previamente debe existir desde el ámbito nacional ya, un reconocimiento que dé como un umbral mínimo de protección a ese bien jurídico. En Argentina pasó al revés. Pero no sólo respecto de la temática ambiental: en muchas materias, el derecho provincial ha evolucionado más rápido que el derecho nacional.

En nuestra Constitución, en la redacción de lo que es hoy el artículo 41, se ve en la letra, todo lo que venimos diciendo teóricamente, en la primera parte de nuestra exposición. En la concreción de todos estos elementos, tuvieron particular influencia las constituciones europeas de los últimos países que llegan a la democracia. Me refiero a las constituciones griega, portuguesa y española. Sobre todo, la Constitución Española de 1978 ha tenido una enorme influencia en la redacción de este artículo. Lo cual también ocurre en varias de las constituciones latinoamericanas anteriores, en las que por supuesto también se incluyó la temática ambiental, y que también tuvieron una enorme influencia desde países europeos. Me refiero en particular a constituciones latinoamericanas paradigmáticas, que son tomadas siempre como modelos para criticar o para aceptar. Es el caso de la Constitución Brasileña de 1988 que tiene un número inmenso de cláusulas ambientales (en número mucho más que la nuestra) y la Constitución Colombiana de 1991 que en realidad, plasma todo un sistema de protección ambiental y además tiene incluidas muchas de las instituciones jurídicas necesarias para protegerlas, como defensorías particulares, como acciones judiciales del tipo que yo les explicaba previamente, concebidas desde una enorme generosidad en la garantía y otras herramientas particulares.

En el caso de la Argentina que vamos a ir desmenuzando, curiosamente, la llamada cláusula ambiental está en su totalidad, incluida en un nuevo capítulo de la parte dogmática de la Constitución. Saben que toda constitución tiene dos partes: una primera parte que se llama dogmática o doctrinaria que contiene todos los derechos, libertades, garantías y los grandes principios del sistema jurídico constitucional. Y una segunda parte que se conoce como parte orgánica, que da la organización del poder, la organización de los poderes del Estado. Cuando a su vez, la constitución corresponde a un Estado federal, la parte orgánica exhibe por un lado, el desarrollo de los tres poderes del Estado (Ejecutivo, Legislativo, Judicial) y luego hay una segunda parte que organiza la relación entre la Nación y las Provincias. O la Federación y los Estados federados, como se llama en otros sistemas.

El constituyente reformador del '94, incluyó toda la problemática ambiental, en la parte dogmática, en un nuevo capítulo que se llama "Nuevos Derechos y Garantías" que, entre otros contenidos, tiene el reconocimiento del derecho a un ambiente sano; el artículo 42 con el reconocimiento de los derechos de los consumidores y usuarios (los otros grandes derechos de tercera generación, como decíamos previamente; son otros derechos que también defienden intereses difusos) y en el artículo 43, aparece una herramienta particular de protección como garantía colectiva, que vamos a ver en la clase que viene. O sea que, de alguna manera, es un esquema constitucional que está sumamente vinculado. Básicamente, el artículo 41 y el 43, pero también podemos encontrar algunos elementos interesantes en el 42 porque en definitiva se trata de un tipo de derecho que corresponde a la misma categoría, de tercera generación.

Esta técnica legislativa utilizada por el legislador, prácticamente no la encontramos en ninguna otra constitución. Les voy a explicar por qué: cuando veamos los distintos párrafos, vamos a ver que, algunos párrafos (sobre todo el primero) se relacionan con la descripción de este derecho, que es algo típico de la parte dogmática. Pero luego, vamos a ver que en los siguientes, aparecen disposiciones relacionadas con las autoridades, es decir, algo que se refiere a la parte orgánica. En la mayoría de las constituciones, esto hace que se distribuya estas cláusulas (las que hacen a la descripción del derecho y sus distintas potestades, prerrogativas, código de defensa) en la parte dogmática. Y lo relacionado con las facultades, poderes y demás, de las distintas autoridades, en la parte orgánica, distribuido por poder y a través de claras facultades a las cuales los distintos poderes están obligados a proveer, a defender, a llevar a cabo. Acá no: todo aparece en la parte dogmática y van a ver que lo relacionado con las autoridades es algo bastante nebuloso, que no se sabe muy bien a qué autoridad refiere y que de hecho, a mi modo de ver, es uno de los motivos fundamentales por los cuales no se ha evolucionado en nada desde el '94. Para que no parezca que esto es simplemente como una explicación de técnica jurídica constitucional que nada tiene que ver con la realidad: tiene mucho que ver con la realidad. Como fue mal hecho y es importante que ustedes lo sepan, porque están metidos en esta temática. No digo que esta sea la única razón, pero no sorprende que no haya habido nada todavía. Porque en realidad, no obliga de manera clara a nadie, es como una gran expresión de deseos. Esto lo vamos a ver cuando pasemos al segundo párrafo.

Vayamos entonces, al primero. Recordando Estocolmo, fíjense: "Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades colectivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras, y tienen el deber de preservarlo." Acá, en primer lugar, hay claramente una idea de exposición de lo que es un modelo de desarrollo sustentable, por la sencilla razón de que, cuando se utiliza la expresión "desarrollo humano", que es el objetivo y la medida de lo que es sano y de lo que es equilibrado, se proyecta al futuro y se adopta una descripción todavía más desarrollada que la Declaración de Estocolmo, de lo que es equidad intergeneracional. Fíjense que se habla de las actividades productivas (el mundo de lo económico como transformador de recursos y de ecosistemas) y de que tendrá necesariamente esa suerte de objetivo de equidad intergeneracional. Y en la expresión "desarrollo humano", es sumamente omnicompreensiva la Constitución, porque cuando se interpreta una constitución, debe hacerse una interpretación de tipo integrador. Esto quiere decir que ninguna cláusula de la constitución tiene que ser interpretada de manera aislada.

La constitución es una única norma y todas sus disposiciones están concatenadas: prácticamente no hay cláusula alguna que no tenga algún tipo de eco o repercusión con muchas otras y sólo en el cotejo de aquellas que le son concordantes, uno llega realmente a entender el sentido de lo que el constituyente quiso decir. Precisamente, la expresión "desarrollo humano" aparece en tres lugares en la Constitución, luego de la reforma. Aparece por un lado en el derecho de los pueblos indígenas que está reconocido en el inciso 17 del artículo 75 y el término "desarrollo humano" es la medida para determinar la cantidad y la calidad de las tierras a reintegrarles a los pueblos aborígenes, como un modo de reparación de la expoliación de que fueron objeto. Evidentemente, esa acepción "desarrollo humano" incorpora la variable social además de la ambiental. Luego, el inciso 19 del artículo 75, que es denominado la cláusula del progreso social (además parece ciencia-ficción que en el momento en que estaba el país se redactara la Constitución así, pero es divertido saber lo que la Constitución dice. Es una constitución virtual en una época virtual), el constituyente dice:

"El Congreso de la Nación debe proveer lo conducente a asegurar la justicia social en igualdad de oportunidades para todos los habitantes, de conformidad con un modelo de desarrollo humano que posibilite y haga ..."

y dice una cosa larguísima, todo lo lindo que pueda decir de equidad, de satisfacción, de una educación equitativa, vivienda, etc., etc.

Pero a lo que voy, es a que aparece de nuevo la expresión, "la voz" (como decimos): "desarrollo humano" y aparece nuevamente en el sentido social, societal. Es decir, que la construcción de sustentabilidad en nuestra Constitución no se limita a la relación entre lo ecológico, lo ambiental y lo económico, sino que también tiene necesariamente, que observar las exigencias de lo societal, de lo social. Es decir, aparece tanto como la norma programática que tiende a ser el gran tamiz de las decisiones del Congreso: con todo lo que tiene que hacer el Congreso, tiene que (como la frutilla de la torta) cuidar que eso esté alumbrado a través del tamiz de esta cláusula del progreso social. Es como la calificación. Y también aparece como una medida en donde se vincula lo social y lo ecológico, cuando el constituyente lo utiliza como una cláusula que tiene que medir el modo de resarcir a aquellos que fueron evidentemente expoliados, perjudicados y respecto de los cuales, el mismo constituyente está ordenando que se les debe restituir a través de la restitución de tierras. ¿Cuál es el quantum? Aquello que provea al desarrollo humano en esas coordenadas. Es importante tener en cuenta que en realidad supera a Estocolmo, es decir, está hecho a la luz de las consideraciones del informe Brundtland. No sé si ustedes recordarán que en 1986, Naciones Unidas da mandato a una comisión de notables, cuya presidenta era en ese momento la Primera Ministro de Noruega, señora Gro Harden Brundtland, para que a lo largo de un trabajo que duró dos años, estudiara la situación del ambiente en el mundo y trataran de esbozar aquellas grandes líneas de política necesarias para poder superar los grandes problemas de los cuales eran conscientes y por eso se generaba.

De este informe Brundtland, precisamente, surge como una de las primeras grandes comprobaciones, la gran relación que hay entre contaminación y destrucción de los recursos y pobreza. Por supuesto, no como un modo de culpar a los indigentes y a los pobres; de ninguna manera. Pero como un modo de mostrar de qué forma repercuten las malas políticas, la mala distribución de la riqueza y la mala proporcionalidad en las relaciones de comercio internacional, en algo que en definitiva, produce daño no sólo para aquellos que viven en esos lugares, sino para todos. Porque es notable la comparación que hace por ejemplo, en materia de desertificación, de erosión del terreno, como producto de una mala relación con los recursos naturales y el avance de la desertificación, de la pérdida de áreas de suelo cultivables: es absolutamente apabullante, son cifras que aterrorizan. La contaminación de las napas de agua y del agua de los océanos también como producto de la indigencia, de la necesidad yo diría de manera enloquecida o desesperada de poder proveer de algún modo a una subsistencia igual miserable, genera también un enorme daño: es una grandes causales de deterioro del recurso agua. Entonces, lo que en este aspecto de lo que estamos tocando ahora, el informe Brundtland agrega, desde una visión aún más amplia del desarrollo sustentable, no alcanza solamente con trabajar en sustentabilidad vinculando lo económico y lo ecológico ambiental, sino que, si no se le agrega la consideración social, esto evidentemente peca por defecto. Y lo interesante es ver que la Constitución, de alguna manera, ha tomado esa idea omnicomprehensiva. Por eso, la interpretación de esta parte de la Constitución, necesariamente tiene que ser vinculada con las otras disposiciones concordantes que, como les decía, son las otras dos cláusulas constitucionales en las cuales se utiliza la expresión "desarrollo humano", pero se la utiliza en función de la incorporación de la anexión de la cuestión social. Tanto para dar los grandes objetivos a que debe tender la labor legislativa del Congreso como así también para poder mesurar cuál es el cuántum de la restitución en tierras entre los distintos aspectos a considerar respecto de los pueblos aborígenes.

Además, se establece la noción de "derecho-deber", que digamos que es la gran noción que dispara la participación. Vamos a ver por qué. En la concepción de derecho sustentable, el derecho a un ambiente sano, por un lado se nos da la titularidad de un derecho. Pero al mismo tiempo se nos impone la obligación de llevar a cabo las acciones necesarias para proteger a ese derecho. Y ¿cómo se llevan a cabo esas acciones necesarias?: a través de los espacios de participación. Es decir: lo que yo he dado en llamar, ya hace mucho, una suerte de difusión o dilución del poder de policía. El poder de policía para la protección de los derechos y para la limitación muchas veces, en el ensamble que los derechos tienen, como modo o único modo apto para la limitación de los derechos subjetivos de las personas, pareciera que se complementa en este caso con una atribución impuesta a los mismos beneficiarios de la titularidad del derecho, de tener que llevar a cabo también acciones que permitan la protección del mismo en base a una lectura que surge de todo lo que vimos previamente. Es una temática tan compleja, tan difusa, tan ambiciosa de alguna manera, esta posibilidad de asegurar un marco sustentable que se proyecte al infinito y que nos exige la necesidad de la medida, la mitigación, la anticipación de cada una de las actividades que -de algún modo- desordenan o afectan a los distintos ecosistemas, en base al logro de la dignidad de las personas y de la calidad de vida. Creo entonces, que este es un aspecto básico porque no se trata de algo que, como espacio de participación, es concedido simpática graciosamente por las autoridades cuando se les antoja. No: es una imposición que la Constitución les está atribuyendo a las personas y que por lo tanto, se erigen en ser tratadas necesariamente, a través de acciones, de actividades, de espacios participativos en donde efectivamente, puedan llevar a cabo ese deber; si no, es meramente nominal.

La segunda parte de la cláusula es sumamente importante porque aborda la noción de daño ambiental que es una noción de daño muy diferente porque es un daño fundamental difuso; es un daño que puede ser un daño eventual y no un daño real. ¿Por qué digo esto? Porque si pensamos en lo que decíamos previamente, respecto de la necesidad de anticipación, justamente la anticipación es para evitar un daño que luego es irreparable. Es decir: para aquella acción destinada al desarrollo económico a través de la transformación de recursos que no tenga en cuenta esa variable y que produzca daños ambientales, está demostrado que prácticamente en todas las ocasiones, esas consecuencias negativas ya no pueden ser reparadas. Entonces, lo fundamental es dar desde la esfera del Derecho, cómo puedo construir un esquema normativo de protección que sea totalmente distinto del derecho de daños en materia civil. Es un sistema que, lejos de estar concebido para una anticipación, en realidad aparece como un derecho básicamente resarcitorio, reparador, una vez que uno ya ha sido producto de un daño perfectamente identificable, ya producido. Si nosotros proyectamos esa noción de daño individualista y civilista, no sirve. Es un poco como lo mismo que veíamos sobre el acceso a la Justicia. Acá, la Constitución evidentemente lo está reconociendo y le da esta jerarquía.

Fíjense sin embargo, que la primera lectura parecía dar por tierra con lo que yo digo. Porque fíjense que dice "el daño ambiental generará prioritariamente la acción de recomponer". "Recomponer" es una voz que el Derecho nunca utilizó en Argentina. Sin embargo, cuando uno recurre a cualquier enciclopedia jurídica o a cualquier diccionario, recomponer es restablecer las cosas al estado anterior al acaecimiento de aquel hecho que produjo la transformación de la cosa. Si nosotros tratamos de proyectar esto a lo que yo les decía antes, la Constitución está errada: si lo que hay que esperar es a que se produzca el daño para recomponer, pero resulta que sabemos que la recomposición es prácticamente imposible en la mayoría de los casos, esto por lo tanto, no sirve. Sin embargo, hay que hacer una lectura cuidadosa de la cláusula y hay dos elementos, tanto el adverbio "prioritariamente" como lo que aparece después de la coma, que le dan el verdadero contexto a la voz. El constituyente dice que prioritariamente, allí donde se pueda recomponer, que el que causó el daño, recomponga. Pero esto debe hacerse en la totalidad,

según lo establezca la ley. Lo que establece la ley en realidad, son todas aquellas medidas necesarias para evitar que el daño se produzca y no el actuar luego del daño. Es decir, por ejemplo, la imposición para que aquellas industrias (para ir a casos concretos) que con sus vertidos producen determinada contaminación, ya sea con residuos sólidos o con residuos líquidos vertidos en el agua o gaseosos, etc., tengan que pensar en la construcción e instalación de plantas de tratamiento necesarias para evitar que esos residuos o efluentes se generen. Esto también entra dentro de la noción de la evitación del daño, la posibilidad precisamente de que ese daño no se produzca.

Participante: - O sea que el problema estaría en ver cómo se llega de la expresión al cumplimiento. Lo que nos rodea es la desesperanza de que esto se cumpla. Creo que la cuestión acá es cómo hacer para hacerlo cumplir; se trata de eso.

Docente: - Por supuesto. Lo que pasa es que uno siempre tiene la esperanza de que cuanto más gente conoce lo que las leyes dicen, de alguna manera son agentes susceptibles de poder proveer a que se cumplan. El no conocimiento de las normas en Argentina -a mi modo de ver- es una de las causales mayores del no cumplimiento de las mismas. No el único, pero es algo muy importante. El vivir prácticamente al margen de la ley o pensar "¿para qué voy a leer una ley?, eso es para abogados" es uno de los grandes errores de los argentinos. Porque en definitiva, uno ve que, la gran diferencia que se observa con las sociedades "desarrolladas" o que tienen una "democracia más consolidada", en general, la gente sabe mucho más lo que las normas dicen, o por lo menos, en lo que hace a la profesión de ellos, saben muy bien y protestan, porque saben lo que dice y sienten además, que es para ellos, que les sirve. Es lo que cuesta mucho acá que ocurra.

Ahora, a raíz de lo que usted decía, nosotros en la Fundación, hemos trabajado muchísimo (como decía Horacio) en lo que es la construcción de una democracia participativa para que eso sirviese como un modo de resguardar el ambiente. Hemos trabajado también asesorando directamente en proyectos concretos sobre temas de derecho ambiental, agua, suelo... Hoy estamos empezando a trabajar en un programa que es para la aplicación y cumplimiento de normas ambientales, es decir, la técnica de lo que en derecho sajón se conoce como "enforcement", que en realidad lo digo en inglés no por esnobismo, sino que es un concepto que comprende más que la noción de cumplimiento y aplicación. Además de cumplimiento y aplicación, es como una suerte de estado psicológico de parte de los obligados, de que, en esos aspectos que la norma dice, se obliga espontáneamente. Se observa porque hay un estado digamos psicológico, conforme al cual hay que aceptar lo que la norma dice. Un ejemplo pedestre: si usted dice que en un determinado espacio hay tachos de basura y hay que separar los distintos tipos de basura (orgánico, vidrio, papel), normalmente en determinadas sociedades, ni siquiera es necesaria la sanción si no se cumple esto. Eso se observa porque es algo normal que haya que hacerlo. Eso hace a una noción de enforcement: no sólo el hecho de que existen mecanismos aptos para facilitar la aplicación y cumplimiento, sino esa actitud que parte de una voluntad psicológica favorable a. Se entiende que es algo imposible de no hacer. Se hace porque se sabe que eso provee a algo que me va a dar alguna satisfacción. Nosotros en este momento, respecto a lo que usted preguntaba, estamos trabajando para ver qué técnicas se pueden llevar a cabo para lograr eso, más que más instituciones y más normas, porque en realidad, uno siente una enorme impotencia. Se afinan más los proyectos, y sin embargo, prácticamente nada se cumple.

Pp.: -Es parte de la educación, porque si uno no conoce sus obligaciones, no las va a cumplir; si no conoce sus derechos tampoco los va a reclamar.

Doc.: - Sin ninguna duda. Por eso decía primero, a raíz de lo que usted me preguntaba, que es muy notable que generalmente ocurre eso, como una especie de sorpresa al decir: "qué lindo lo

que usted cuenta, pero no se cumple nada". Uno viene con esa suerte de esperanza de que, en la medida que pueda de algún modo expandir aún más el conocimiento, eso va a ser un elemento positivo para que de a poco se cumpla y no que a lo mejor es simplemente una expresión de deseos.

Pp.: - ¿No hay una técnica más efectiva que la sanción?

Doc.: -Sí. Cuando es exclusivamente la sanción que es represión y no hay otros modos concertados, otros modos de inclusión en la solución, está demostrado que se consigue una observancia mucho menor. Porque aunque usted tenga una autoridad que ejerza un papel policial de manera muy eficaz, si sólo ese es el modo, puede resultar durante una determinada época y sobre algunos. Pero si no hay un verdadero crecimiento donde el deber de proveer a la defensa está diseminado, no se sostiene. ¿Cuánto tiempo usted puede manejarse con sanción? Es muy difícil.

Pp.: - Tiene que ver con el derecho del libre acceso a la información pública. Nosotros no tenemos acceso a esa información.

Doc.: - Cuando veamos la clase que viene cada una de las herramientas más importantes de participación, vamos a ver que en Argentina prácticamente no existe; hay muy pocos lugares. Existe sí en la Ciudad de Buenos Aires. Pero estoy convencido de que muy pocos lo saben. Entonces, como no lo reclaman, no se cumple. Hay pocas posibilidades de acceso a la información que se controlan en la Ciudad de Buenos Aires; hay una ley de información pública general y una ley particular de acceso a la información ambiental. Son muy buenas las dos. Sin embargo, cuando el ciudadano aduce ser titular de ese derecho, no consigue prácticamente nada en ningún organismo. Las únicas posibilidades se dan a través de amparos, gracias a la Justicia de la Ciudad que, en ese sentido es muchísimo mejor. La nueva Justicia cuenta con una cantidad de jueces (no son todos, pero sí varios) de muy buena calidad y ponen mucho cuidado en que se apliquen las normas. Pero, imagínense que, si cada vez que usted quiere obtener una información tiene que hacer un amparo... es una locura! ¿Por qué en gran medida no se da ese derecho? Porque la gente no lo reclama realmente. Estoy seguro de eso. El 90% de los porteños ignoran que su Constitución les reconoce ese derecho, que el derecho ha sido reglamentado a través de dos leyes y que, a su vez, si no se cumple, hay un sistema de amparo amplísimo que es prácticamente una acción popular (la clase que viene vamos a ver la diferencia), que en realidad facilita también muchísimo, el que se sancione a aquél que no da la información. Pero falta un elemento básico: muchas veces no le dan información porque no la tienen. Porque no han organizado un sistema informativo a través del cual el dato esté donde sea pero esté, ordenado y actualizado. A mí me ha pasado a veces, con algunos temas de estos, en municipios del conurbano, de haber encontrado alguna ordenanza por casualidad, en lugares llenos de ratas y con algunas partes comidas por las ratas. Pero no es una cosa divertida para contar. Es la realidad, a mí me ha pasado. Y esto respecto de ordenanzas, es decir: actos ya tomados. ¿Qué podemos pensar respecto de una noción amplia de información pública? Menos aún.

Pp.: - Además, los cambios de organismo también tienen que ver: en la Secretaría no saben porque se mudaron y cambiaron el organismo. ¿quién lo tiene? ¿a dónde tengo que ir? No se conoce, no se sabe.

Doc.: - Precisamente: ¿de qué vale tener el derecho a obtener una información si esa información no se almacena, no se sistematiza y no se la actualiza de manera permanente? De nada. Es un derecho nominado.

Pp.: - Con respecto a esto, me había puesto a pensar en lo que pasó con las curtiembres en el barrio de Barracas, donde justamente empezó una campaña a través de carteles que pegaba Greenpeace mostrando una calavera y se movilizaron mucho los vecinos por los vapores tóxicos que producían cáncer. Viendo eso, pensaba "qué bien actúan los vecinos". Pero, mirándolo a la luz de esto, veo que estaban cumpliendo con la ley.

Doc.: - Por supuesto, no hay ninguna duda. Es más, la Constitución lo exige. Por eso yo pongo tanto el acento en este deber que tenemos todos de cumplir con la preservación. Es así.

Pp.: - Tal vez, el cumplimiento para cambiar cosas como estas, no necesariamente pasa en muchos casos por una gran inversión en nuevas estructuras, sino únicamente por cambiar una pauta. Directamente, hacer otro tipo de acción.

Doc.: - Es cierto. Justamente, una de las primeras cosas que usted dice es "esto está en los países desarrollados porque es muy caro" y no es cierto. Son problemas de ordenamiento. Pero además, es muy importante lo que se ahorra en función de daños futuros.

Comenzamos ahora con el segundo párrafo del capítulo, que es precisamente el que refiere a cuáles son las obligaciones de las autoridades:

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

Como les decía antes, la técnica legislativa más adecuada es transformar en deberes, obligaciones, mandatos, competencias, facultades concretas en la parte orgánica, para cada uno de los poderes. Y discriminando qué nivel de gobierno lo debe ejercitar. Acá, como ustedes pueden ver, es una cosa muy genérica: "Las autoridades proveerán (todas) a la protección de este derecho (también es una cosa muy amplia), 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". En realidad, la mayoría de los grandes cometidos relacionados con los recursos naturales, surgen de las grandes convenciones ya firmadas por Argentina, así que no resulta algo nuevo tampoco, pero está constitucionalizado. Y por otra parte, aparece también, la noción de daño ambiental como algo que también involucra la protección del patrimonio cultural, no sólo el natural. En algunas constituciones, lo relacionado con el patrimonio cultural, el patrimonio histórico, está tratado separadamente porque hay una cantidad de cuestiones que se considera que son propias de la temática de lo histórico que tiene una noción distinta porque apunta a preservar algo que se generó en el pasado y que no tendría la misma idea de sustentabilidad. Pero acá se pensó en hacer una visión omnicompreensiva.

Toma también lo arqueológico, paleontológico; todo lo que es patrimonio cultural e histórico. Y aparecen dos herramientas de políticas, relacionadas con nuestro sistema de gobernabilidad que después vamos a cerrar cuando terminemos con la mitad del artículo. Son: por un lado, la información. Fíjense que no se habla de derecho de acceso a la información. Se habla de que las autoridades deben proveer a la información. Lo que implica que evidentemente, las autoridades, a lo que sí están obligadas, es a organizar los sistemas informativos de los que hablábamos antes. Pero lo que no aparece todavía reconocido es este derecho de libre acceso a la información pública que genera de parte de toda persona, de todo habitante, la posibilidad de demandar o solicitar o requerir una información y que la misma le tenga que ser obligatoriamente provista. Esto requeriría de una ley que pudiese completar esa relación, lo cual está absolutamente admitido en la misma Constitución: ustedes saben que la Constitución, además de los llamados "derechos enumerados", tiene en el artículo 33 los llamados "derechos implícitos". Es decir:

todos aquellos derechos que se derivan de la forma representativa de gobierno y de la soberanía del pueblo (esto se pone como un empleo genérico) pero vendría a ser un modo de señalar que aquellos derechos que aparecen en la Constitución como expresamente enumerados, no son una enumeración taxativa sino meramente enunciativa. De todos modos, para poder exigir que a uno le provean, es necesario que una ley implemente ese derecho de acceso a la información pública que se derive de esta parte.

Y la segunda herramienta: la educación ambiental, lo que parece muy lógico. En cambio, nada se dice de participación. Lo cual, volviendo a la explicación anterior, no implicaría que estuviese prohibida; de ninguna manera, porque está como implícito además en las nociones que vimos en el primer párrafo. Pero llama la atención cuando en la mayoría de las constituciones, inclusive en las constituciones provinciales se establece conjuntamente con la cláusula ambiental, una cantidad de instituciones: las audiencias públicas, la posibilidad de cogestionar algunos emprendimientos que tienen por finalidad la protección del ambiente, como por ejemplo acceder a la posibilidad de administraciones llevadas a cabo por organizaciones de la sociedad civil que administran reservas, parques, etc., entre muchas otras instituciones de participación pública. Acá ni se lo menciona. Ni siquiera se lo menciona como algo genérico. Sería muy interesante que se agregara, para información, participación y educación. Sería muy valioso ponerlo. Esto evidentemente habla de una cláusula que por lo menos tiene una gran dosis de mezquindad, mensuró mucho, abrió un poco la cosa, pero no tanto. Hasta ahora peca por defecto: no ha habido hasta ahora ninguna creación legislativa reglamentaria de lo que estamos diciendo.

Pp.: - El tema de las autoridades que dice ahí ¿cuáles son?

Doc.: - Esa es la primer crítica que yo hice.

Pp.: - Pero ¿a qué se refiere? ¿a las autoridades de aplicación que varían según cada provincia?

Doc.: - De todas maneras, dentro de lo que es la temática de los recursos naturales, es una facultad de las provincias, de modo que son las autoridades provinciales las que la tienen que organizar. Sucede que acá no queda claro cuando se habla de autoridades es: si son los tres poderes del Estado; si se debe crear una agencia en particular; qué quiere decir “proveer a esta protección”; a través de qué tipo de facultades concretas se organiza esto. Queda como una gran cláusula programática.

Hay diferencia entre lo que es una cláusula programática y una cláusula imperativa. Las cláusulas imperativas son aquellas que son de inmediato cumplimiento, es decir: la Constitución ya ha previsto las condiciones necesarias como para que se apliquen desde el momento mismo de su publicación. Las cláusulas programáticas en cambio, son aquellas que requieren de una norma inferior, posterior, que las reglamente y de ese modo las ponga en vigencia. El gran problema de nuestro sistema, es que la historia nos dice que allí donde hay una cláusula programática, queda como una linda estrofa de un poema vertido en la Constitución Nacional. Pero si ustedes recorren el artículo 14 bis que es el que contiene los derechos sociales, van a ver que todos aquellos derechos como por ejemplo: el acceso a una vivienda digna, el salario mínimo vital y móvil, la posibilidad de participar en las ganancias de las empresas –entre muchos otros- aparecen “según lo establezca la ley”. Aquí, claramente el constituyente ha dejado en manos del legislador la decisión del momento en que se tornaban operativas las cláusulas. Puede ser imperativa u operativa. De hecho es operativa y nunca se ha aplicado. Este artículo ya tiene 50 años: es del año '47. De hecho, es una cláusula programática.

Pp.: - Sancionada una ley para el derecho a la información ambiental ¿qué le queda a la Ciudad de Buenos Aires que tiene una ley local? ¿cuál sería el ámbito de aplicación?



Doc.: Se puede perfectamente considerar cuál sería el objeto de cada una de las leyes: la ley nacional apuntaría a que usted o cualquier habitante, pueda acceder a toda la información contenida en organismos o autoridades nacionales, federales. La ley, en tanto es local o provincial, va a proveer a lo local.

Pp.: ¿Se podría requerir información a los distintos municipios provinciales para volcarlo a la red nacional? ¿Se puede prever eso? ¿No debería la Nación recibir también la información que existe a nivel provincial o municipal y unificarla en un sistema de información nacional? ¿O son sistemas separados?

Doc.: Eso puede ser interesante a partir de un cruce y que luego, a los efectos informativos, se hagan convenios entre los tres niveles de gobierno, de modo que usted efectivamente los tenga disponibles para una determinada temática sin recurrir a semejante engorro. Y que, en aquellos temas que están absolutamente relacionados, una persona pueda acceder desde el mismo sistema, a tener la visión de esa temática. Supongamos el tema “contaminación de un curso de agua”: ahí va a una cantidad de aspectos que hacen a lo local, municipal, provincial o nacional. Nacional en la medida en que hubiera interjurisdiccionalidad. Si usted, para poder informarse respecto de una determinada obra que por su magnitud es nacional pero, obviamente tiene consecuencias sobre los demás niveles, tiene que estar recorriendo y haciendo la cabalgata por los tres lugares, evidentemente: 1) es sumamente dificultoso; 2) se multiplica el esfuerzo y 3) es muy probable que en alguno de estos lugares ya no encuentre nada.

Pp.: Yo me refería al tema Riachuelo donde se enciman varias jurisdicciones. No hay información que pueda juntarse. Con lo cual se permite que nadie se haga cargo y que todo siga en el aire.

Doc.: Me lo imaginé. Por eso les hablaba de aguas. Aquí tienen que ver el ámbito provincial, nacional y municipios y Ciudad de Buenos Aires: tiene los cuatro niveles. Está todo fraccionado. Eso que usted cuenta, se relaciona con el nuevo párrafo que vamos a ver, que decide la distribución de competencias Nación – Provincias en materia ambiental. Ese es uno de los problemas más graves de la falta de cumplimiento de la legislación ambiental en Argentina. Ese decir: la mala distribución de competencias entre los distintos niveles: cuando es mirada por el sujeto activo que quiere acceder a la información, se encuentra con que tiene potencialmente semejante engorro, y a su vez, ese engorro va a ser mayor, porque respecto del tema Riachuelo, la información no sólo está en manos de esos cuatro niveles de gobierno sino también de una cantidad de agencias. Empezando por el mismo ente que lleva a cabo hoy la administración de la cuenca Matanza-Riachuelo. Y seguramente en el CONAMBA, y en su momento en el AMBA y en el SEAMSE. Absolutamente todo gravita en lo que es la contaminación del Riachuelo. Así que no crea que con recurrir a aquellos cuatro le va a alcanzar: estoy seguro de que va a tener que ir a más lugares. Es más grave aún.

En un trabajo que hicimos en la Fundación, en un programa que se llama “Hacia la Construcción de una Región Metropolitana Sustentable”, donde tratamos de ver el modo de elaborar un proyecto de convenio que desde la temática ambiental pudiese compatibilizar las distintas jurisdicciones que en este tema gravitan sobre el conurbano bonaerense y la Ciudad de Buenos Aires (llamada área metropolitana), respecto de algunos temas, llegamos a identificar hasta doce jurisdicciones distintas. Autoridad territorial, autoridad de poder de policía, autoridad de coordinación... así hasta doce. El tema “basura” es increíble. La dispersión de la autoridad de aplicación es uno de los grandes elementos que hacen al no cumplimiento de las normas, porque como usted decía antes “uno le patea la pelota al otro”. Y además, es una fuente enorme de

corrupción. Esa dispersión, esa falta clara de responsabilidad, es uno de los factores más cómodos en esa maraña, en esa dificultad, que propenden a la corrupción. Es un estilo.

Pp.: - También cuando el problema pasa por distintas provincias: están al mismo nivel. Por ejemplo, el caso de la cuenca del río Desaguadero: es una problemática que viene desde hace mucho tiempo.

Doc.: - Para corroborar lo que usted dice: casi el 90% de las aguas fluviales argentinas, son interprovinciales. Es decir: interjurisdiccionales, superan la competencia exclusivamente provincial. De modo que lo que usted está diciendo involucra prácticamente a todas las aguas argentinas. Ahora veremos el próximo párrafo, que es el destinado precisamente a solucionar ese problema de la superposición de competencias. Pero van a ver la dificultad que tiene para poder aplicarlo y además la dificultad que existe hasta el momento, para encontrar algún criterio operativo que se pudiera materializar en normas que efectivicen lo que dice. Esto se relaciona directamente con su pregunta: no se hizo nada con ese problema del agua (que también se puede proyectar al aire, al suelo, al transporte, a la mayoría de las actividades industriales, etc., etc.).

Pp.: - Hay algo que me dejó dudas: allí dice “utilización racional de los recursos naturales” ¿quién determina que la utilización es racional?

Doc.: - La utilización racional, precisamente está relacionada con todas las normas que van definiendo esa racionalidad. Las normas que determinan los estándares de calidad, los estilos de calidad, los distintos dispositivos para impedir que se lleve a cabo... eso lleva a la noción de racionalidad. No es una cosa abstracta. Se refiere a cada caso en particular.

Pp.: - Pero, las normas de estandarización... ¿usted se refiere a ISO 9000..?

Doc.: - No, eso es voluntario. Es un elemento que se implementa exclusivamente a través de un convenio entre una empresa privada y un organismo internacional o instituto que crea los estándares de calidad. En cambio, en cada norma ambiental, usted encuentra estándares de calidad: la cantidad de cada una de las sustancias que tiene que existir; como producto de haberla superado se está violando la norma. Generalmente, en toda norma ambiental aparece la determinación de un objetivo de calidad X. Por ejemplo, supongan una determinada calidad para el agua. Establecido el objetivo, entonces hay que descomponer (según las actividades y según las distintas sustancias susceptibles de transformar al agua) hasta dónde, de acuerdo al legislador, es tolerable o no. Hay muchas distintas formas de hacerlo: formas progresivas, en fin, esto es infinito. Pero, una vez que usted ya lo ha establecido, son estándares.

Pp.: - Esto ¿incluye también a la explotación? ¿explotación minera, forestal...?

Doc.: - Por supuesto: hay una norma nacional en materia de contaminación de la minería. La minería es nacional y es una de las actividades más contaminantes. En materia de hidrocarburos prácticamente no hay nada, porque todavía rige la vieja ley. Ustedes recordarán lo difícil que fue crear un proyecto en la época de Menem, que finalmente quedó neutralizado y no se sacó nada. El proyecto no se sacó, lo que estaba pendiente que era terrible, pero por cierto, no hay normas ambientales claras sobre explotación de hidrocarburos. Sí hay en las provincias, pero a ellas les cuesta muchísimo aplicarlas. Además, una vez más, como todas las actividades que hacen no a la exploración sino a la explotación y distribución son interjurisdiccionales, la provincia puede hasta el primer tramo. Después, la interjurisdiccionalidad atrae a la competencia nacional. Si no se cuenta con una norma nacional, todo lo que usted puede inspirar y aplicar llega hasta determinado trecho, después queda estéril porque el resto no hace lo mismo. Es particularmente delicado.

Vamos a un tema particularmente centrado en este problema. (tercer párrafo):

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 (1).  
Se prohíbe el ingreso al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos y de los radioactivos.

(1) Fíjense que acá se muestra que es una típica norma de distribución de competencias nación-provincia. Normalmente las normas de distribución de competencia nación-provincia (salvo en esta materia que es una innovación), están en el último capítulo de la parte orgánica: artículo 121 y siguientes. Acá se hizo una suerte de excepción: aparece en la parte dogmática, lo que en la interpretación genera una serie de interrogantes. En la bibliografía hay un artículo mío, no muy largo, donde trato de encontrar alguna solución a un tema muy complejo que, de hecho, no se ha resuelto. Estamos casi a ocho años y este es uno de los grandes “coladores”: la dificultad de definir qué es lo que corresponde a Nación y qué a provincias se ha demostrado como uno de los elementos más paralizantes en el Congreso, ni una norma hay. Aunque parezca mentira (y lo vamos a ver la clase que viene), en realidad, las únicas autoridades que de alguna manera, aplicando las nuevas normas ambientales, han logrado algún tipo de protección, son los jueces. Sorprende, pero es la verdad. La combinación de este artículo con el segundo párrafo del 43 (amparo colectivo que analizaremos en la próxima clase), ha dado lugar a que muchísimos emprendimientos y actividades contaminantes hayan podido ser paradas o transformadas, gracias a sentencias muy útiles. Pero evidentemente, la solución judicial puede ser transitoria: aquí se necesitan políticas de fondo, pero esto puede servir como un buen disparador, un emergente como para que se tome conciencia de la problemática.

Vamos a tratar de interpretar esto. El constituyente ha establecido una suerte de criterios cuantitativos, es decir: habría una suerte de sustrato o umbral mínimo de protección, para lo cual se utilizan presupuestos mínimos de protección, que en esta materia son comunes a toda la Nación. Esta suerte de sustrato mínimo es una competencia exclusiva que tiene que ser definida por la Nación. Conjuntamente con eso, a las provincias se les reconoce la posibilidad de complementar esos presupuestos mínimos con normas que generen a su vez exigencias superiores o que regulen cuestiones propias de la provincia respecto del tipo de actividad contaminante en cuestión, que contenga esa problemática.

La gran dificultad del problema, es que, al ser un criterio cuantitativo y contar con tan pocos elementos dentro de la norma para saber cómo medir ese cuántum (hasta dónde es un presupuesto mínimo y hasta dónde no lo es), de hecho, esto ha generado permanentemente –con los proyectos elaborados- una inmediata reacción adversa desde las provincias, como que se les estaba invadiendo las esferas propias. Esto se combina con lo que yo les explicaba al principio: esta suerte de contradictoria evolución del derecho constitucional, donde en realidad, las provincias muchos años antes de que la Nación hubiera constitucionalizado esta cuestión, ya lo habían hecho y en varias de ellas, a su vez, hay mucha legislación que se aplica bien o mal, pero ya hay muchos criterios. Entonces, el que venga “como un sombrero” desde Nación, algo que es diferente y que en gran parte les puede “robar” una porción importante de sus normas, genera una importante resistencia.

Además, la misma redacción es paradigmática, o por lo menos, enigmática. ¿Por qué? Recuerden lo que antes les decía: toda cláusula constitucional casi siempre tiene normas concordantes. En particular, cuando los abogados decimos que hay “oscuridad” en la interpretación de la cláusula, hay que recurrir a aquellas que le son concordantes. Precisamente,

esta norma tiene concordancias. Las primeras concordancias hay que hacerlas con las normas del capítulo sobre gobierno de provincias, donde se establecen las pautas básicas para la distribución de competencias y luego, observar si en esta materia, ya se le ha concedido algún tipo de facultad a alguno de los tres poderes, de modo que se pueda permitir la interpretación.

El primer artículo es el 121. Este es el artículo que fija el criterio general en materia de distribución de competencias entre Nación y provincias. Ese muy sencillo. El artículo 121 (que es el viejo artículo 104 que sólo cambió de número) dice que las provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución a la Nación y aquellos que se hubieran reservado por pactos especiales. Es decir, dada la interpretación de los principios que emanan de este artículo, como regla general, la competencia es de las provincias. La Nación sólo tiene aquellas competencias que a partir de una delegación expresa de las provincias, se ha derivado a su favor para lograr lo que se llama la coherencia y la continuidad jurídica dentro de la federación.

En segundo lugar, esto siempre se interpreta conjuntamente con el artículo 31 que determina la jerarquía de las normas y establece la jerarquía del derecho federal (Constitución, Estados internacionales, leyes de la Nación) por sobre la competencia de las provincias en cuanto a sus respectivas normas (constituciones, leyes y decretos provinciales). Por lo tanto, cuando existe un conflicto de interpretación sobre una competencia concurrente, prevalece la norma nacional por aplicación de este criterio denominado de supremacía, que genera esta preponderancia u orden jerárquico superior de la Nación sobre las provincias. De acuerdo a esta explicación, el artículo 121 determina en primer lugar, el principio conforme al cual, la competencia general es de las provincias. Primer punto: la Nación tiene una competencia de excepción: aquella que expresamente ha sido delegada a su favor por parte de las provincias. Segundo punto: en caso de conflicto respecto de quién es el titular de una competencia cuando hay concurrencia en el ejercicio de la misma, va a prevalecer por una cuestión de supremacía, la Nación por sobre las provincias.

Luego, como producto de la reforma, el artículo 124 en la última parte, establece una discusión que es interesante pero genera más dudas en la aplicación de esto. ¿Por qué genera más dudas? Porque establece que el dominio originario de los recursos naturales corresponde a las provincias. Es decir: en toda cuestión, materia, objeto o cosa respecto de la cual se tiene el dominio (el señorío para la administración y disposición de una cosa), naturalmente se concede la jurisdicción y la facultad de reglamentar las distintas potencialidades de esa cosa, que se proyecta sobre las distintas atribuciones de gobierno. Si usted tiene dominio sobre los recursos mineros, por ejemplo, como principio general va a tener dominio en la jurisdicción para disponer sobre los mismos, regular al respecto, salvo que la Constitución diga algo en contrario.

Ahora bien, toda la temática ambiental, fundamentalmente gira en torno a la relación entre los recursos naturales y el uso y explotación que se hace de los mismos. Por lo tanto, si un constituyente ha confirmado con tanta fuerza algo que es explícito pero que nunca fue respetado (por eso se pone), de acuerdo a lo que vimos en el artículo 121, esta parte del artículo 124 no tendría razón de ser. Porque si las provincias no delegaron el dominio de los recursos naturales, por lo tanto, es de ellas. Pero, si uno ve la historia argentina, entiende que hicieron bien en ponerlo. Lo sabemos a través de lo que sucedió con represas, minerales críticos, parques nacionales: se invadió absolutamente la jurisdicción de las provincias en materia de recursos naturales y en muchos casos prácticamente desbaratando lo que era “tener el dominio”. ¿De qué sirve el dominio si por la vía de la jurisdicción se va arrancándolo? Es un dominio desnudo. Yo soy el dueño, pero en realidad debido al ejercicio de facultades que ha tomado otro, es como si no lo fuera porque no puedo hacer nada. Inclusive, en materia de aguas interjurisdiccionales, la Nación exclusivamente tiene como jurisdicción el comercio fluvial interjurisdiccional y el tema de los dragados para los derechos de navegación de las aguas. En base a esos dos usos, es tanto

lo que ha multiplicado en base a una interpretación extensiva, que de hecho, sobre las aguas interprovinciales, las provincias prácticamente no pueden hacer nada, empezando por la explotación de la electricidad y otras cosas. Es tan brutal lo que implica ese uso que, de hecho, destruye todo lo demás. Entonces, el hecho de que la provincia haya generado esa “zona de reserva”, significa: “cuidado, que no te delego esto, a pesar de lo que dice el artículo 121, esto me lo reservo porque ya me desbarataste tanto...”

Pero, ¿a qué voy con esto? A que ese artículo 124 está limitando aún más el concepto del cuántum del supuesto mínimo. Porque, como se dice que no hay que alterar las jurisdicciones locales, y como principio general en materia de recursos naturales el dominio es de las provincias en cualquier caso de duda respecto de jurisdicción, siendo además el principio general el artículo 121 que dice claramente que lo no delegado es retenido, evidentemente, la cosa se complica aún más. El otro artículo que hay que ver (más sencillo) es el inciso 12 del artículo 75 que enumera los códigos. Dice que es jurisdicción de la Nación la elaboración de los códigos civil, comercial, penal, de la seguridad social. Digo esto porque, claramente, el constituyente no quiso que se hiciera un código ambiental nacional. Porque un código es la reunión en una única norma de todas las normas relativas a una determinada rama del Derecho. Es decir: si se quiere codificar una rama del Derecho, se tiene que dar a Juan o a Pedro, no se puede distribuir. La esencia de un código es que sea omnicomprehenso, que ahí esté todo. Entonces, eso también sirve como guía para saber que: Cuidado!, los presupuestos mínimos no implican hacer códigos, porque si hago códigos estoy usurpando la competencia a las provincias.

Para que se den cuenta: esto ha llevado a una enorme dificultad para lograr la sanción de normas. En la medida en que la Nación no pueda determinar claramente cuáles son sus competencias, evidentemente esto es insólito. Ha habido –a mi modo de ver- algunas tentativas de hacer esto, pero que hasta ahora tampoco han podido concretarse. Por ejemplo, en un taller que se hizo a fines del '94, entre el Concejo Federal de Medio Ambiente y la Secretaría de Recursos Naturales y Ambiente Humano, se llegó a algunas pautas que son interesantes para determinar cómo se podría satisfacer esta distribución de competencias. Miren cómo es el Derecho: una cosa que parece tan simple, el “merengue” que arma.

PRESUPUESTOS MÍNIMOS  
TALLER DIPUTADOS – COFEMA – SERNAH  
16/12/1994

Las normas de presupuestos íminos deberrían contener los principios y directrices esenciales para satisfacer los siguientes objetivos:

1. Asegurar la homogeneidad normativa en toda la Nación, eliminando las asimetrías institucionales.
2. Impedir el surgimiento de “áreas de depredación” como ventaja competitiva entre las provincias, a partir de la atracción de inversiones a costa de degradación, de la no regulación o no aplicación de la legislación vigente.
3. Permitir a las autoridades locales el tratamiento especializado de cada ecosistema.
4. Garantizar a los habitantes del país una protección suficiente del derecho que se le reconoce en el artículo 41 de la Constitución Nacional.

Ahí se determinó que había que seguir ciertos principios esenciales para satisfacer estos objetivos. Esto, a mi modo de ver, es muy amplio. Ha habido algunos intentos que básicamente se han basado en una suerte de cascada de normas. Es decir: que para poder delimitar claramente esta distribución de competencias, hay que generar una norma general que determine criterios y modos de resolver conflictos entre Nación y provincias. En ese sentido, la norma nacional, en primer lugar tendría que establecer ciertas bases comunes en materia de políticas: cuáles son los grandes objetivos a cumplirse para implementar una clara política de protección

ambiental en aras de desarrollos sustentables. Qué objetivos se quieren cumplir a determinado plazo.

En segundo lugar, establecer herramientas de políticas que sean aplicables en toda la Nación. Cuando hablo de herramientas de políticas me refiero a: derecho de libre acceso a la información pública; herramientas de participación ciudadana; acceso ampliado a la Justicia; institucionalización del procedimiento de evaluación de impacto ambiental o EIA en todo el territorio de la Nación, estableciendo cuáles son los criterios de este proceso de evaluación de impacto ambiental. Fundamentalmente, hay que diferenciar entre lo que es un estudio de evaluación ambiental con un proceso de evaluación de impacto ambiental. Digo esto porque un estudio de impacto ambiental, es exclusivamente un trabajo de naturaleza técnica; una evaluación que se basa en criterios técnicos científicos. Un proceso de evaluación de impacto ambiental cumple distintas etapas para poder elaborar las consecuencias sociales y ambientales de un determinado proyecto o actividad. En este proceso, la elaboración del estudio es una de las etapas, pero allí, lo fundamental además de eso, es reconocer distintos espacios participativos. ¿De qué modo se consulta a los habitantes implicados en las consecuencias de esa obra, actividad, emprendimiento, etc., para la definición de lo que ellos quieren respecto de esa obra? Es decir: hay que determinar la celebración de audiencias públicas, la posibilidad de consultas, la posibilidad eventual (según de qué actividad se trate) de crear un consejo asesor en que el que estén representados los sectores de la sociedad, etc., etc. La definición de estos puntos, en esa suerte de marco donde se unifiquen temas que tienen que ver con el cumplimiento y aplicación de las normas, sin duda podría ser perfectamente llevada a cabo desde la norma nacional y sería de enorme utilidad, porque daría además algo básico que son los procedimientos para la defensa del derecho, más allá de las normas sustantivas. Eso sí me parece importante que esté impuesto en todo el territorio, porque tener en todo el territorio de la Nación un mínimo en materia de presupuestos mínimos (con estándares, objetivos y demás) pero que haya asimetría en lo que hace a las herramientas de aplicación, hace que sea como si no estuviese homogeneizado. Porque si en un lugar se puede someter una determinada actividad a evaluación de impacto ambiental con características de proceso efectuado seriamente y en otro lugar, en cambio, eso no existe (aunque se vayan a cumplir los mismos objetivos y normas generales), resulta asimetría, porque probablemente en un lugar se va a cumplir mientras en otro no se va a cumplir con nada. De hecho, se va a generar esa competencia desleal donde una porción de territorio, a través de la posibilidad de depredar, está generando una ventaja competitiva que (de manera desleal) perjudica.

El otro aspecto importante a llevar a cabo, es el de las normas relacionadas con la reparación del daño ambiental. Digo esto porque no tengo dudas de que toda la temática de responsabilidad por daños, de reparación, ha sido sí delegada a la Nación. Por lo tanto, eso, en un sistema federal como el nuestro donde se ha establecido que el derecho de fondo en materia de responsabilidad tiene que ser un derecho homogéneo, ese tema tiene que ser agotado desde la Nación, porque además es muy difícil investida la responsabilidad por daños, generar legislaciones diversas en cada uno de los Estados.

Ni aún en países federales (como el caso de EEUU donde el derecho de fondo es local y cada uno de los Estados regula su derecho penal), en materia de responsabilidad, a partir de distintas normas, surgen las normas federales. Aún en un país donde se tiene un criterio totalmente distinto. Creo entonces que esa también es una materia absolutamente nacional. Y por supuesto, todo lo relacionado con la materia “delitos ambientales” porque en la materia penal ha sido claramente producto de una delegación ya que se habla de un Código Penal. Por lo tanto, lo penal ambiental, es jurisdicción nacional.

El otro tema que a mi modo de ver es fundamental, es la posibilidad de ver qué procedimientos se van a llevar a cabo para las situaciones conflictivas. Tanto los conflictos que se generen en el seno de las mismas Cámaras para la sanción de las normas, como así también los que surjan de la aplicación de las normas. Para aquella norma respecto de la cual hay una suerte de contradicción entre los presupuestos mínimos y la legislación que sobre la misma materia tiene la provincia, es fundamental que la norma nacional establezca qué criterios e inclusive qué agencia puede haber para servir como un modo de mediación. En ese sentido, hay varios proyectos que han apuntado a COFEMA (Concejo Federal del Medio Ambiente). Este es un organismo resultante de un tratado interprovincial, tratado este que básicamente apunta a coordinar el ejercicio de las facultades ambientales en lo que es protección del ambiente, en todo el territorio. Ese organismo, asimismo, fue ratificado por la Nación que es parte a su vez de un organismo administrado a través de un colectivo de ministros de medio ambiente y demás, que forman la Asamblea del Concejo Federal del Medio Ambiente. Yo creo que es un lugar fantástico donde se puede someter aquellas situaciones de conflicto, a una suerte de mediación previa a la judicialización o al empantanamiento de la cuestión. La judicialización de este tipo de temas relacionados con la distribución de competencias, en primer lugar, demora enormemente las soluciones. Son temas complejísimos con altos contenidos políticos, con muchísimas presiones y sólo con ver algunos casos en materia de aguas, como fue el tema de la división de competencias sobre el río Atuel, entre las provincias de Mendoza y La Pampa (caso que duró en la Corte más de seis años u ocho, una cosa eterna), se tiene un ejemplo de lo dificultoso que es.

En segundo lugar, resuelve el caso. Es cierto que es un precedente. Pero de ninguna manera impide que surja otro y que secuencialice nuevamente porque nosotros no tenemos la obligatoriedad del precedente que tiene el sistema de EEUU, sino que tenemos un sistema distinto. Por lo tanto, si bien es cierto que en principio tiene que haber una coherencia, no es un principio absoluto. Por esto, todo lo que evite las vías judiciales, es mejor en estos temas porque es mucho más expedito, surge de las mismas concertaciones de las partes y va a dar una solución que se va a derivar en los parámetros para poder legislar. Además, va a surgir de una concertación. El problema de la judicialización es que, siempre una sentencia da la razón a uno y se la quita al otro debido a la esencia de sentido casi salomónico de la Justicia. Sin embargo, estas temáticas relacionadas con la protección del ambiente están llenas de matices y lo que demuestra el Derecho Comparado, es que las soluciones más duraderas han sido aquellas surgidas como producto de una concertación entre partes. Han concensuado voluntariamente y cada una ha cedido algo. Eso es mucho más durable. Hay algunos proyectos inclusive que describen qué situaciones se debería ceder al COFEMA; el modo cómo el COFEMA debería resolver; el modo cómo se debería constituir una suerte de tribunal mediador para poder dar la solución. Me parece que son soluciones muy inteligentes, propias de un federalismo de concertaciones.

En este punto tal vez, es interesante observar cómo se ha resuelto la cuestión en distintos países federales. Van a ver que hay un abanico de soluciones distintas. En los EEUU (país que primero legisló sobre estos temas) se produjo desde un accionar que se puede tildar de constitucional, porque es el Congreso de los EEUU el que, a partir de 1969 por una ley primero general, fue regulando (si se quiere presupuestos mínimos) distintos temas a través de la ley del agua, una ley del aire, una ley de actividades industriales y protección ambiental. Fue brindando –si se quiere– la base común en esta materia para todo el país. Pero sin que el Congreso estuviese facultado para eso (en realidad, surgió como una extensión a posteriori), dejando siempre a salvo la posibilidad de que los Estados pudieran dictar normas que complementarían las disposiciones de estas grandes leyes (Ley del Aire Limpio, Ley del Agua Potable), una cantidad de leyes que prácticamente fueron sancionadas durante toda la década del '70, desde 1969, lo que se acompañó con la creación de la Agencia de Protección Ambiental (Environmental Policy Agency –EPA–), órgano de protección ambiental tan conocido, encargado de la aplicación de todas estas normas.

Cuando se estudia la evolución hasta épocas muy recientes, se ve que este proceso, que partió de una imposición desde el gobierno federal a los Estados ha sido un proceso muy lento, de muchas idas y vueltas, con muchísimos conflictos judiciales y bastante engorroso. Frente a este tipo de solución, tenemos otros sistemas federales (por ejemplo, el caso de Alemania) ejemplo que ha sido tomado en gran parte por Brasil en la Constitución de 1988, donde fundamentalmente, las normas de fondo son dictadas por el gobierno federal, pero todo lo relacionado con las normas reglamentarias para aplicar, para sancionar, etc., etc., son de los Estados Federales.

También tenemos otro caso paradigmático que es el de México, donde la misma Constitución, ante los recursos naturales, establece la competencia federal o nacional. El estudio de la evolución de esto, denota la dificultad de establecer, desde un único centro de producción normativa, todas las normas de protección del ambiente. Digo esto porque cuando se estudia la evolución del derecho ambiental mexicano, además de una enorme producción normativa (nunca se sabe cuál es la última norma dictada porque es enorme), en materia de distribución de competencias, lo que llama poderosamente la atención, es la delegación continua en cada norma, en cada materia, de facultades federales a favor de los Estados. Esto aparece como una comprobación de la enorme dificultad de poder aplicar y poder ser realmente persuasivo en el detalle de las normas, respecto de la disparidad de ecosistemas y de las problemáticas locales en materia de contaminación que provee este fenómeno tan complejo para asirlo desde el mundo jurídico. Yo diría que el ejemplo mexicano es como una demostración de lo que no se debe hacer, porque hay muchos que en esta materia, desde un deseo de simplificación opinan “como es un tema de este tipo, le damos todo a la Nación. Punto”. No se dan cuenta de las consecuencias de esto. En realidad, la contaminación tiene su explicación desde el mismo fenómeno. Si nosotros pensamos dónde se genera la mayor parte de procesos de contaminación, son procesos locales. En realidad, los procesos de contaminación que superan los ámbitos locales, lo hacen por la sumatoria de distintos procesos locales debida a la movilidad de los factores de contaminación. Entonces se da la interjurisdiccionalidad.

La enorme dificultad en esta materia, es cómo conciliar la competencia conjunta del orden jurídico a nivel del gobierno superior con el de los niveles de gobierno inferior. No hay inmediatez entre las decisiones y la gente que las recibe. En general, en todo el mundo, donde más fácilmente se implementa la participación, es en los niveles territoriales de menor superficie, básicamente en el municipio o en la provincia. Si se le da todo a la Nación, se está tornando muy dificultosa la participación. Es muy difícil lograr la participación en relación con fenómenos de contaminación locales, respecto de la producción de decisiones que provienen de un nivel de gobierno supra: la gente no se siente movilizada y además es muy dificultoso respecto del número comprendido.

Frente a estas realidades, estas situaciones, hay una técnica legislativa que empieza a ser imitada en muchos lugares, que se produjo en la Federación Australiana. A partir de un proceso que se inicia en 1991, que es el proceso de lo que se considera propio (recurriendo a la terminología de Pedro J. Frías): federalismo de concertación. Porque los australianos enfrentaron este problema de distribución de competencias en un federalismo fuerte a partir de la generación de un convenio interjurisdiccional, que reunió a la autoridad federal, los Estados y un organismo que representa a todos los municipios australianos. ¿Qué se determina en ese convenio? En primer lugar, los grandes objetivos para protección ambiental. Y después, hay una cantidad de normas prácticas de tipo procedimental si se quiere, para determinar en las distintas circunstancias, cómo llegar a acomodar la distribución de competencias. Es decir: cuál es la autoridad para cada cosa. Es interesantísimo el logro, porque en realidad es prácticamente como un reglamento. A su vez, establecen autoridades particulares para la resolución de los conflictos, y exigen (lo que en materia ambiental cada vez es más adoptado por distintos países) la reactualización legislativa.



Como la temática ambiental es tan cambiante (lo hace prácticamente de un día para el otro), tan ligada a lo que podríamos decir, los problemas de coyuntura, el envejecimiento de las normas es muy veloz. Entonces, se trata de establecer una pauta temporal de revisión de toda la norma: a los cinco años, a los tres... cada vez se pone menos plazo. El mismo órgano legislativo que está sancionando la norma, asume el compromiso de revisarla íntegramente en tal plazo y de adaptarla a las nuevas circunstancias o de redefinirla en función de reeditar los objetivos. Ellos lo expresan como un procedimiento de reautorización de la norma legislativa, que hoy en Europa es muy común, en EEUU también, en Canadá, en muchísimos lugares. Es realmente muy interesante, muy adecuado a las características del tema. Para ellos, ha dado un resultado notable: un país que, según el índice de desarrollo humano y ambiental que lleva Naciones Unidas, estaba antes de la sanción de este convenio, en el puesto 35 ó 36, trepó en poco tiempo al segundo puesto (el primero lo tenía Canadá). A partir de ahí, rivalizan Canadá y Australia por el primer lugar.

No soy yo un fanático de las normas como para creer que lo que la buena norma toca lo convierte en oro. Creo en definitiva que esto es como una dialéctica en las sociedades: hay una combinación entre las características benéficas de una legislación y las posibilidades de una buena aplicación que surge de una cuestión educativa, actitudinal y propia de la misma cultura. De qué modo impacta una norma para que se cumpla o no se cumpla, en realidad es uno de los grandes misterios de todo legislador y de todo persona de Derecho. Nadie puede decir exactamente qué. Se puede enumerar una cantidad de factores. Pero voy al hecho de que la norma es, sin duda, uno de los factores. Si se investiga la historia de la civilización, el modo o el punto de despegue de muchos países, generalmente está identificado con una constitución, con una norma básica, con algo que sirvió como punto de despegue. Evidentemente, tiene su importancia y a mí me parece muy interesante realmente la técnica de los australianos, porque en definitiva (recordando cuando explicaba lo que me parecía más interesante de distintos proyectos para solucionar el empantanamiento de esto), tratan a posteriori de ir hacia un federalismo de concertación que surja en definitiva de una dialéctica nación-provincias. Es un convenio: Convenio para la Protección Ambiental de Australia. En lugar de ser una ley del Parlamento australiano, es un convenio que fue negociado entre la autoridad federal (Gobierno Federal Australiano), los Estados y esta suerte de organización que vincula todos los municipios. Una vez que se negoció el convenio y se redactó, fue ratificado por las autoridades legislativas de todos los firmantes. Este es el procedimiento. Se lo utilizó, al tratarse de una temática tan concurrente, de tan difícil definición, como algo que debió surgir desde una suerte de marco que básicamente regula el modo de resolver los conflictos. Y ha sido sumamente positivo.

Aquí tengo un resumen de lo que ustedes van a ver en el artículo que incluí en la bibliografía y es un poco lo que dije recién; aquí lo pueden visualizar:

#### PRESUPUESTOS MINIMOS NUESTRA OPINIÓN

La cláusula ambiental de la constitución requiere una tarea en distintos tiempos. En primer lugar se debería dictar una suerte de ley general cuyo contenido tratase fundamentalmente de las siguientes cuestiones:

- Política ambiental argentina.
- Grandes objetivos a cumplir.
- Los cometidos fundamentales para cumplir con esos objetivos.
- Los instrumentos. (Ustedes recordarán: la participación y algunas herramientas básicas de participación como la audiencia pública para hacer otro tipo de proceso en la toma de decisión, la evaluación de impacto ambiental, el derecho de libre acceso a la información, me parece que eso es la base).
- La organización de la autoridad de aplicación (lo había olvidado y me parece muy importante porque en realidad es un problema que ya tenemos a nivel nacional).

- La determinación de competencias.
- Los procedimientos para la resolución de conflictos interjurisdiccionales
- El Consejo Federal de Medio Ambiente (agrego esto porque me parece muy interesante utilizarlo como autoridad de aplicación).
- También consideramos de incumbencia nacional lo relativo a daño ambiental, responsabilidad y seguros ambientales. Pero por sus características, creemos conveniente que estos aspectos sean objeto de una norma particular. Es igualmente de la competencia del Congreso de la Nación.

Pp.: - ¿Qué pasa con estas organizaciones cuando la necesidad desde un lugar determinado impone la organización por regiones, y donde cada región está compuesta por más de una jurisdicción?

Doc.: - Muy buena pregunta. Hasta la reforma del '94, la noción de "región" no tenía estatus constitucional. Con la reforma del '94, en la primera parte del artículo 124, se establece la posibilidad de que las provincias creen regiones para el tratamiento de cuestiones comunes, sea el tema de recursos, de actividades industriales, etc. Se les da, además, la posibilidad de crear los órganos comunes de administración, con delegación de competencia. La región que se crea, es de tipo administrativo, no es un nuevo nivel político de gobierno. Sería un nivel político de gobierno si tuviera una competencia general en materia gubernamental y sus autoridades fueran electas por la población de la región. Es un poco lo que ocurre en España. No es este el caso aquí. Es lo que se llama "regionalización por funciones administrativas". En realidad si se creara un ente para el tratamiento de la temática ambiental entre todas las provincias del norte, quienes estuvieran en dicho ente, representarían a los gobiernos y la norma que regula el funcionamiento de esa autoridad, la toma de decisiones, la facultades que se delegan, es un convenio interprovincial que surge del artículo 126. De ninguna manera importa que haya un nivel político diferente al de las provincias, porque éstas en cualquier momento pueden desvincularse. Pero esa solución regional para la temática ambiental, sería interesantísima porque de hecho hay regiones que, ecológicamente, son perfectamente administrables de manera conjunta. Sería muy interesante abordar así las temáticas ambientales. Eso fue un poco lo que nos inspiró ese proyecto de una región metropolitana sustentable, tomando el eje ambiental como modo de concretar el artículo 124.

Pp.: - Pensaba en esto porque algunos problemas ecológicos son compartidos por tres provincias, entre las cuales, la tercera comparte a su vez otro problema con una cuarta.

Doc.: - Se puede crear otra región. Por supuesto. Lo que pasa es que hay que tratar de que se tomen, a través de la región, los problemas más macro. Nada es la panacea. Pero muchas veces no se logró la solución porque se crearon agencias llenas de inoperantes.

Pp.: - Es un ejemplo el caso concreto de la autoridad interjurisdiccional de cuencas entre Neuquén y Río Negro para regular todos los problemas del río Colorado que estaba totalmente contaminado y cuando se generó un problema concreto de una empresa que largó más agua de la que debía e inundó casi todo el Valle, actuó la autoridad de cuencas pero a su vez se superpuso la responsabilidad con la Secretaría de Energía que regulaba a la empresa, sobre la cual tenía autoridad. Con esto, tampoco hubo solución.

Doc.: - Porque estuvo mal diseñada. Además no hubo una delegación decreciente.

Pp.: - En ese caso ¿no podía intervenir el juzgado o un organismo que dependiera directamente del Poder Ejecutivo?

Doc.: - El problema es que esa contaminación sobre el Valle directamente involucra a las dos provincias. Si no se lo ve desde una visión omnicompreensiva y común, el resultado va a ser parcial. La creación de la agencia ahí fue interesante, estalló porque estuvo mal hecha, no tenía facultades suficientes, no tenía el personal técnico idóneo. No fue mala la solución, sino que se operativizó mal. ¿De qué sirve para eso una agencia si no tiene poder de policía?

FIN DE LA CLASE.