

LA RECEPCIÓN DE LA PROBLEMÁTICA AMBIENTAL Y DE LOS RECURSOS NATURALES EN LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1994 DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES

Leonardo Fabio Pastorino

1) Presentación

La consagración a nivel universal del derecho ambiental resultó contemporánea con el proceso de reforma constitucional que tuvo lugar en nuestra provincia en el año 1994. Fuentes de diferentes ámbitos corroboran tal coincidencia y concurren en afirmar que el período entre 1972 y 1992 sirvió para evidenciar la problemática ambiental y las dificultades jurídicas para enfrentarla, como también para germinar un sinnúmero de usinas de ideas que intentaron proponer cambios, institutos, principios y concepciones nuevas.

Ya he señalado (Pastorino, 2005) antecedentes previos en el derecho internacional, los primeros vinculados a cuestiones que llamamos de una concepción más romántica en relación a la naturaleza, como también a la resolución de conflictos específicos en ámbitos restringidos como el campo de los recursos compartidos y, más cerca, aquellas de la contaminación transfronteriza. Hacia finales de los años sesenta, muchas cuestiones vinculadas con la revolución industrial, la revolución verde y con derrames de petróleo resaltaron los vínculos de los impactos ambientales causados por las nuevas tecnologías con la salud de la población, de los ecosistemas, de la fauna y de la flora. Es por ello que los años señalados, con sus hitos significativos en las Conferencias de Naciones Unidas sobre el Ambiente, en Estocolmo y sobre Ambiente y Desarrollo en Río, pasando por la Carta Mundial de la Naturaleza, proclamada por la misma organización en 1982, concentran el núcleo duro de debates filosóficos, jurídicos y científicos que impulsaron un verdadero desarrollo del derecho ambiental en el ámbito internacional así como también en cada uno de los países del globo.

A nivel provincial, este movimiento se moldeó a partir de la restauración del sistema democrático en 1983 y el desarrollo de un proceso reformista de las constituciones provinciales que, como señalara María de las Nieves Cenicacelaya (1992), se centró en el reconocimiento del derecho al ambiente y la garantía de dicho

derecho a través de acciones judiciales; el deber de proteger al ambiente, con sus facetas deber estatal, municipal, social e individual y la educación ambiental. Para el tiempo de la reforma de la Constitución bonaerense en 1994, otras 11 provincias habían modificado sus cartas magnas y las innovaciones incorporadas en este campo fueron tenidas en cuenta por casi todos los proyectos presentados en la Convención Constituyente.

No obstante, también es importante recordar que en 1990 se proyectó y sancionó legalmente una reforma a la Constitución bonaerense que contempló la cuestión ambiental y de los recursos naturales. Si bien esta reforma fue rechazada por el voto mayoritario de los bonaerenses –que reaccionaron contra la evidencia que la misma era el resultado de un acuerdo dirigencial de los dos partidos mayoritarios más que contra su texto–, también ha sido tenida en cuenta como fuente en la materia al reintentarse la reforma en 1994. En lo pertinente, el texto de la proyectada reforma de 1990, proponía en el artículo 31 que:

“Todos los habitantes tiene derecho a vivir en un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo.

Los Poderes públicos velarán por la utilización racional de los recursos naturales, la defensa y restauración del patrimonio urbanístico y ambiental y la protección y mejoramiento de la calidad de vida como derecho fundamental de la persona.

Todo habitante estará legitimado para accionar en defensa de los derechos reconocidos en este artículo. La ley determinará las responsabilidades derivadas de su violación” (segundo párrafo del art.3 según ley 10.859).

Es sabido que el proceso de reforma constitucional bonaerense se desarrolló en paralelo al nacional. Las cuestiones jurídicas más importantes que debían introducirse en el máximo nivel normativo argentino fueron objeto, por ende, de tratamiento tanto en la Convención santafecina como en la platense. Se trataba del reconocimiento expreso del derecho al ambiente, para zanjar todo tipo de duda con la teoría administrativista que diferenciaba entre derecho, interés legítimo e interés simple, última categoría donde muchos autores destinaban el interés ciudadano por el cuidado del ambiente. Discutido el derecho, se objetaba la legitimación, entendiendo algunos que era propia de la acción del Estado y ajena a toda injerencia ciudadana para el cuidado ambiental cuando no existía, además, un interés propio y verificable en algún tipo de daño sufrido. Sin abusar de la muletilla “ríos de tinta”, lo cierto es que mucho se ha escrito en el derecho antes de

1994 sobre el ambiente y los intereses difusos, colectivos, legítimos, acción popular, derechos colectivos, derechos del ambiente, representación, legitimación, entre otros. Por la calidad de los autores, al tratar el tema con mayor detalle, recordé el debate al respecto entre Guillermo Cano y Miguel Marienhoff, debate que se concentró con artículos, réplicas y contra-réplicas (Pastorino, 2005). Así las cosas, fueron cuestiones comunes a ambas convenciones constituyentes el reconocimiento del derecho al ambiente, como un derecho de cada uno de los habitantes, es decir, un derecho subjetivo individual y como derecho también subjetivo pero colectivo en lo que se refiere al diseño de un modelo de desarrollo y de definiciones en cuanto a la utilización y cuidado ambiental. También se proponía resolver o aniquilar la cuestión de la ausencia de legitimación buscando habilitar a todo ciudadano para llevar a la justicia las cuestiones ambientales; excluir el obstáculo de tener que demostrar un interés particular cuando una persona u organización ambientalista actuara en el interés común de la defensa ambiental; fortalecer las directrices a los funcionarios estatales para el cuidado del ambiente y buscar reafirmar su tutela en algún organismo especializado, para lo cual se puso la mira en el Defensor del Pueblo. Sin perjuicio de lo expuesto, sendos procesos reformistas tuvieron una cierta autonomía, en parte basada en la propia autonomía de los estados federales, y en otra parte porque en pleno proceso de reforma los avenimientos políticos y las alianzas entre los bloques con representación en las convenciones tuvieron una dinámica propia.

Otra cuestión común a ambos procesos, fue la introducción de algunas bases ya vislumbradas por la doctrina que otorgaban identidad al nuevo derecho ambiental: el reconocimiento, al lado del derecho subjetivo, de derechos instrumentales para hacerlo valer, como son el derecho a la educación ambiental; a recibir una adecuada información y a participar en las instancias de decisión, de gestión y de control de las políticas ambientales.

Por otra parte, existía un especial interés a nivel provincial por resolver la cuestión competencial y reafirmar las facultades propias y no delegadas en materia ambiental por parte de la Provincia, así como una reivindicación de tipo político institucional sobre las aguas marítimas y del amplio estuario rioplatense.

Aprovechando la oportunidad única que significa una reforma constitucional, también algunos constituyentes llevaron al seno del debate cuestiones más específicas.

Serán todos estos aspectos los que se tratarán a continuación, teniendo en cuenta el texto definitivamente sancionado, los proyectos presentados y la propia experiencia en ocasión de colaborar directamente en el ámbito de la Comisión de Ecología de la Honorable Convención Constituyente

2) *Derecho a vivir en un ambiente sano*

El primer párrafo del artículo 28 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires dedicado al ambiente, reza:

“Los habitantes de la Provincia tienen el derecho a gozar de un ambiente sano y el deber de conservarlo y protegerlo en su provecho y en el de las generaciones futuras”.

Como se ve, si bien tiene una sintonía y similitud con el texto nacional, la redacción es diferente aunque en el ámbito provincial se discutió mucho menos sobre la conceptualización del ambiente. En la Convención Nacional se terminó aceptando su faceta más amplia abarcadora del ambiente natural, antrópico, urbano, social, histórico, laboral, entre tantos otros. La relación entre el hombre y el ambiente y las visiones antropocéntricas y ecocéntricas y sobre el concepto de desarrollo sostenible en la reforma constitucional nacional, fueron analizadas en base a las opiniones de los convencionales plasmadas en sus proyectos, fundamentos y debates en *El daño al ambiente* (Pastorino, 2005).

En la redacción que analizamos ahora de la Constitución provincial, el ambiente debe ser sano pero no se incluye la otra cualidad, que sí está expresada en el artículo 41 de la C.N, es decir que también debe ser equilibrado. También menciona en forma más simple la referencia que en el texto nacional pretendió expresar el concepto de desarrollo sostenible al obviar el rebuscado giro del artículo 41 que refiere a la potencialidad del ambiente para “el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras”.

Pero también peca, como la nacional, al restringir el derecho sólo a los habitantes, cuando el ambiente trasciende cualquier tipo de frontera geográfica y el interés por su conservación puede ser de la humanidad en su conjunto (Pastorino, 2005).

Por otra parte, el concepto de habitante refiere a un arraigo en el territorio que no tiene porqué ser el factor legitimante de un derecho ambiental puesto que cualquier persona que eventualmente visita la Provincia tendría que tener derecho al mismo ambiente sano que los habitantes locales.

El concepto de ambiente, por su parte, si bien formulado en iguales términos que en la Constitución Nacional, parece excluir al “patrimonio cultural, histórico, arquitectónico, arqueológico y urbanístico” que los constituyentes provinciales prefirieron proteger y valorizar a través de un artículo específico, el 44, que dispone:

La Provincia preserva, enriquece y difunde su patrimonio cultural, histórico, arquitectónico, arqueológico y urbanístico, y protege sus instituciones.

La Provincia desarrollará políticas orientadas a rescatar, investigar y difundir las manifestaciones culturales, individuales o colectivas, y las realizaciones del pueblo que afirmen su identidad regional, provincial y nacional, generando ámbitos de participación comunitaria.

Por lo tanto, se podría decir que el 28 está más vinculado al substrato natural, a la contaminación o afectación del aire, del agua y del suelo y a las cuestiones ambientales rurales y urbanas, pero no al urbanismo como tal. Esta solución que busca separar el ambiente basado en el sustrato natural de las cuestiones llamadas ambientales pero que se concentran específicamente con objetos o valores que representan la cultura del pueblo, resulta apropiada. En primer lugar, porque si bien los dos pueden consistir en valores que la ciudadanía y la Provincia se proponen proteger, requieren de técnicas diferentes para hacerlo. En segundo lugar, porque también la cuestión de fondo concita debates sustentados en paradigmas diversos puesto que la cuestión cultural será siempre analizada desde puntos de vista diferentes pero todos guiados por una perspectiva antropocéntrica, mientras que la cuestión del ambiente con sustrato en lo natural habilita la discusión con puntos de vista que también pueden apoyarse en posiciones ecocéntricas. En tercer lugar, y a pesar de lo anterior, aún desde el punto de vista humano, la escala de valores puede ser diferente al ponderar uno u otro aspecto ya que en general el ambiente vinculado con el sustrato natural y sus equilibrios se relaciona con derechos humanos esenciales como la salud y la vida misma.

Sin embargo, en el tercer párrafo se habilita a participar en la defensa del ambiente, de los recursos naturales y culturales, volviéndose a ensamblar en el concepto

de ambiente las cuestiones culturales.

Un proyecto de diputados del Frente Grande definía al ambiente como “un bien de uso común del pueblo” (C/120/94).

3) *Legitimación, acción, interés*

No hay derecho reconocido sin una acción posible que lo haga valer en caso de afectación al mismo. Esta cuestión, derecho substancial – acción, fue resuelta en el orden nacional pero los constituyentes provinciales, de todos modos, la plantearon ante la eventualidad de que no resultase así, pudiendo ofrecer la Constitución bonaerense, como pasó con otras tantas constituciones provinciales, un derecho supletorio.

Como diremos a continuación se propusieron acciones específicas y con términos también especiales, pero el constituyente provincial se expresó a favor de contemplar las cuestiones ambientales a través de la acción de amparo que en el artículo 20 se garantiza para “el ejercicio de los derechos constitucionales individuales y colectivos”. Las propuestas que pregonaban la acción ambiental especial fueron:

1) La de un conjunto de diputados radicales encabezados por Baldo, que proponía el siguiente texto: “Toda persona tendrá acción para reclamar ante los jueces, mediante un procedimiento sumarísimo, la protección inmediata de su derecho a un medio ambiente sano. La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. Esta acción sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio eficaz de defensa judicial para evitar un perjuicio irremediable. Esta acción ampara aún un interés simple o difuso en la tutela ambiental” (C/20/94). No obstante, del texto surgen similitudes evidentes con el amparo que tampoco se sabía, durante el debate constituyente si terminaría siendo incorporado al texto constitucional. Entiendo que se intentaba referenciarse en la figura del amparo por la tradición que tenía la misma como vía de garantía de derechos fundamentales, pero tratando de evitar esa acción que en Buenos Aires encontraba severos inconvenientes para ser planteada en defensa de los intereses ambientales y colectivos en general por interpretaciones muy restrictivas que tenía la Suprema Corte en la época, durante su competencia en única instancia de las cuestiones contencioso-administrativas. También de los fundamentos del proyecto se infiere una confusión con el amparo. Se explicó la

propuesta con el título “Acción de amparo ambiental y legitimación activa” y se citaron antecedentes como el artículo 58 de la Constitución de San Juan que otorga el derecho a toda persona a pedir por acción de amparo, la cesación de las causas de la violación de sus derechos ambientales.

Si bien se utiliza el término afectado en este proyecto que comentamos, término que tanto conflicto interpretativo generó al analizarse el alcance del artículo 43 de la Constitución Nacional, corresponde hacer notar que en este proyecto, la mención final, que refiere a la tutela de un interés simple o difuso parece avalar la interpretación de que el afectado no debería haber sufrido una afectación personal en su patrimonio o sus bienes. Es decir, se lo consideraría tal por ser afectado en su derecho a vivir en un ambiente sano que los promotores del proyecto interpretaban como configurando un interés simple, no obligadamente ligado a derechos propios o exclusivos.

2) El proyecto C/32/94 presentado por los diputados Bonino y Cruchaga, acentuaron más la diferencia con el amparo, proponiendo como texto que “el Estado garantiza el ejercicio de una acción de carácter sumarísimo que corresponderá a los legitimados ante la violación o peligro inminente de violación de los derechos o garantías ambientales reconocidos por esta Constitución sin otros condicionantes. El ejercicio de esta acción no obsta el de las demás acciones que pudieran corresponder conforme a las leyes”. En los fundamentos se explicaba la propuesta bajo el título “Legitimación y acción ambiental específica”. Como legitimados, se refería a todos sin distinción entre habitantes, ciudadanos o quienes no lo fueran. Luego expresaba claramente respecto a la acción diciendo que no se optaba por la acción de amparo como lo hacen las constituciones riojana y sanjuanina, por las características restrictivas impuestas por la particular doctrina judicial bonaerense y, en especial, el requerimiento de agotar la vía administrativa previa la que, por defectos del procedimiento administrativo provincial, que no aceptaba la legitimación de cualquier persona, tornaba ilusorio el ejercicio de la acción de amparo.

3) El proyecto C/120/94 otorgaba a todos los habitantes derecho sustancial y legitimación procesal a fin de accionar ante las autoridades pero no proponía una acción específica.

4) El C/210/94 postulaba que los habitantes estén legitimados para accionar.

5) El C/360/94, cuya autoría se debe a la convencional Sonia Herrera, presidente de la

Comisión de Ecología, proponía que “todo habitante de la Provincia y las organizaciones interesadas tendrán acción para proteger el medio ambiente en los términos y con las características procedimentales que le otorgue la ley”.

Por dejar al amparo la responsabilidad de proteger el derecho ambiental se manifestaron los diputados Díaz y Estrada (C/112/94) y Schor, González y Bigatti (C/270/94).

En el caso provincial se deben anotar, no obstante, algunas mejoras a la regulación del amparo en la Constitución Nacional. En primer lugar, el texto provincial sancionado no adopta el término “afectado”. En segundo lugar, permite que el accionante sea el propio Estado, cuestión que en los debates internos en comisión parecía ser innecesaria porque el Estado en sí mismo podría tener el poder suficiente para garantizar los derechos, pero que por una cuestión competencial no siempre resulta así, como tampoco sucede cuando no existe norma expresa que imponga un actuar determinado necesario para tutelar el ambiente o corregir, remediar o recomponerlo luego de una afectación o daño. En tercer lugar, faculta al juez a adaptar el procedimiento a la naturaleza de la cuestión planteada, lo que es por demás significativo porque en el ámbito de los derechos colectivos, los hay de múltiples naturaleza y alcance, tal como ejemplificamos antes al marcar diferencias entre las cuestiones ambientales puras y aquellas vinculadas con el ambiente urbano o cultural.

Por su parte, el artículo 55 de la Constitución reformada dispone que “el defensor del pueblo tiene a su cargo la defensa de los derechos individuales y colectivos de los habitantes”.

4) Dominio eminente

El segundo párrafo del artículo 28 declara que:

“La Provincia ejerce el dominio eminente sobre el ambiente y los recursos naturales de su territorio incluyendo el subsuelo y el espacio aéreo correspondiente, el mar territorial y su lecho, la plataforma continental y los recursos naturales de la zona económica exclusiva, con el fin de asegurar una gestión ambientalmente adecuada”.

En la reforma de 1990 se proponía:

“La Provincia, como Estado Federal Autónomo, tiene el dominio originario de su mar y sus ríos territoriales, con su lecho, subsuelo, y espacio aéreo; y de todos los recursos, sustancias y fuentes naturales de energía que se encuentren en su territorio. El uso y la explotación de esos recursos podrán ser objeto de convenios con el Gobierno Federal, o de Tratados interprovinciales conforme a la Constitución Nacional” (segundo párrafo del art.3 según ley 10.859).

Un texto muy similar se propuso en el proyecto C/375/94 cuyos fundamentos refieren a una ponencia presentada por Germán Bidart Campos en el Primer Congreso Bonaerense de Derecho Público Provincial celebrado en La Plata en 1984.

En cambio, el proyecto de los diputados Bonino, Cruchaga y otros pertenecientes al bloque de la U.C.R. (C/32/94) expresaba que “La Provincia tiene el dominio eminente sobre el ambiente y los recursos naturales de su territorio incluyendo, éste, el subsuelo y el espacio aéreo correspondiente; el mar territorial y su lecho; la plataforma continental y los recursos naturales de la zona económica exclusiva”.

Al mencionar el dominio eminente se pretendía considerar, tal como dice la nota al artículo 2507 del Código Civil, entiendo que única mención al momento en el derecho positivo a este concepto, un tipo de dominio político que otorga poderes de legislación, de jurisdicción y de imposición que, obviamente excluyen cualquier faceta de los mismos expresamente delegada en el gobierno nacional a través de la propia Constitución Nacional o de una cesión legal otorgada en debida forma.

Especialmente se pretendía poner fin con esta disposición a dos aspectos. El primero, vinculado con las competencias legislativas en materia de recursos naturales y ambiente, que antes de la reforma se discutían alcanzándose poco nivel de consenso. El segundo, sumándose a una reivindicación mucho más fuerte y previa de las provincias patagónicas, la reivindicación provincial sobre los recursos marítimos sobre los que las normas nacionales habían avanzado quitando poder de decisión, de legislación y de recaudación a las provincias. Respecto a la legislación nacional, se entendió que es facultad del legislador nacional y del gobierno federal en pleno la fijación de la extensión del mar territorial y los demás espacios marítimos por formar parte de la determinación de los límites nacionales y de la aprobación de tratados internacionales a la época ya existentes. Pero, a la vez, se compartía la idea de que dicha facultad no importaba apropiarse por parte del gobierno federal del territorio o los recursos

definidos.

Precisamente, por no contar con tantos antecedentes normativos ni dogmáticos uniformes respecto a los conceptos dominio eminente y dominio originario, sobre la hora de votar este texto se propuso usar el término dominio originario para estar en sintonía con el texto nacional, pero propusimos mantener la diferenciación en tanto y en cuanto, de entenderse con contenidos diferentes, la Provincia tendría garantizado el dominio originario por expresa disposición de la Constitución Nacional y continuaría reivindicando el eminente a partir de la declaración bajo comentario de la Constitución provincial.

El proyecto de Bonino y otros expresaba en su fundamento que también buscaba tomar posición sobre las interpretaciones disidentes en doctrina respecto a los poderes concurrentes y la facultad de legislar y ejercer el poder de policía sobre los recursos naturales por parte de las provincias. Decían esos fundamentos que “la discusión doctrinaria entre los poderes concurrentes y las leyes nacionales que, basadas en estos poderes, avasallan continuamente aquellos otros reservados nos deciden por incorporar expresamente esta reivindicación”.

Pero más significativo aún en relación al federalismo y su permanente alteración y debilitamiento a causa del sometimiento político de los estados provinciales al estado federal, que entiendo es una constante que en los últimos años se vio incrementada, es el párrafo que proseguía en la propuesta. Decía que “los convenios celebrados con la Nación en estas materias, en los que se ceda alguna de las potestades originadas en este artículo, deberán contar, para su autorización, con la mayoría de las dos terceras partes de cada cámara legislativa y estar en concordancia con los principios establecidos en esta Constitución”.

El párrafo menciona al ambiente en general y a los recursos naturales que lo integran en particular, tanto los que existen sobre el suelo, el subsuelo y el espacio aéreo. Pero también el texto reivindica el dominio sobre los espacios marítimos que se definan a nivel nacional por la vía de aceptación de convenios internacionales o leyes. De tal modo, se mencionan los espacios definidos en la ley 23.968. Apenas un tiempo antes, en noviembre de 1993, la Provincia había sancionado la ley 11.477 cuyo artículo primero dispone que la misma “ejercerá jurisdicción y dominio en sus aguas interiores y en el mar territorial adyacente a sus costas hasta la máxima distancia que la legislación

nacional atribuya como soberanía argentina, sin perjuicio de la competencia atribuida a la Nación para las materias específicamente delegadas e insertas en la Constitución Nacional”, como el caso de la navegación. El artículo 2, en tanto, asume atribuciones más allá de los espacios de soberanía argentina sobre recursos biológicos de carácter migratorio o aquellos que intervienen en la cadena trófica de las especies sujetas a su dominio. Este cambio legislativo, resultó una vuelta de página importante en materia de pesca y de reivindicaciones bonaerenses más allá del territorio terrestre ya que el Código Rural que regulaba la pesca con anterioridad, se limitaba a hacerlo sólo sobre aguas interiores (espacios rurales que obviamente eran el objeto de tu regulación). También en la práctica se avanzó más claramente en el aprovechamiento y control de la pesca en el ámbito rioplatense. Al respecto del Río de la Plata, luego de la reforma constitucional, también surge un cambio significativo con la sanción del Código de Aguas que prevé intervenciones provinciales sobre el mismo (art.8).

Sin mencionar el dominio eminente u originario, otros proyectos se orientaban a determinar a través de las leyes provinciales la política sobre los recursos, como el C/165/94 que imponía a la Legislatura garantizar la “exploración, extracción, comercialización e industrialización de los recursos no renovables” y reglamentar la preservación y utilización racional de los mismos asegurando que su explotación resulte útil a los intereses de la Provincia.

5) Imperativos del Estado provincial

El artículo 28 de la Constitución Provincial, también establece obligaciones para la Provincia como en el segundo párrafo del artículo 41 se fijan para las autoridades (nacionales, provinciales o municipales). El mandato constitucional provincial dispone que:

“En materia ecológica (la Provincia) deberá preservar, recuperar y conservar los recursos naturales, renovables y no renovables del territorio de la Provincia; planificar el aprovechamiento racional de los mismos; controlar el impacto ambiental de todas las actividades que perjudiquen al ecosistema; promover acciones que eviten la contaminación del aire, agua y suelo; prohibir el ingreso en el territorio de residuos tóxicos o radiactivos; y garantizar el derecho a solicitar y

recibir la adecuada información y a participar en la defensa del ambiente, de los recursos naturales y culturales.

Asimismo, asegurará políticas de conservación y recuperación de la calidad del agua, aire y suelo compatible con la exigencia de mantener su integridad física y su capacidad productiva, y el resguardo de áreas de importancia ecológica, de la flora y la fauna”.

Se trata de mandatos principalmente dirigidos a los poderes estatales y que, como en el caso de la norma nacional, involucran a los poderes y respectivos órganos y funcionarios del legislativo, ejecutivo, provincial y organismos de control.

Como surge claro del texto, la norma provincial detalla cuestiones importantes respecto a las disposiciones del artículo 41. Se refiere específicamente a cada recurso en particular (agua, suelo y aire y la biodiversidad). En relación a estos recursos, pone el acento en la contaminación pero suma la conservación y recuperación como mandatos que luego han tenido también desarrollo legislativo con el Código de Aguas que en su artículo 105 ya menciona la remediación como una obligación estatal que puede dar origen a la acción de repetición de los gastos demandados contra los responsables de los mismos. También es importante citar la ley 14.343 de pasivos ambientales que pueden abarcar espacios terrícolas o acuáticos, que si bien hemos criticado (Pastorino, XXX) se inspira en el mismo loable objetivo de poner en práctica el mandato constitucional que brega por la recuperación de los espacios contaminados o regresivos.

También en materias de aguas, es interesante rescatar un proyecto que propiciaba la creación de cuencas hídricas regionales, provinciales e interprovinciales con participación de entidades vecinales (C/180/94).

La prohibición de ingresar residuos tóxicos o radioactivos tenía una especial importancia política en la época por la iniciativa de permitir el repositorio de Gastre, en Chubut. Se acababa de sancionar a nivel nacional la ley 24.051 de residuos peligrosos y de reglamentarla y dicha reglamentación parecía dejar la puerta entreabierta a dicha iniciativa gubernamental. Por tal motivo, el tema fue expresamente planteado en la Constitución Nacional pero también muchas provincias, como la de Buenos Aires, se hicieron eco. Como demostración del interés especial por esta cuestión cito un proyecto del convencional Jorge González que exclusivamente proponía declarar a todo el territorio provincial libre de contaminación tóxica, radiactiva y nuclear (C/9/94). El

proyecto C/120/94, se refería, además, a la prohibición de hacer pruebas nucleares. El C/32/94 prohibía en todo el territorio de la provincia ensayos o experiencias nucleares de cualquier índole con fines bélicos ni generarse energía a partir de fuentes nucleares. Todavía con mayores detalles se presentó el proyecto C/334/94.

También es importante mencionar la expresa referencia a los impactos ambientales que el obrar humano causa. Previa a la reforma, la ley 11.459 ya había establecido un mecanismo de evaluación, auditoría y control para aquellos impactos provenientes de la actividad industrial. Apenas sancionada la Constitución Provincial, otra importante ley, la general del ambiente, 11.723 “conforme al artículo 28 de la Constitución”, reglamenta el procedimiento de impacto ambiental para todas las actividades. Pero lo que resulta de mayor trascendencia, a mi entender, es que mientras estas leyes diseñan los procedimientos de impacto como mecanismos multidisciplinarios y participativos para predecir y adoptar decisiones *ex ante*, es decir, desarrollando el principio de prevención del derecho ambiental, el texto constitucional amplía la esfera al usar la palabra “controlar”. El controlar implica tener en cuenta antes, predecir, pero también seguir el desarrollo de las actividades autorizadas para que se adecúen a lo proyectado y también controlar cualquier efecto adverso previsto o no que cumpliendo o por incumplir lo proyectado se pueda constatar. Es decir, si bien la Constitución parece estar admitiendo la autorización de actividades que en definitiva usando del ambiente y los recursos pueden causar perjuicios, impone una actitud permanente de monitoreo y vigilancia, una gestión activa que se manifieste en un verdadero gobierno del territorio y no en el imperio del *laissez faire, laissez passer*.

El principio preventivo está también manifestado en el mandato de planificar el aprovechamiento racional de los recursos, verdadero cambio de actitud de las sociedades en general con respecto al ambiente y sus componentes. Cambio que, no obstante, cuesta manifestar en una nueva cultura de la relación y del comportamiento. En materia legislativa se va plasmando en el imperativo de ordenar ambientalmente el territorio, en el caso de la Provincia, el mecanismo ya está esbozado en la antes citada ley 11.723. También la planificación surge de la concepción de nuevas legislaciones y constitución de nuevos organismos específicos que se inspiren en estas premisas.

Tanto un sistema de control previo de las actividades como la distribución equilibrada de la urbanización fueron propuestas del proyecto de los convencionales

Germano y Larraburu (C/241/94).

Respecto a los términos preservar, conservar y recuperar, ya he señalado (Pastorino, 2005) los alcances diferentes de cada uno que muchas veces se mencionan como un continuo o sinónimo. Se trata de técnicas diferentes vinculadas con la protección y la gestión ambiental que podrán priorizarse en un caso o en otro según la situación a encarar.

La concepción de que el ambiente conforma un valor colectivo, que sus recursos trascienden el interés individual o estatal para convertirse en un conjunto de elementos constitutivos de una totalidad esencial y única siempre mucho más valiosa que los elementos que individualmente la constituyen, se ve plasmada en la recepción de la trilogía derecho subjetivo, derecho a la participación y derecho a la información. Participar en la defensa o protección del ambiente significa que la gente tiene sobre ellos derechos por integrar el conjunto humano que sólo existe gracias a la existencia de un ambiente sano. El ambiente sano es presupuesto de la vida en el planeta. Los recursos naturales no son meros objetos estratégicos para el desarrollo nacional o provincial en términos económicos, sino que son esenciales para la continuidad de la sociedad en su conjunto en términos vitales.

Párrafo aparte y cuenta más que pendiente es el referido derecho a solicitar pero sobre todo a recibir la “adecuada” información. La obligación de informar desde el Estado a sus ciudadanos y la rendición de cuentas permanente por la gestión de la cosa pública es un principio republicano esencial que, por ende, debería ser práctica y demanda permanente desde la adopción del sistema republicano en la Constitución Nacional de 1853. Notamos, sin embargo, que en materia ambiental existe una tendencia aún mayor a separar la información de proyectos, de mediciones, de controles efectuados de la sociedad que cada vez más demanda conocer dichos datos. También notamos que se requiere sofisticar los mecanismos de pedido de información y que se ha transitado, luego de las reformas constitucionales de 1994, por una verdadera lucha por el derecho a informarse con reticencias de estados provinciales, municipales y nacional que parecen avalar la hipótesis de la autodefensa. Se torna imperativo que los ciudadanos hagan de este derecho un ejercicio cotidiano y que los abogados usen cada vez más las leyes a su disposición como las nacionales 25.675 y 25.831. Esta última, siendo de presupuestos mínimos de protección ambiental, rige en el ámbito provincial y

municipal y supera la norma provincial 12.475, porque expresamente dispone que “para acceder a la información ambiental no será necesario acreditar razones ni interés determinado” (art.3).

El último mandato referido al resguardo de áreas de importancia ecológica, de la flora y la fauna tiene una importancia significativa ya que la ley nacional 22.351 define las tierras de parques y reservas “nacionales” como del dominio público, ampliando el listado del artículo 2340 del Código Civil que enumera los bienes pertenecientes a esta categoría, pero al referirse exclusivamente a las áreas nacionales, dejó fuera del dominio público a las áreas protegidas provinciales (Pastorino, 2011).

Un proyecto se presentó con éste como único tema a incorporar por la reforma. Pedía considerar la “creación de parques provinciales para la preservación de toda la flora y la fauna de todo el territorio bonaerense, dejando al Poder Legislativo lo referente a la legislación y reglamentación de este proyecto (C/138/94).

En relación a su exclusión por las normas nacionales del dominio público, se propuso que las reservas no queden sujetas a enajenación y/o transacción alguna (C/165/94).

6) Daño ambiental

El quinto párrafo del artículo 28 resulta por lo más interesante ya que, sin entrar en definiciones del derecho común respecto al daño, impone una obligación que complementa el mandato de la Constitución Nacional en la materia. Dispone:

“Toda persona física o jurídica cuya acción u omisión pueda degradar el ambiente está obligada a tomar todas las precauciones para evitarlo”.

El párrafo tiene antecedente en una propuesta convencionales del Frente Grande (C/120/94). Pero este proyecto incluía el texto que casi literalmente se reprodujo en el artículo 28, aunque también agregaba una fórmula insuficiente respecto al daño al ambiente que no lo visualizaba como una hipótesis específica y típica, sino que proponía su reparación conforme el derecho civil.

La importancia del agregado constitucional provincial en materia de daños tiene que ver centralmente con la conceptualización del daño ambiental como una hipótesis autónoma regida por el principio de prevención. En materia ambiental, lo importante es

evitar el daño. Los constituyentes nacionales, al fundamentar el mandato de recomponer se explayaron sobre esta cuestión dejando claro que primero hay que evitar, si el daño se produce, cesar y finalmente recomponer. Pero el texto provincial explicita esta cuestión y además introduce un mandato que no es exclusivamente de Poder de Policía, es decir, que no está condicionado por la preexistencia de normas que impongan tareas concretas sino que, inspirado en la filosofía ambiental de Jonas, apela a una autoimposición de conductas a favor del ambiente.

También ya he señalado (Pastorino, 2005) que no debe interpretarse el texto bonaerense avalando la responsabilidad subjetiva, sino adoptando una formulación similar a la del principio 7 de la Carta de Estocolmo que impone a los Estados “tomar todas las medidas posibles para evitar la contaminación de los mares” en cumplimiento del mandato preventivo. Por esta redacción se impone un deber activo adicional de cuidado, exigible aún cuando el daño no se hubiera manifestado.

Si a esto se suma lo dicho respecto al mandato a las autoridades provinciales y municipales de controlar los impactos ambientales, se está fortaleciendo el sistema de responsabilidad ambiental al recalcar la responsabilidad de los órganos estatales por mal ejercicio de sus funciones de habilitación y Poder de Policía.

La cláusula en comentario también debe interpretarse complementando la disposición del artículo 902 del Código Civil y sus concordantes, especialmente interesantes a la hora de evaluar la responsabilidad en el sistema de dicho Código y el nexo causal. Así, si el artículo 902 dispone que cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor será la obligación que resulte de las consecuencias posibles de los hechos, es obvio que un mandato que obliga a tomar “todas las precauciones”, impone el mayor nivel de obligación posible. *Ad impossibilia nemo tenetur*.

En igual sentido puede decirse que cuando el artículo 1074 del Código Civil exige la existencia de una ley que imponga una obligación para responsabilizar por omisión, la norma del artículo 28 está cumpliendo con ese requisito en lo más alto del sistema legislativo provincial.

7) Educación ambiental

Fuera del artículo 28 la cuestión ambiental se retoma al normar el sistema educativo y sus postulados. Así el artículo 200 prescribe:

“La prestación del servicio educativo, se realizará a través del sistema educativo provincial, constituido por las unidades funcionales creadas al efecto y que abarcarán los distintos niveles y modalidades de la educación.

La legislación de base del sistema educativo provincial se ajustará a los principios siguientes:

- 1- La educación pública de gestión oficial es gratuita en todos los niveles.
- 2- La educación es obligatoria en el nivel general básico.
- 3- El sistema educativo garantizará una calidad educativa equitativa que enfatice el acervo cultural y la protección y preservación del medio ambiente, reafirmando la identidad bonaerense”.

La educación ambiental se propuso en los proyectos (C/20/94 y C/362/94).

8) El ambiente y los municipios

Lamentablemente, la reforma terminó sin cerrar el ansiado capítulo vinculado con la autonomía municipal. Los bonaerenses contamos con la paradoja de tener un sistema municipal completamente inconstitucional porque ante la negativa a aprobar este capítulo las fuerzas que formaron la mayoría al cierre de los debates constituyentes (PJ y MODIN) la Provincia no cumple con la Constitución Nacional que manda a las constituciones provinciales asegurar la autonomía institucional a los municipios.

En este sentido, el proyecto C/32/94 otorgaba a los municipios la facultad de “ejercer el poder de policía referido al ambiente y a los recursos naturales de acuerdo a las leyes que sobre la materia dicte la Legislatura provincial. Estas leyes deberán observar en lo referido al ejercicio del poder de policía, los principios de prelación municipal y de asistencia provincial”. Es decir, se optaba por el principio de localidad, por el cual es la autoridad local del territorio donde se manifiesta el fenómeno a controlar la que se prioriza sobre una autoridad provincial superior pero con sede más lejana, lo que acepta también el principio de inmediatez que prioriza otorgar el poder de policía a la autoridad más cercana. Pero tomando nota de que los municipios pueden no estar del todo capacitados humana o materialmente, se proponía la asistencia provincial.

BIBLIOGRAFÍA

Cenicacelaya, María de las Nieves, La protección del medio ambiente en las nuevas constituciones provinciales, *Protección del medio ambiente*, Universidad Nacional de La Plata, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Secretaría Departamental de Investigación Científica, La Plata, 1992, p.33.

Pastorino, Leonardo Fabio, *El daño al ambiente*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2005.

- *Derecho agrario nacional*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2da. edición actualizada, 2011.