

Aportes para la reforma de la Constitución de la Provincia de Santa Fe en materia ambiental

El presente documento ha sido confeccionado por M. Valeria Berros, Rafael Colombo y Natalia Barrilis, con la colaboración de Agustina Lassaga, Rodrigo Peiteado, Lucrecia Sforza, Gisela Drewanz y Dabel Leandro Franco, integrantes del Proyecto de Investigación “Meulen: renovación de aportes jurídicos sobre el problema ecológico” aprobado por Resolución CS N°48/17 de la Universidad Nacional del Litoral, bajo la dirección de M. Valeria Berros y en ejecución en el Centro de Investigaciones en Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales - UNL.

Con el apoyo de la Asociación Civil sin fines de lucro “Capibara. Naturaleza, Derecho y Sociedad”
Personería Jurídica Nro. 777-2014.

Índice

I. Introducción y materiales para el análisis.

II. Derecho comparado en el espacio jurídico internacional, *soft law* y desarrollos constitucionales y legales en países de América Latina.

II.1. Derecho Internacional y *Soft Law*.

II.2. Derecho constitucional: las experiencias de la República del Ecuador y del Estado Plurinacional de Bolivia.

II.3. Derecho sub-nacional comparado.

III. Interpretación eco-céntrica de la cláusula ambiental de la Constitución Nacional argentina.

III.1. Los debates constituyentes: el sesgo antropocentrista.

III.2. Los debates constituyentes en torno al reconocimiento de los pueblos indígenas y su relación con el derecho ambiental.

III.3. Constitución, pueblos indígenas y su relación con la cuestión ambiental y la diversidad biológica.

IV.- Estado Ambiental de Derecho: necesidad de adecuación de la reforma a los mandatos de normas nacionales.

IV.1. Competencias ambientales: complementariedad.

IV.2. Contenido Federal en la Ley General del Ambiente: evaluación de impacto ambiental, acceso a la información, participación ciudadana.

IV.3. Mecanismos de tutela de derechos: amparo ambiental.

V.- Propuesta de cláusula constitucional y diseños institucionales para la Provincia de Santa Fe.

I. Introducción y materiales para el análisis.

Como material complementario a los párrafos que siguen - que ha sido la base para nuestro estudio comparado previo y necesario para confeccionar esta contribución - se adjunta en Anexo I una recopilación de los textos constitucionales correspondientes a las veintitrés provincias argentinas en las que se identifican las normas relativas al derecho ambiental, el derecho de los pueblos indígenas y la regulación sobre competencias ambientales en materia de recursos naturales.

II. Derecho comparado en el espacio jurídico internacional, *soft law* y desarrollos constitucionales y legales en países de América Latina.

En los párrafos que siguen se efectúa una descripción y análisis de derecho internacional, *soft law* y derecho latinoamericano comparado a los efectos de, por una parte, demostrar el avance que han tenido las tendencias más progresistas y eco-céntricas en materia ambiental en los últimos años así como identificar las relecturas imprescindibles y necesarias que pueden desarrollarse en relación a nuestro derecho vigente. Esta tarea es fundamental porque visibiliza cómo se está dejando atrás la idea de regular los recursos naturales como cosas a explotar o como un conjunto de bienes a proteger para pasar a enfocarse en el valor intrínseco del mundo natural.

En primer término se hace alusión al Convenio sobre Diversidad Biológica, luego a una serie de documentos de *soft law* pertenecientes a la iniciativa “Armonía con la Naturaleza” de Naciones Unidas, a diferentes declaraciones internacionales y resultado de foros y encuentros relevantes, así como a la Encíclica “Laudato Si”, valioso documento que da cuenta de la crisis ecológica contemporánea y de la necesidad de actuar de manera urgente cambiando nuestra mirada y relación a la naturaleza.

II.1. Derecho Internacional y *Soft Law*.

El **Convenio sobre Diversidad Biológica** (en adelante CDB) fue firmado en junio de 1992 en la ciudad de Río de Janeiro, Brasil, con entrada en vigor desde diciembre de 1993, sancionado por el Congreso de la Nación Argentina en septiembre de 1994 y promulgado por el Poder Ejecutivo de la Nación en octubre del mismo año como Ley N° 24.375. Como se observa, la entrada en vigencia del CDB en nuestro ordenamiento jurídico nacional comienza apenas inmediatamente

después de finalizados los debates de la última reforma constitucional nacional y su correspondiente sanción.

Como se sabe, luego de la reforma de 1994, la redacción del artículo 75 inciso 22 produjo no solo una nueva configuración sobre el estatus de los tratados y concordatos internacionales que ha influido en forma decisiva sobre la jerarquía de los tratados de derechos humanos, sino también fue el resultado de intensos intercambios en el seno de los debates constituyentes sobre temas como la relación entre el derecho interno y el derecho internacional (debate que en nuestros días se ha visto re-actualizado a partir del fallo de la CSJN “Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ Informe sentencia dictada en el caso *Fontevicchia y D'Amico vs. Argentina* por la Corte Interamericana de Derechos Humanos”).

El CDB no posee jerarquía constitucional al no ser considerado como “tratado de derechos humanos” puesto que su objeto de regulación es, precisamente, la diversidad biológica, siendo por tanto un convenio sobre “lo no humano”¹. Sin embargo, no caben dudas de que posee “jerarquía superior a las leyes”, conforme lo establece la última parte del primer párrafo del artículo 75 inciso 22².

Ante esto cabe afirmar que el CDB, aunque sujeto al control de constitucionalidad propio del derecho interno (el cual, por otra parte, hasta el día de la fecha no ha sido seriamente cuestionado), está en diálogo directo con nuestra Constitución Nacional pues permite interpretar la noción de diversidad biológica establecida en el artículo 41 como parte del plexo normativo nacional e internacional. Claramente, el CDB provee una línea directa de comunicación para nuestro sistema de derecho interno acerca del significado y alcance de la diversidad biológica. Cabe señalar sin embargo, que existen otras formas de entender este significado que pueden explorarse en los debates constituyentes, en los despachos de minoría, en los diccionarios académicos y científicos, es decir, en fuentes que bien podrían ser consideradas como *soft law*³.

¹ El denominado “ecocidio”, en tanto forma de equiparación con la noción de “genocidio” (y también de homicidio), propia de los crímenes contra la humanidad y entendido como aquellas acciones u omisiones que masivamente dañan, degradan, destruyen y/o contaminan el ecosistema, ha sido una de las formas elegidas para vincular el ambiente con los derechos humanos aunque desde una perspectiva antropocéntrica pues uno de los principales objetivos de la tipificación y sanción del ecocidio es la protección de los derechos humanos. Ver al respecto Guével, Didier, *Diversidad jurídica y diversidad biológica*, Revista de Derecho Ambiental Nro. 74, 2016: 12.

² Ver: Gelli, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*. Buenos Aires. La Ley. Tomo II, 2012: 219-221, Sagués, Néstor Pedro, *Manual de Derecho Constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 2017: 136-145.

³ Ver al respecto, Mazuelos Bellidos, Ángeles, *Soft law: ¿mucho ruido y pocas nueces?* en: Revista

La definición que provee el CDB es derecho vigente con naturaleza supra-legal e infra-constitucional. Sin ir más lejos, la Ley Nacional Nro. 25.675 sancionada y promulgada en noviembre de 2002, más conocida como ley “Política General Ambiental” o “LGA” continúa con la senda jurídica constitucional y convencional y se refiere expresamente a la diversidad biológica en sus artículos 1 y 2: “*La presente ley establece los presupuestos mínimos para el logro de una gestión sustentable y adecuada del ambiente, la **preservación y protección de la diversidad biológica** y la implementación del desarrollo sustentable*” (art.1), “*La política ambiental nacional deberá cumplir los siguientes objetivos: (...) f) **Asegurar la conservación de la diversidad biológica;***” (art. 2).

La “preservación”, “protección” y “conservación” de la diversidad biológica aparece como un dato insoslayable de la política ambiental argentina. Sin embargo, la LGA no señala qué debe entenderse por “diversidad biológica” como así tampoco precisa muchas otras palabras cuyo significado es objeto de reiteradas controversias interpretativas.

En consecuencia, de las tres clases de fuentes normativas referidas a la diversidad biológica, las cuales - de mayor a menor jerarquía - se estructuran desde la Constitución Nacional, el CDB y la LGA, solo una de ellas nos proporciona una definición que nos permite aproximarnos a su significado. Sin embargo, como veremos a continuación, la definición que brinda el CDB no clausura un debate sino que, por el contrario, abre otros que sin lugar a dudas son esenciales para entender el estado de la cuestión sobre el estatuto jurídico de la naturaleza y la posibilidad cierta de interpretar desde el paradigma eco-céntrico el artículo 41 de la Constitución Nacional, en consonancia con las experiencias constitucionales de países de América del Sur y ya expandido hacia otros países.

Concretamente, el artículo 2 del CDB, que refiere a los términos utilizados en el texto convencional, afirma: “*Por "**diversidad biológica**" se entiende la variabilidad de organismos vivos de cualquier fuente, incluidos, entre otras cosas, los ecosistemas terrestres y marinos y otros ecosistemas acuáticos y los complejos ecológicos de los que forman parte; comprende la diversidad dentro de cada especie, entre las especies y de los ecosistemas*”.

La definición es lo suficientemente amplia para comprender cualquier forma de vida no humana y humana. Como afirma Kemelmajer de Carlucci, refiriéndose al CDB, “*el término biodiversidad recoge todos los tipos y variedades en que la vida se manifiesta, ordenándolos en tres*

*niveles de organización: ecosistema, especies y genes. La diversidad biológica entonces, es la variedad de la vida en todas sus formas, niveles y combinaciones: plantas, animales, microorganismos, ecosistemas y procesos ecológicos de los que aquéllos forman parte*⁴.

Con la presente definición y su posterior interpretación por parte de la doctrina, se produce un equilibrio entre el primer y el segundo párrafo del artículo 41 de la Constitución Nacional. El primer párrafo de dicho artículo posee el sesgo propio del antropocentrismo que fue la posición mayoritaria - aunque no excluyente - en los debates constituyentes de 1994. Sin embargo, las opiniones minoritarias que pensaban el derecho al ambiente más allá del límite y las necesidades humanas encuentran un correlato en el CDB que viene a expandir y pluralizar las formas de entender este derecho que es, al mismo tiempo, una forma alternativa de entender la compleja relación entre Naturaleza/Sociedad y Naturaleza/Cultura, ambas dicotomías gestadas desde la filosofía moral, política y jurídica del iluminismo y el discurso científico moderno⁵, que han viajado culturalmente hacia nuestros países a principios del siglo XIX y han influido en la redacción de nuestros diseños normativos en materia de derecho constitucional, civil, comercial, agrario, minero, que regularon de manera directa e indirecta la cuestión ambiental hasta hace pocas décadas mientras el derecho ambiental consolidaba sus propias herramientas y principios.

Antes de continuar con el análisis del artículo, nos interesa regresar sobre el preámbulo del CDB, que entendemos posee valor normativo y proyección hermenéutica sobre todo el Convenio⁶. Allí, apenas se inicia su lectura, se identifican una serie de consideraciones que entendemos como esenciales a los fines del presente escrito, algunas de las cuales transcribimos seguidamente: “*Las Partes Contratantes, (...) Conscientes del **valor intrínseco de la diversidad biológica** y de los valores ecológicos, genéticos, sociales, económicos, científicos, educativos, culturales, recreativos y estéticos de la diversidad biológica y sus componentes; (...) Afirmando que **la conservación de la***

⁴ Kemelmajer de Carlucci, Aída, *Diversidad biológica y diversidad jurídica. Visión argentina* en: Revista de Derecho Ambiental Nro. 47, 2016: 21. Puede consultarse también: Peyrano, Jorge, *La tutela procesal de la biodiversidad* en: Revista de Derecho Ambiental Nro. 47, 2016: 41-45; Parellada, Carlos, *Responsabilidad civil y biodiversidad* en: Revista de Derecho Ambiental Nro. 47, 2016, 75-76; Puerta de Chacón, Alicia, *Biodiversidad y propiedad*, en: Revista de Derecho Ambiental Nro. 47, 2016: 100-101; Rosatti, Horacio, *Tratado de derecho constitucional*, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, T.I. 2010: 488.

⁵ Santos, Boaventura de Sousa: *Crítica de La razón indolente. Contra el desperdicio de la experiencia*, Editorial Desclée de Brouwer, Bilbao, 2003: 59-74, 94-95.

⁶ Esta postura encuentra su fundamento en el texto de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que posee jerarquía superior a las leyes luego de su ratificación en 1972 por medio de la Ley N° 19.865, y que afirma en su artículo 31 que, a los fines de interpretar un tratado, se tendrá en cuenta - entre otros aspectos - su preámbulo. Ver al respecto: Corriente Córdoba, José: *Valoración jurídica de los preámbulos en los tratados internacionales*, Ediciones Universidad de Navarra SA, Pamplona. 1973. En el derecho argentino, sobre el valor jurídico del preámbulo de nuestra Constitución Nacional, ver Rosatti: 2010, T.I, 135-136.

diversidad biológica es interés común de toda la humanidad, (...) Preocupadas por la considerable reducción de la diversidad biológica como consecuencia de determinadas actividades humanas (...)”

En primer lugar, reconocer el valor intrínseco de la diversidad biológica produce una ruptura con las formas de entender el ambiente, la naturaleza, los ecosistemas como un instrumento objetivado al servicio indiscriminado del desarrollo humano. El “valor intrínseco” o “inherente” de la diversidad biológica y, en particular, de todas las formas de vida y existencia no humanas adquiere de esta manera un reconocimiento similar al “imperativo categórico”⁷ kantiano establecido para los seres humanos y también para la noción de estado⁸. De esta manera, la diversidad biológica es un *fin en sí mismo* no susceptible de objetivación, instrumentalización o mediatización alguna. La ética de la esencia y acción humana se traslada, entonces, a una ética de la esencia y acción de la naturaleza.

Por otra parte, considerar la diversidad biológica como un interés común de la humanidad viene a ratificar el carácter difuso y colectivo - y al mismo tiempo solidario - de los derechos que la integran como así también del trabajo que deben llevar a cabo los Estados Partes, no solo al interior de sus propias jurisdicciones sino entre sí fortaleciendo lazos de cooperación, en razón de que el daño que se produce sobre la biodiversidad es un daño que afecta a toda la humanidad. Al mismo tiempo, da cuenta de cómo diseñar e implementar respuestas a fenómenos de escala e impacto global desde las esferas nacionales y locales.

⁷ Para entender esta expresión, tenemos volver sobre la obra de Immanuel Kant “Fundamentación de la metafísica de las costumbres”, publicada en 1785. Allí, Kant afirma que *“El imperativo categórico sería el que representase una acción por sí misma, sin referencia a ningún otro fin, como objetivamente necesaria (...) La acción es representada como buena en sí, esto es, como necesaria en una voluntad conforme en sí con la razón, como un principio de tal voluntad...”* Kant, Immanuel, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, Ediciones de Pedro Rosario Barbosa. Puerto Rico, 2007:25. Para comprender esto, es indispensable entender que la acción humana del imperativo categórico kantiano se justifica en sí misma independientemente del objetivo que persiga, más allá de las consecuencias que de ello se produzcan, sin condiciones, sin restricciones, sin especulaciones, *“... no se refiere a la materia de la acción” como la búsqueda de la felicidad en tanto propósito de los imperativos “hipotéticos”; si a “...la forma y al principio de donde ella sucede, y lo esencialmente bueno de la acción consiste en el ánimo que a ella se lleva, sea el éxito el que fuere”*. Ello lo califica como *“imperativo de la moralidad”* Kant, op.cit, 2007: 31. La fórmula finalmente esbozada es la siguiente: *“Obra de tal modo que la máxima de tu voluntad siempre pueda valer al mismo tiempo como principio de una legislación universal”* Kant, op.cit, 2007: 35. Pocos páginas más adelante, enunciará otra máxima pero a modo de imperativo práctico: *“Obra de tal modo que uses la humanidad, tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro, siempre como un fin al mismo tiempo y nunca solamente como un medio”* Kant, op.cit, 2007. 42.

⁸ El estado kantiano no aspira al bienestar o a la felicidad de sus ciudadanos *“... sino que se entiende un estado de máxima concordancia entre la constitución y los principios jurídicos, estado al que la razón nos obliga a aspirar a través de un imperativo categórico”* Kant, Immanuel, *La metafísica de las costumbres*, Tecnos, Madrid, 1989: 149.

La tercera parte del preámbulo transcripto expresa, ya en 1992, el daño estructural producido por los seres humanos sobre la naturaleza y la diversidad biológica. Sin ir más lejos, buena parte de los autores citados en este escrito refieren a similares procesos recurriendo a la literatura científica o a los fundamentos de resoluciones, informes, cartas y demás documentos internacionales especializados⁹, como así también textos que provienen de la biología de la conservación¹⁰.

Continuando con el CDB, el mismo nos proporciona, en el artículo 2 referido, otras definiciones que nos ayudan a profundizar las obligaciones del estado argentino como Estado Parte de la Convención. Nos referimos a la noción de “ecosistema” y “hábitat”. En relación al primero, se lo entiende como un “...complejo dinámico de comunidades vegetales, animales y de microorganismos y su medio no viviente que interactúan como una unidad funcional. En relación al segundo, se lo entiende como “...el lugar o tipo de ambiente en el que existen naturalmente un organismo o una población”. Seguidamente, en su artículo 6, el CDB establece una serie de obligaciones positivas sobre “Medidas generales a los efectos de la conservación y la utilización sostenible”, al afirmar que cada Estado Parte “...a) Elaborará estrategias, planes o programas nacionales para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica o adaptará para ese fin las estrategias, planes o programas existentes, que habrán de reflejar, entre otras cosas, las medidas establecidas en el presente convenio que sean pertinentes para la Parte Contratante interesada; y b) Integrará, en la medida de lo posible y según proceda, la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica en los planes, programas y políticas sectoriales o intersectoriales”.

Con estas disposiciones que recaen sobre las “estrategias”, “planes” “programas” de los tres poderes del estado, la incidencia sobre la diversidad biológica deja de ser un presupuesto teórico - aunque relevante - para el ordenamiento jurídico argentino, y se transforma y tiene su correlato en el rumbo de la política ambiental “sectorial” e “intersectorial” en todos sus niveles.

⁹ Ver: Guével, op.cit., 2016: 9; Kemelmajer: 2016, 22-23. op. cit.; Peyrano: 2016, 44. op. cit.; Abreu, Luciana, *Propiedad comunitaria indígena y derechos bioculturales. Aproximaciones al Código Civil y Comercial* en: Revista de Derecho Ambiental. Buenos Aires. Abeledo Perrot. 2017. N° 49. Págs. 224-234.

¹⁰ Galindo Leal, Carlos, *Ciencia de la Conservación en América Latina* en: Revista Interciencia Vol. 25. N° 3, Mayo- Junio 2000: 129-130; Giraudo, Alejandro, *Defaunación como consecuencia de las actividades humanas en la llanera del chacho argentino* en: El Chacho sin bosques: la pampa o el desierto del futuro (Morello J. y Rodriguez A., editores), Orientación Gráfica Editora, Buenos Aires, 2009: 317-320, Lavilla, Esteban, *Economía, educación y conservación: el costo de nuestra ignorancia* en: Revista Natura Neotropicalis. Vol. 1. N° 33, 2002: 95-98.

Además de lo expresado respecto del valor intrínseco reconocido a la diversidad biológica a nivel convencional, es importante destacar una **serie de documentos de soft law** que, en los últimos años han hecho referencia al reconocimiento de la naturaleza como sujeto dotado de valor intrínseco y, por tanto, como sujeto de derecho. En ese sentido, es importante mencionar la **Resolución N° 63/278 de Naciones Unidas** que, en 2009 y a iniciativa de Bolivia, fijó el día 22 de abril como Día Internacional de la Madre Tierra. A ella siguieron una serie de resoluciones que conciernen a la vida en “armonía con la naturaleza” (N°64/196 de 2009, N°65/164 de 2010, N°66/204 de 2011, N°67/214 de 2012, N°68/216 de 2013, N° 69/224 de 2014, N°70/208 de 2015, N° 71/232 de 2016).

A estas resoluciones pueden sumarse un conjunto de importantes declaraciones y proyectos internacionales entre los que destacamos: (i) el proyecto de una **Declaración Universal de Derechos de la Madre Tierra** y, en particular, el reciente proyecto por una **Declaración Internacional por el Derecho de los Ríos**, (ii) el Documento Final de la Conferencia de Naciones Unidas sobre Desarrollo Sustentable que tuvo lugar en la ciudad de Rio de Janeiro titulado **El futuro que queremos** en cuyo párrafo Nro. 39 establece: “*Reconocemos que el planeta Tierra y sus ecosistemas son nuestro hogar y que “Madre Tierra” es una expresión común en muchos países y regiones, y observamos que algunos países reconocen los derechos de la naturaleza en el contexto de la promoción del desarrollo sostenible. Estamos convencidos de que, para lograr un justo equilibrio entre las necesidades económicas, sociales y ambientales de las generaciones presentes y futuras, es necesario promover la armonía con la naturaleza*”; (iii) la **Declaración Universal de los Derechos de la Madre Tierra** aprobada por 35.000 personas en el marco de la Conferencia Mundial de los Pueblos sobre el Cambio Climático y los Derechos de la Madre Tierra en abril de 2010 en Tiquipaya, Cochabamba, Bolivia; (iv) la **Declaración del Foro Alternativo Mundial del Agua** desarrollado en 2012 en Marseille, Francia, que afirmó el reconocimiento de los derechos de los ecosistemas y especies a su existencia, desarrollo, reproducción y perpetuación; (v) las **resoluciones de la IUCN** resultado del *World Conservation Congress* (Hawaii, United States of America) concernientes a los crímenes contra el ambiente (Res. 078/2016) y al derecho de la humanidad a un ambiente sano (Res.089/2016)

Cabe agregar que, en 2015, fue publicada la reconocida **Encíclica Laudato Sí. Sobre el Cuidado de la Casa Común** redactada por el Papa Francisco, colocando este tema en un espacio central de la agenda eclesial mundial y más allá de esta institución. Esto se vio acompañado de una serie de intervenciones del Papa Francisco en diferentes países e instancias en las que se colocó en un primer plano la necesidad de abordar el problema ecológico y de hacerlo de manera urgente debido a la escasez de tiempo que nos queda para dar un giro a un planeta en franca extinción.

Existe una multiplicidad de maneras de dar lectura a la Encíclica “Laudato Si” dado que se trata de un texto plurifacético en el que se anudan una serie de debates y perspectivas contemporáneas que trascienden el ámbito religioso. Desde una perspectiva weberiana el texto, entendido como un discurso religioso, proyecta una imagen del mundo en el que actualmente vivimos y advierte sobre la necesidad de cambiar el “régimen de vida” entre lo humano y lo no humano, entre naturaleza y sociedad. Otra lectura de la Encíclica nos permite identificar los aportes que ella realiza sobre el campo jurídico, en particular, con el derecho ambiental a partir de la discusión sobre el estatuto legal de la naturaleza.

En ambos sentidos, Francisco advierte - en sintonía con las nuevas respuestas que se comienzan a construir respecto del problema ecológico y que se desmarcan del antropocentrismo - que *“no basta pensar en las distintas especies sólo como eventuales «recursos» explotables, olvidando que tienen un valor en sí mismas. Cada año desaparecen miles de especies vegetales y animales que ya no podremos conocer, que nuestros hijos ya no podrán ver, pérdidas para siempre. La inmensa mayoría se extinguen por razones que tienen que ver con alguna acción humana. Por nuestra causa, miles de especies ya no darán gloria a Dios con su existencia ni podrán comunicarnos su propio mensaje. No tenemos derecho”* (parágrafo nro. 33)

También sostiene el Sumo Pontífice que *“A la vez que podemos hacer un uso responsable de las cosas, estamos llamados a reconocer que los demás seres vivos tienen un valor propio ante Dios y, «por su simple existencia, lo bendicen y le dan gloria», porque el Señor se regocija en sus obras (cf. Sal 104,31). Precisamente por su dignidad única y por estar dotado de inteligencia, el ser humano está llamado a respetar lo creado con sus leyes internas, ya que «por la sabiduría el Señor fundó la tierra » (Pr 3,19). Hoy la Iglesia no dice simplemente que las demás criaturas están completamente subordinadas al bien del ser humano, como si no tuvieran un valor en sí mismas y nosotros pudiéramos disponer de ellas a voluntad... Las distintas criaturas, queridas en su ser propio, reflejan, cada una a su manera, un rayo de la sabiduría y de la bondad infinitas de Dios. Por esto, el hombre debe respetar la bondad propia de cada criatura para evitar un uso desordenado de las cosas»* (parágrafo 69). A ello agrega Francisco que *“sería equivocado pensar que los demás seres vivos deban ser considerados como meros objetos sometidos a la arbitraria dominación humana... La visión que consolida la arbitrariedad del más fuerte ha propiciado inmensas desigualdades, injusticias y violencia para la mayoría de la humanidad, porque los recursos pasan a ser del primero que llega o del que tiene más poder: el ganador se lleva todo...”* (Parágrafo 82). Estas citas son meramente ilustrativas de un conjunto de argumentos, todos conducentes a plantear la necesidad de un cambio no sólo urgente sino profundo sobre el vínculo

entre naturaleza y sociedad y, en este cambio, el derecho puede asumir un rol medular siempre que, en paralelo a la generación de normas, se identifique una preocupación por su efectividad.

II.2. Derecho constitucional: las experiencias de la República del Ecuador y del Estado Plurinacional de Bolivia.

Las recientes reformas constitucionales y legales en Bolivia y Ecuador han reconocido a la naturaleza como sujeto de derecho y este reconocimiento se articula con las ideas de *sumak kawsay* (buen vivir), *suma qamaña* (vivir bien) en un ensayo por recuperar cosmovisiones indígenas heterogéneas y diversas en las que se intenta construir una relación más armónica con la naturaleza, a la que se refiere en términos de *Pachamama* y Madre Tierra.

El primer caso en el que se reconoce a la naturaleza en tanto sujeto de derecho es la **Constitución del Ecuador de 2008**. En la Constitución del Ecuador, luego de afirmarse que la naturaleza será sujeto de los derechos que la Constitución le reconozca (art. 10) se establece un apartado completo, el Capítulo Séptimo titulado “Derechos de la Naturaleza”, que comienza con la siguiente disposición: “*La naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos*” (art. 71). A esta fórmula, que alude directamente a los derechos al respeto de la existencia y al mantenimiento y regeneración - a lo que sigue el derecho de restauración previsto por el art. 72 - se agregan normas que determinan una amplia legitimación: toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad puede exigir a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos reconocidos a la naturaleza.

En el caso de la **Constitución del Estado Plurinacional de Bolivia** si bien el texto constitucional no realiza un reconocimiento explícito, sí lo efectúa de manera implícita dado que la Madre Tierra como sujeto legal es parte del Vivir Bien que atraviesa toda la Constitución boliviana. Luego, en Bolivia, se enlazan la **Ley de Derechos de la Madre Tierra Nro 071**¹¹ de 2010 y la **Ley Marco de la Madre Tierra y Desarrollo Integral para Vivir Bien Nro 300** de 2012. En la norma de 2010 se conceptúa a la Madre Tierra como el “*sistema viviente dinámico conformado por la comunidad indivisible de todos los sistemas de vida y los seres vivos, interrelacionados, interdependientes y complementarios, que comparten un destino común*” (art. 3) seguido lo cual se enumeran un conjunto de derechos y principios. Entre los derechos se reconoce el derecho a la vida,

¹¹ Inspirado en esta norma boliviana, en Argentina, desde el año 2015, a instancias del senador Fernando Pino Solanas, se encuentra en debate un proyecto de ley en la Cámara de Senadores del Honorable Congreso de la Nación, inspirado en la legislación boliviana de 2010 previamente referida, que brega por un reconocimiento de los derechos de la naturaleza (Expte nro. 2506/15).

a la diversidad de la vida, al agua, al aire limpio, al equilibrio, a la restauración y a vivir libre de contaminación (art. 7) y entre los principios se alude a los siguientes: “1. *Armonía. Las actividades humanas, en el marco de la pluralidad y la diversidad, deben lograr equilibrios dinámicos con los ciclos y procesos inherentes a la Madre Tierra;* 2. *Bien Colectivo. El interés de la sociedad, en el marco de los derechos de la Madre Tierra, prevalece en toda actividad humana y por sobre cualquier derecho adquirido;* 3. *Garantía de regeneración de la Madre Tierra. El Estado en sus diferentes niveles y la sociedad, en armonía con el interés común, deben garantizar las condiciones necesarias para que los diversos sistemas de vida de la Madre Tierra puedan absorber daños, adaptarse a las perturbaciones, y regenerarse sin alterar significativamente sus características de estructura y funcionalidad, reconociendo que los sistemas de vida tienen límites en su capacidad de regenerarse, y que la humanidad tienen límites en su capacidad de revertir sus acciones;* 4. *Respeto y defensa de los Derechos de la Madre Tierra. El Estado y cualquier persona individual o colectiva respetan, protegen y garantizan los derechos de la Madre Tierra para el Vivir Bien de las generaciones actuales y las futuras;* 5. *No mercantilización. Por el que no pueden ser mercantilizados los sistemas de vida, ni los procesos que sustentan, ni formar parte del patrimonio privado de nadie;* 6. *Interculturalidad. El ejercicio de los derechos de la Madre Tierra requiere del reconocimiento, recuperación, respeto, protección, y diálogo de la diversidad de sentires, valores, saberes, conocimientos, prácticas, habilidades, trascendencias, transformaciones, ciencias, tecnologías y normas, de todas las culturas del mundo que buscan convivir en armonía con la naturaleza”* (art. 2 Ley Derechos de la Madre Tierra N°071/2010).

También la Ley Marco de la Madre Tierra y Desarrollo Integral para Vivir Bien N°300 efectúa una enumeración de principios (art. 4). Entre estos últimos aparecen algunas cuestiones interesantes. Por una parte, se plantea la desmercantilización de lo vivo, lo cual se aleja de algunos parámetros arraigados para pensar la protección de lo no humano y las ideas de progreso y desarrollo. Por la otra, se explicita una cierta desconfianza en la ciencia como única manera de producir conocimiento. Se ilumina la necesidad de diálogo entre la diversidad de valores, conocimientos, sentires, ciencias, saberes, prácticas, habilidades, trascendencias, tecnologías, normas, transformaciones de las culturas del mundo en la búsqueda de una vida armónica con la naturaleza.

II.3. Derecho sub-nacional comparado.

En el derecho interno de los países ha comenzado a proliferar el reconocimiento de la naturaleza en tanto sujeto de derecho. Asimismo, se han elaborado proyectos de ley que apuntan a ese mismo objetivo, tanto a nivel nacional como local y, en este último caso, ha sido exitoso en

diversas localidades y estados sub-nacionales, entre los que destacamos los siguientes: Constitución de la Ciudad de México (art. 13), Constitución del Estado de Guerrero en México (art. 12), diversas localidades de Estados Unidos (entre ellas: Baldwin, Broadview Heights, Forest Hills, Halifax, Mahanoy, Mora County, Mountain Lake Park, Newfield, Nottingham, Pittsburgh, Santa Monica, Tamaqua, West Homestead, Yellow Spring).

III.- Interpretación eco-céntrica de la cláusula ambiental de la Constitución Nacional argentina.

En el presente apartado, vamos a proponer una interpretación alternativa del **artículo 41 de la Constitución Nacional** referido al *derecho a un ambiente sano*. Para ello, vamos a recuperar una expresión que presenta una “aparente irrelevancia”, en el sentido planteado por Carlos Nino que refiere a la supuesta superfluidad de la Constitución (y en este caso, de un artículo en particular) “*para el razonamiento práctico que pretenda justificar una acción o decisión*”¹².

Concretamente, vamos a partir del segundo párrafo del artículo 41 que ordena a “las autoridades” de los tres poderes del estado la preservación de la diversidad biológica y del patrimonio natural como una estrategia que intentará equilibrar la perspectiva antropocéntrica que se desprende del primer párrafo del artículo citado¹³. De acuerdo a M. Valeria Berros, el antropocentrismo es la mirada desde la cual se suelen construir las reflexiones sobre la cuestión ambiental: “*Esto último puede constituirse como una de las razones por las que permanece periférico y poco estudiado el proceso de reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derecho*”.¹⁴ Sin embargo, y como se señala a continuación, existen otras maneras de aproximarse al contenido del derecho ambiental y del artículo 41 en particular.

III.1. Los debates constituyentes: el sesgo antropocentrista.

¹² Nino, Carlos, *Fundamentos de derecho constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 2013: 14.

¹³ Artículo 41 CN: “*Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley. Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales. Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquéllas alteren las jurisdicciones locales. Se prohíbe el ingreso al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos, y de los radiactivos*”.

¹⁴ Berros, M. Valeria. Ponencia en el XI Congreso Argentino de Antropología Social: *Trama de construcciones de significado al interior del campo legal: cosas, ambiente, naturaleza, seres sensibles, Madre Tierra, Pachamama*, UNR, Rosario, Argentina, 23 al 26 de julio de 2014.

En los debates de la reforma constitucional de 1994 que giraron en torno a la redacción definitiva del artículo 41 actualmente vigente, la mayoría de los convencionales privilegiaron una lectura antropocéntrica del derecho a un ambiente sano a partir de interrogantes utilitaristas como los formulados por la Convencional de la Provincia de Mendoza, Teresa Peltier: “¿Para qué queremos mantener y conservar el ambiente que nos rodea? ¿Para qué queremos el desarrollo sustentable si no es para beneficiar a las generaciones futuras que van a usufructuarlo y usarlo?” (Debates de la Convención Nacional Constituyente, 1994: 1612).

La cita de la convencional constituyente responde a estos interrogantes posicionando al “hombre como centro”, minimizando la noción de “hombre como parte del entorno”: “*El hombre es el elemento principal y no uno más del entorno ambiental. Por eso, en el despacho que hemos suscripto, expresamos textualmente que todos los habitantes de la Nación tienen derecho a disfrutar de una vida saludable en armonía con el ambiente, así como el deber de conservarlo para el desarrollo de la persona, cuya existencia comienza desde la concepción... ¿Y por qué en este tema? Porque el único tema habilitado para esta reforma es precisamente lo que establece el artículo 3° de la ley 24.309. Teníamos la posibilidad de incorporarlo a través de otros dos: por un lado, la preservación del medio ambiente, entendiendo que el hombre es el centro del ambiente, es su condicionante y su condicionador y, por lo tanto, su presencia es indispensable. Porque precisamente quien ha producido el deterioro del ambiente es la actividad indiscriminada del ser humano... En ese momento se manifiesta la identidad genética de ese nuevo ser, que será único e irrepetible en toda la humanidad, nazca donde nazca y en las condiciones en que nazca. Todo lo que ocurra con posterioridad de este momento es la posibilidad del desarrollo. Probablemente necesite del seno materno, porque no tiene posibilidades de desarrollarse afuera. Ha habido algunos experimentos, pero la naturaleza indica que tiene que ser ahí. Además, ése es un ambiente que entendemos que hay que proteger. Porque este nuevo ser humano que ha generado una nueva identidad genética, que no será igual a ningún otro, tiene derecho a nacer con vida*” (Debates de la Convención Nacional Constituyente, 1994: 1613).

Por su parte, el convencional por la provincia de Salta, Ennio Pedro Pontussi amplía los argumentos de su par Peltier al introducir la discusión sobre el comienzo de la existencia de la persona humana: “*No nos confundamos; el hombre es el destinatario de toda esta preocupación que nos puede llamar a engaño, ya que nos puede confundir que haya personas que particularmente se preocupen por la defensa de algunos animales o de las plantas; pero el fondo de la cuestión es la defensa del ser humano. No creo en la preocupación de algunas personas muy conocidas en el mundo con respecto a los ‘bebés foca’, justamente cuando en la legislación de su*

país existe la posibilidad del aborto. Antes, se lo permitía hasta los tres meses de gestación, pero hubo un político francés que durante su campaña electoral prometió que cuando él fuera presidente ese período de tres meses se ampliaría a cuatro. ¡Todo un adelanto para la humanidad!” (Debates de la Convención Nacional Constituyente, 1994: 1686).

Seguidamente, el mismo convencional postula una forma de entendimiento del mundo que puede ser “teocéntrica” o “antropocéntrica” más no “chivocéntrica” o “monocéntrica”: *“Esto de que el hombre no es el centro de la naturaleza sino sólo un elemento más del ecosistema no resiste el menor análisis y ya fue suficientemente rebatido. Según las creencias, o tenemos un concepto teocéntrico de la cuestión o uno antropocéntrico, pero no “chivocéntrico” o “monocéntrico”. Acá el hombre juega un rol importantísimo y es a quien debemos defender”* (Debates de la Convención Nacional Constituyente, 1994: 1688).

El convencional por la Provincia de Buenos Aires, José Luis Nuñez, respalda las posturas precedentes situando al “hombre como centro de la creación”: *“Cuando ayer hablaba el señor convencional Schroder no pude menos que alarmarme porque, si no interpreté mal, asimilaba al hombre a cualquier otro elemento del ecúmene humano. Según su apreciación, con algunas diferencias leves, el hombre es un poco más que una ameba o que algún otro elemento más evolucionado. Por el contrario, nosotros sostenemos, fundamentalmente, que el hombre es el centro de la creación y todo debe ser hecho para su disfrute y goce y en convergencia hacia él”* (Debates de la Convención Nacional Constituyente, 1994: 1677).

Como consecuencia de este tipo de perspectivas, el primer párrafo del artículo 41 traduce una concepción sobre cómo proteger el ambiente y la naturaleza dependiente de las necesidades y el desarrollo humano, más no como un fin en sí mismo. Claramente, aquí el ambiente es un *“...ámbito material apropiable, destinado al exclusivo servicio del hombre, tal como un objeto lo puede estar de un sujeto que es su propietario”*¹⁵. Se privilegió lo que Rosatti denominó como *“...el principio de superioridad del hombre sobre todo lo creado”*¹⁶.

Minoritariamente, dos convencionales intentaron ampliar el debate postulando al hombre como una parte más del entorno. Es el caso, primero, del convencional por la Provincia de Buenos Aires, Juan Schroder, otrora militante ambientalista, quien afirmó: *“El humano no es el eje de los ecosistemas, sino que es una parte más”* (Debates de la Convención Nacional Constituyente, 1994: 1627).

¹⁵ Rosatti, op. cit. T.I. 2010: 483.

¹⁶ *Ibídem.*

Por su parte, una de las intervenciones que más se anticipó a la tendencia contemporánea emanada de algunos países del Cono Sur al desmarcarse explícitamente del sesgo antropocéntrico imperante en los debates constituyentes, fue la del convencional por la provincia de Corrientes, Gustavo Revidatti, quien sostuvo: “¿Por qué hablamos sólo del desarrollo humano? ¿Por qué este egoísmo? ¿Por qué queremos que el ambiente sea sólo para los hombres y nos olvidamos de los demás? (...) Necesitamos un ambiente sano, equilibrado y adecuado para toda la creación. No queremos que se preserve a las ballenas para que las generaciones futuras tengan aceite; queremos cuidar a las ballenas porque tienen derecho a vivir. Queremos que, como el sabio, todos podamos decir cuando hay un insecto en nuestra ventana: en el mundo hay lugar para los dos. Por ello, nuestra primera observación está referida a la limitación injustificada que se ha puesto con respecto a la protección del ambiente” (Debates de la Convención Nacional Constituyente, 1994: 1684)¹⁷.

Al mismo tiempo, en el primer párrafo adquiere cierta relevancia la cuestión ambiental en el debate constitucional asociada al paradigma del *desarrollo sostenible*, fruto de su consagración en instrumentos internacionales de diversa clase (incluso, como hemos visto, en el CDB). Sin ir más lejos, Rosatti afirmó al respecto - en un escrito inmediatamente posterior a la reforma - lo siguiente: “El objetivo del constituyente no ha sido otro que el de sostener la vida de las generaciones presentes y futuras, apelando para ello al criterio de la utilización racional de los recursos naturales, de específico desarrollo doctrinario. Este parámetro no debe ser interpretado con criterio solamente impeditivo, sino como un límite racional y razonable de la actividad productiva, en un contexto que valore el desarrollo económico como llave del progreso de los pueblos. Esta es la perspectiva de equilibrio que, a partir del progreso de la conciencia ambientalista en el mundo, se conoce con el nombre de ‘desarrollo sostenible’ o ‘desarrollo sustentador’”¹⁸

Al respecto, desde hace algunos años, la noción de “desarrollo sostenible” ha sido cuestionada no solo por la larga serie de inconsistencias teóricas que en su interior posee sino también por ser considerada una construcción occidental universalista, hegemónica y liberal, propia de un sistema económico capitalista que fomenta nuevas formas de colonialismo y que se

¹⁷ Para un exhaustivo análisis de estos debates ver: *¿20 años no es nada? Un estudio de los debates constituyentes de 1994 sobre ambiente y patrimonio cultural*. Autoría colectiva del Proyecto de Investigación “Codex Humano. normas, tecnologías y programas para el gobierno de lo vivo” en: Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Nueva Época. Ediciones UNL. Santa Fe, 2014: 65-82.

¹⁸ Rosatti, Horacio, *Status constitucional de los pueblos indígenas argentinos*, en: Rosatti, Horacio; Barra, Rodolfo; Quiroga Lavie, Humberto; Masnatta, Héctor y otros: *La reforma de la constitución explicada por miembros de la comisión de redacción*. Rubinzal Culzoni Editores. Santa Fe. 1994: 191-202. Más recientemente Rosatti, op. cit., 2010: 496-500.

manifiesta como incompatible ante la coexistencia de promesas en conflicto que van desde la protección del medio ambiente y la biodiversidad hasta la utilización racional de los recursos naturales, el desarrollo económico y la lucha contra la pobreza.¹⁹

Ante estas y muchas otras objeciones sobre el “desarrollo sostenible”, han emergido nuevos diseños constitucionales, institucionales y legales que reconocen los derechos de la naturaleza y la Madre Tierra en países como Ecuador y Bolivia, las cuales han influido con posterioridad en diversas expresiones normativas no vinculantes (*soft-law*) producidas por organismos internacionales, muchas de las cuales han sido listadas en el apartado anterior. Claramente, los ordenamientos jurídicos de estos países latinoamericanos recuperan y proponen una mirada refundacional en la relación Naturaleza/Sociedad, a partir de influencias que nos retrotraen a las formas de pensar, sentir y actuar de las cosmovisiones ancestrales andinas, configurando con ello una nueva epistemología jurídica que penetra en los organismos internacionales afincados en América del Norte y Europa.

La perspectiva antropocéntrica con la que se ha ligado a la primera parte del artículo 41 de la Constitución Nacional puede ser revisada si se coloca la atención sobre el segundo párrafo, al introducirse la expresión “diversidad biológica”, lo que permite, en algunos casos, proponer una concepción diferente del ambiente, la naturaleza y su relación con los seres humanos.²⁰ Sin embargo, para lograr efectivamente una interpretación eco-céntrica debemos partir de la Constitución pero no quedarnos encerrados en su interior. Es necesario bucear en el derecho internacional, en el derecho interno y en la literatura científica y filosófica que, a la par de explicar problemas estructurales que pesan sobre la naturaleza en razón de la acción humana, proponen una lectura ética sobre todas las formas de vida no humanas atribuyéndole un valor en sí mismo, inherente, intrínseco, en suma: “un derecho a existir”.

Al momento de postular una interpretación general al artículo 41, Gelli refiere a la necesidad de esclarecer el significado de “ambiente”, “recursos naturales” y “diversidad biológica”. En cuanto al primer concepto, lo define como “...*el conjunto de elementos naturales o*

¹⁹ Haidar, Victoria & Berros, M. Valeria, *Hacia un abordaje multidimensional y multiescalar de la cuestión ecológica: la perspectiva del buen vivir* en: Revista Crítica de Ciências Sociais Nº 108 de la Universidad de Coimbra, Coimbra, 2015. (111-134)

²⁰ Es importante también señalar que, dentro de la doctrina del derecho ambiental, se han comenzado a ensayar otras posibles interpretaciones sobre este primer apartado del artículo 41 que se enfocan en el concepto de “habitante” que permitiría pensar no sólo en los “habitantes humanos” sino en todos los seres que habitan un territorio. En ese sentido, recientemente se ha manifestado el profesor Aníbal Falbo en su Conferencia “Daño Ambiental” en el marco de “Argentina y Ambiente 2017, III Congreso Nacional de Ciencia y Tecnología Ambiental”, 3 de agosto de 2017, Santa Fe.

transformados por la persona humana y creados por ella - la cultura, en suma - que permite el nacimiento y desarrollo de organismos vivos”; sobre los “recursos naturales” afirma que “...son los bienes de la naturaleza que aún no han sido modificados por la actividad de la persona humana y ésta emplea para su propia conservación y crecimiento”; entiende por “diversidad biológica” o genética a “...la pluralidad de organismos y sistemas vivos existentes en la naturaleza, y que enriquecen y preservan el conjunto en razón de su misma variedad. La protección de la diversidad biológica supone al conservación de las diferentes especies naturales a fin de evitar la denominada erosión biológica”²¹

Sin perjuicio de que las dos primeras definiciones se postulan sin ninguna clase de soporte técnico extra-jurídico o sin remisión alguna a los significados construidos sobre esas expresiones por parte de la literatura científica o por parte de los/as convencionales constituyentes durante los debates de 1994, nos interesa, a los fines del presente escrito, concentrarnos sobre la noción de diversidad biológica que es, finalmente, la única donde se identifican posibles simetrías entre el concepto aportado por Gelli y lo establecido por el Convenio sobre Diversidad Biológica y, correlativamente, por trabajos especializados de la doctrina jurídica nacional.²² Sin ir más lejos, recientemente Rosatti sostuvo que la *“preservación de la biodiversidad (...) permite plantear los matices”* en relación a aquellas concepciones que piensan el derecho al ambiente en razón de la salud o calidad de vida de los seres humanos. Es por ello que, de acuerdo a su interpretación, el “bien jurídico protegido” del artículo 41 es el equilibrio medioambiental asumido - en todo caso - como presupuesto de la calidad de vida humana: *“De modo que en nombre de cierta calidad humana no podría convalidarse (ni ética ni jurídicamente) el perjuicio al equilibrio medioambiental ni el menoscabo de la diversidad biológica”²³*

III.2. Los debates constituyentes en torno al reconocimiento de los pueblos indígenas y su relación con el derecho ambiental.

Otro punto que es imprescindible analizar en este apartado es el **artículo 75 inc. 17 de la Constitución Nacional reformada en 1994**. Previo a la reforma constitucional de 1994, algunas provincias argentinas comenzaron a dictar leyes en las que, en mayor o menos medida, comenzó a revisarse el tratamiento jurídico respecto a los pueblos indígenas: Formosa (1984), Salta (1986), Chaco (1987), Rio Negro (1988), Misiones (1989), Chubut (1991) y Santa Fe (1993) fueron las

²¹ Gelli, op. cit., T.1, 2012: 569.

²² En particular: Rosatti, Horacio, 2010, op. cit.; Guével. op. cit, Kemelmajer de Carlucci, op. cit., Peyrano, op. cit. Hernandez, Carlos, *Ambiente, biodiversidad y contrato (Reflexiones sobre el régimen jurídico argentino)* en: Revista de Derecho Ambiental Nro. 47, 2016.

²³ Rosatti, op. cit. T.1, 2010: 488.

provincias que revisaron el estatuto de las comunidades indígenas con el objeto de revertir una estrategia institucional y jurídica con más de cien años de historia, basada en el exterminio, desintegración, integración y/o conversión religiosa compulsiva y aislamiento.

Previo también a la reforma constitucional, el Congreso Nacional sanciona entre 1985 y 1992 dos leyes que reconocen los derechos de las comunidades indígenas: por una parte, la ley Nro. 23.302 de Protección de Comunidades Aborígenes y, por la otra, la ley Nro. 24.071 que aprueba el Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

A continuación realizamos algunos aportes que nos parecen relevantes para pensar en una reforma constitucional en la Provincia considerando dos grandes ejes: el primero dedicado a los entretelones de la discusión constitucional sobre la redacción del artículo 75 inc. 17. El segundo, focalizado en la estrecha vinculación entre ambiente, naturaleza y diversidad biológica y la noción de preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos. En ambos casos volveremos a examinar los debates constituyentes.

La Convención Constituyente de 1994 modifica el artículo 67 inciso 15 que asignaba al Congreso la responsabilidad de *“Proveer a la seguridad de las fronteras, conservar el trato pacífico con los indios y promover la conversión de ellos al catolicismo”*.

De acuerdo a Rosatti, *“El indio era asumido como un habitante marginal, tanto desde el punto de vista geográfico -era el que disputaba el territorio al hombre blanco- cuanto cultural -su elevación a la categoría de hombre blanco provendría del contacto pacífico y de su conversión a la religión dominante”*²⁴. La estrategia de la conversión compulsiva era evidente: *“Si la intención del constituyente originario era lograr la integración compulsiva por la cultura en lugar de las armas, la realidad marcó el reduccionismo cuantitativo de las comunidades aborígenes por la acción armada del hombre blanco y la consecuencia desintegración del universo indígena con relación al resto de la comunidad nacional. La segregación y el aislacionismo indígena se completaron con la imposibilidad de su inserción en el sistema económico impulsado por la Argentina constitucional”*²⁵.

²⁴ Rosatti, op. cit. 1994: 191. En este sentido, son muy significativas las palabras de Alberdi: *“A no ser por Europa, hoy América estaría adorando al sol, a los árboles, a las bestias...”*. Alberdi, Juan Bautista {1853}: *Bases y puntos de partida para la organización de la República Argentina*. Losada, Buenos Aires, 2007: 63.

²⁵ Rosatti, op. cit. 1994: 194-195. Claramente, la conversión al catolicismo era *“...incompatible con la intención del legislador pre-constituyente de garantizar la identidad étnica y cultural de los pueblos indígenas, que tienen en su religión propia un elementos sustantivo”*. Rosatti, op. cit., 1994: 200.

En rigor, las posibles alternativas para la cuestión indígena en la reforma de 1994 eran las siguientes: a) Derogación de la cláusula constitucional originaria, en particular, aquella que consagraba la conversión compulsiva al catolicismo; b) Considerar a los pueblos indígenas como una minoría dentro de la comunidad nacional; c) Garantizar la participación igualitaria en la vida nacional.

Como explica Rosatti, *“El tercer criterio, al que adherimos en nuestro proyecto de reforma y que finalmente aprobó la convención, es el que procura congeniar la identidad sociocultural del aborigen dentro de un contexto político de mayor escala. Es el intento de compatibilizar lo particular con lo general, lo singular con lo universal, en el convencimiento de que el pluralismo étnico enriquece la vitalidad de una nación en lugar de constituir un estorbo para su desarrollo”*²⁶.

Finalmente, reemplazando el viejo artículo 67 inc. 15, se redactó el nuevo - y actual- artículo 75 inciso 17, en el que se afirma que corresponde al Congreso: *“Reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos. Garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural; reconocer la personería jurídica de sus comunidades, y la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan; y regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; ninguna de ellas será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargos. Asegurar su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten. Las provincias pueden ejercer concurrentemente estas atribuciones”*.

Comentando los entretelones del debate constitucional, Rosatti señala que *“La reforma incorpora un criterio de integración participativa (no forzada ni coaccionada) de los indígenas a la vida nacional dentro de un marco de respeto de sus identidades étnicas y culturales, cuya preexistencia al Estado Nacional se admite explícitamente, constituyendo el fundamento socio-histórico-político del reconocimiento de ciertos derechos que, de otro modo, podrían considerarse como privilegios con relación al resto de la población nacional”*²⁷

A modo de síntesis, los derechos reconocidos en cuestión son los siguientes: a) Propiedad y posesión de las tierras que tradicionalmente habitan; b) Arraigo, garantizado por la inenajenabilidad, intransmisibilidad e inembargabilidad; c) Preservación de su identidad socio-cultural, que incluye el derecho a una educación bilingüe e intercultural y a la vigencia de sus

²⁶ Rosatti, op. cit., 1994: 198-199.

²⁷ Rosatti: op. cit., 1994: 200.

instituciones en la medida en que no se contradigan con las instituciones del estado; d) Expectativa de acceder a otras tierras aptas y suficientes para su desarrollo; e) Participación en la gestión de los intereses que les afectan, incluido los referidos a sus recursos naturales; f) Reconocimiento de la personería jurídica de sus comunidades.

Yendo a los debates constituyentes, buena parte de las intervenciones giraron en torno al reconocimiento de la *preexistencia étnica y cultural*, conforme se lee en el dictamen de la Comisión de Nuevos Derechos y Garantías: *“El fundamento para la interpretación del artículo propuesto está dado por el reconocimiento de la existencia de diferentes pueblos indígenas, con su propia identidad étnica y sus peculiares culturas, que conforman el carácter multiétnico y pluricultural de la Nación Argentina”* (Debates de la Convención Nacional Constituyente, 1994: 3837)

En primer lugar, en cuanto al debate sobre la utilización de la palabra “preexistentes” se discutió si en realidad la palabra correcta era pueblos “existentes”. Al respecto pueden sintetizarse tres posturas: la primera de ellas sostenía que es lo mismo la utilización de cualquiera de las dos expresiones puesto que no influía jurídicamente. Una segunda postura argumentó que la palabra existencia era la adecuada ya que las que “preexisten” son las provincias o los pactos “preexistentes” del preámbulo de la constitución originaria²⁸. De lo contrario, implicaría modificar la primera parte, lo cual estaba expresamente prohibido. La tercera postura, que terminó siendo la mayoritaria, es la que reconoce la “preexistencia” de los pueblos indígenas argentinos en razón de que se consideraba indispensable formular un reconocimiento simbólico e histórico de los pueblos y de su identidad.

Quien mejor explica la inclusión de la palabra “preexistencia” es el convencional por la provincia de Buenos Aires, Humberto Quiroga Lavie quien sostuvo: *“La preexistencia reconocida por el despacho de la comisión especializada es la que hace a la identidad histórica, étnica y cultural. Esta preexistencia, señor convencional, es un reconocimiento efectivamente simbólico que*

²⁸ Por su parte, la convencional por la provincia de Buenos Aires, María Cristina Vallejos, aclara esta situación entre la noción de preexistencia de las “provincias” y la noción de “preexistencia” de los pueblos indígenas: *“En primer lugar quiero aclarar que cuando nosotros discutimos este término en ningún caso y bajo ningún concepto imaginamos jamás ni creíamos que pudiera entenderse como una preexistencia institucional similar a las que tienen las provincias argentinas. Sí entendíamos que la formulación de preexistencia aplicada- como lo hicimos en nuestro dictamen en mayoría –a los pueblos indígenas constitutivos de la Nación Argentina se refería con toda claridad justamente a la necesidad de explicar porque estábamos dándoles a estos pueblos indígenas los derechos que a continuación garantizábamos o que decíamos que el Congreso debía garantizar. Nos parecía que era tan importante este término y el reconocimiento de la preexistencia de estos pueblos que por eso considerábamos – y lo discutimos muchísimo- que debía ser parte de nuestro dictamen de mayoría”* (Debates de la Convención Nacional Constituyente, 1994: 4240).

la comisión especializada ha considerado como un acto de carácter institucional que hace al reconocimiento histórico, étnico y cultural del poder constituyente como una satisfacción, una reparación sentida por el poder constituyente y manifestada por los presentes” (Debates de la Convención Nacional Constituyente, 1994: 4199).

Es interesante también la observación realizada por el convencional por la provincia de Misiones, Ricardo Roberto Biazzi, quien afirma: *“estamos encorsetados, creo, por categorías jurídicas tradicionales con las que solemos manejarnos en el diseño de estructuras institucionales... creo que estamos encorsetados también por las categorías de análisis socio-culturales o histórico-culturales con las que estudiamos la problemática aborígen” (Debates de la Convención Nacional Constituyente, 1994: 4211)*

Viviana Babbini, convencional por la provincia de Formosa, sostuvo que *“el sentido de la preexistencia que la comisión le dio, el derecho que tienen como pueblo preexistente y constituyente de la Nación Argentina y al decir constituyente estamos diciendo que la integra. Por lo tanto, el que la integre o pretende integrar esta Nación no va después en forma perversa a pretender desintegrarla” (Debates de la Convención Nacional Constituyente 1994, 4212)*

Yendo a los debates plenarios, la convencional por la Provincia de Salta, Ana María Vega de Terrones, refuerza la noción de preexistencia como reivindicación de derechos: *“Señor presidente: en nombre del bloque del Partido Renovador, manifiesto nuestra decisión de adherir a este dictamen que resume nuestra aspiración como bloque, de reivindicar los derechos de estos pueblos que, durante mucho tiempo, estuvieron postergados y que, por fin, hoy tienen la posibilidad de ser reconocidos en su integridad étnica y cultural” (Debates de la Convención Nacional Constituyente, 1994: 4040)*

Es para destacar también la intervención del convencional por la provincia de Mendoza, Rodolfo Díaz, quien argumenta que *“Porque atendiendo al hecho absolutamente incontestable de que nadie está discutiendo aquí que los pueblos indígenas preexisten, desde un punto de vista histórico, real y concreto, a la organización de la Nación, quiero destacar que el texto debe mantener el rigor que la actitud de los señores convencionales ha buscado a lo largo de todo el trabajo de comisiones. La Nación Argentina es una sociedad multiétnica y pluricultural; pero única, integrada e indivisible. Aquí no nos estamos refiriendo a las personas individuales de ningún habitante de la Nación Argentina, sea indígena, descendiente de criollos o de inmigrantes. Todos somos la Argentina. Todos, en forma individual, cualesquiera sean sus ancestros, tenemos los derechos individualmente reconocidos por la Constitución Nacional en todos y cada uno de los*

casos (...) Pero quiero hacer dos observaciones: la primera es que si vamos a hacer bien este reconocimiento, no tenemos que provocar ningún efecto jurídico que no queramos provocar. Y no sé si hay algún riesgo, pero hay que tenerlo presente. Y la segunda es que, personalmente, por lo que he hablado con los amigos indígenas que han estado acompañándonos desde el comienzo de la Convención, ellos como yo no aceptarán de ninguna manera que la Constitución Argentina diga que los pueblos indígenas no son parte constitutiva, histórica, esencial, eterna y para siempre igual que todos los demás comunidades de la Nación Argentina” (Debates de la Convención Nacional Constituyente, 1994: 4043-4044).

A su turno, la convencional por la Provincia de Chubut, Dora Rocha de Feldman, en una extensa intervención vuelve sobre algunas ideas centrales que nos interesa recuperar: *“Señor presidente, debemos agregar que en nuestro concepto el vocablo pueblo se corresponde con la idea de grupo étnico y un tipo de organización social que se conforma en torno a una identidad diferenciada y contrastiva, como un sistema que define las relaciones sociales entre los miembros del grupo y entre éstos y quienes no lo son. Nos hemos apoyado en este sentido en la definiciones de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU que en 1992 elaboró la Declaración de derechos de personas que pertenecen a minorías nacionales, étnicas, religiosas y lingüísticas y también en el Convenio 169 de la OIT y nuestra propia ley 24.071 que afirmaron el término pueblos como símil de poblaciones en función de definir en particular a una minoría acreedora de derechos históricos por haber sido víctima de invasiones, conquista y despojo territorial; minorías cuyos antepasados fueron sojuzgados contra su voluntad. Precisamente, de todo esto se trata, señor presidente porque nadie puede negar que los indígenas son una minoría -grupo, población, con características étnicas y culturales diferentes- con la que la Nación tiene una deuda histórica a saldar” (Debates de la Convención Nacional Constituyente, 1994: 4046- 4047)*

También son interesantes las palabras de la convencional por Capital Federal Eduardo Feliz Valdés sobre la relación entre diversidad cultural y pluralismo, criticando las clasificaciones jerárquicas: *“Felizmente, no existe una cultura universal y genérica sino culturas particulares y concretas, ni existe tampoco una jerarquía normativa única que justifique la clasificación entre culturas diferentes superiores sino al pluralismo de formas diversas” (Debates de la Convención Nacional Constituyente, 1994:7143)*

Finalmente, la presidenta de la Comisión de Nuevos Derechos y Garantías Elba Roulet también sostuvo que *“la noción de pueblos indígenas está vinculada a su carácter de preexistentes y a la permanencia de una identidad cultural que constituye sus raíces. La cultura es el modo de*

vida de un pueblo, fruto de su desarrollo histórico” (Debates de la Convención Nacional Constituyente, 1994:7146)

III.3. Constitución, pueblos indígenas y su relación con la cuestión ambiental y la diversidad biológica.

A continuación volveremos sobre intervenciones específicas que relacionan el reconocimiento de la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas con los derechos y garantías contenidos en el artículo 41 de la Constitución Nacional, nuevamente poniendo en diálogo la noción de diversidad biológica.

La convencional por la provincia de Salta, María Cristina Figueroa, es una de las primeras en relacionar el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas con la cuestión ambiental: *“Señor presidente: Siendo la Argentina un país pluriétnico y pluricultural, deviene necesario establecer reconocimiento constitucional a la protección del aborigen. El desmantelamiento de su territorio no solo ha provocado la desintegración de sus etnias sino también un importante daño ecológico que han provocado un profundo desequilibrio ambiental. La ley 23.302 reconoce este derecho, sin embargo la falta de reconocimiento constitucional retarda cuando no impide su efectiva materialización; la continuidad de su diversidad cultural enraiza directamente con el hecho de continuar viviendo en su tierra ancestral como comunidad. La propiedad de la tierra garantiza a los aborígenes la posibilidad de continuar preservando su acervo cultural, y al mismo tiempo asegura su integración no traumática y digna a la Nación Argentina” (Debates de la Convención Nacional Constituyente, 1994: 4044-4045)*

Es reveladora la intervención del convencional por la provincia de Santa Fe, Carlos Alberto Lorenzo, quien resalta la íntima relación que existe entre los pueblos indígenas y la naturaleza con un nivel de actualidad que hasta hoy nos interpela, en particular en relación a las experiencias ya mencionadas de Ecuador y Bolivia: *“Todo aquello que proviene de nuestros antepasados aborígenes y todo lo colonial es nuestro, y quizá nuestra falla está en no sentirlo y vivirlo como tal. No tomamos real conciencia de los bienes culturales que poseemos, nos negamos a reivindicar a nuestro antepasados nativos, de la misma manera que aún hoy somos incapaces de elegir razonablemente los elementos que intentan apoderarse de nuestra herencia cultural y entre los factores que hoy sorprenden al hombre actual, sobresale la consustanciación espiritual del indio y la madre naturaleza, su respeto reverencial a la misma, sirva como ejemplo, el hecho de que ese respeto no se fundó en un sentimentalismo, sino que fue fruto de una razón más práctica, al considerar que su vida estaba ligada inexorablemente a la vida de las plantas y los animales, ya*

que sin ellos es prácticamente imposible vivir (...) De todo esto, se desprende que, en definitiva es la tierra, el hábitat, el territorio como querramos llamarlo, lo que nos une e identifica como pueblo. Y es allí donde encontramos la hermandad de los aborígenes, pertenecientes a las distintas comunidades que nos precedieron en el uso y la propiedad de nuestros territorios. Esa hermandad que hoy nos parece algo natural y lógico, deviene de un desarrollo socio-cultural, que nos permita reconocer que son muchos más los elementos que unen culturalmente, que aquellos que hemos tratado de negar durante muchos años. Admitida la vinculación étnica, social, cultural y económica, resulta indispensable plasmarla en la Constitución Nacional” (Debates de la Convención Nacional Constituyente, 1994:7160)

Por su parte, la convencional por la provincia de Misiones Nilda Gómez de Marelli es, curiosamente, la única que realiza una expresa vinculación entre el CDB - aun no ratificado por Argentina - y las referencias que en ese texto existen a los pueblos indígenas: *“El Convenio sobre la Diversidad Biológica, firmado por los gobierno de los países miembros de las Naciones Unidas en junio de 1992 en Rio de Janeiro en su Preámbulo: Reconociendo la estrecha y tradicional dependencia de muchas comunidades locales y poblaciones indígenas que tienen sistemas de vida tradicionales basados en los recursos biológicos, y la conveniencia de compartir equitativamente los beneficios que se derivan de la utilización de los conocimientos tradicionales, las innovaciones y las prácticas pertinentes para la conservación de la diversidad biológica y la utilización sostenible de sus componentes” (Debates de la Convención Nacional Constituyente, 1994: 7176)*

En efecto, el preámbulo del CDB, al que ya nos referimos, reconoce *“...la estrecha y tradicional dependencia de muchas comunidades locales y poblaciones indígenas que tienen sistemas de vida tradicionales basados en los recursos biológicos, y la conveniencia de compartir equitativamente los beneficios que se derivan de la utilización de los conocimientos tradicionales, las innovaciones y las prácticas pertinentes para la conservación de la diversidad biológica y la utilización sostenible de sus componentes”.*

Seguidamente, el convencional por la provincia de Jujuy, José Carlos Fico seco, es quien referencia a la Pachamama y explicita la íntima relación que existe entre las creencias y destino de los pueblos indígenas y su cuidado: *“recordemos que para nosotros la tierra es sagrada, somos la gente de la tierra, la Tierra es nuestra Pachamama aquí en el Norte, la Mapu para los mapuches, pero en suma la Naturaleza toda. Entendiendo esto la mayoría de la comisión de Nuevos Derechos ha contemplado la participación nuestra en las decisiones para la utilización racional, administración y conservación de los recursos naturales, esto verdaderamente justo porque los pueblos originarios somos los que nunca depredamos y cuidamos celosamente nuestro hábitat*

porque nuestra existencia depende de ella, la Madre Naturaleza” (Debates de la Convención Nacional Constituyente, 1994:7168). En esta misma línea, recientemente en el Informe de la Fundación Ambiente y Recursos Naturales 2017, un interesante trabajo de Claudio Bertonatti remarca este carácter sagrado así como el vínculo entre la destrucción de ecosistemas y la destrucción de las deidades que se encuentran íntimamente interrelacionadas: “Existen muchas más deidades que las veneradas por los creyentes urbanos y rurales. Algunas moran en las montañas, llanuras, ríos, bosques, selvas, esteros y mares. Viven en ámbitos naturales y silvestres desde lo más añejo del poblamiento humano, acompañando mitos y leyendas ancestrales. Y existen desde el momento en que se las sigue nombrando y en quien las menciona o cree en ellas. Estos seres – que occidentalmente catalogamos como ‘sobrenaturales’ - son tan reales y naturales para las distintas culturas que los referencian como cualquiera de los distintos organismos (hongos, plantas, animales) para la ciencia”²⁹

En el mismo sentido, Elisa Carrió, convencional por la provincia de Chaco, sostuvo: *“Nunca se intentó descubrir la enorme riqueza humana y espiritual del pueblo indígena (...) Por otra parte el reconocimiento a su derecho a la tierra y a los recursos naturales que en ella existen respetando su modo de producción y explotación, responde a una comunicación característica de la cultura indígena que es su permanente relación con el mundo natural, su visión holística, es decir su íntima conexión con el mundo natural y su universo religioso. En efecto, los pueblos indígenas solo conciben su desarrollo desde sus parámetros étnicos, debiendo respetarse su territorialidad y el ordenamiento que las comunidades le han dado a las actividades productivas, de acuerdo a la forma armónica de relación con la naturaleza, un concepto que recién los occidentales comenzamos a advertir a fines del siglo XX con los conceptos de ecología y medio ambiente y calidad de vida” (Debates de la Convención Nacional Constituyente, 1994: 7177)*

Finalmente, destacamos la intervención del convencional por la provincia de Formosa, Florio Eleuterio Bogado, quien afirmó: *“Ya el mundo todo necesita aprender a vivir en armonía con la naturaleza, salir del consumismo suicida que está terminando con los recursos de vida, aprender el sentido cósmico que tiene los indígenas para que no sea talado el último bosque, para que no caigan los últimos animales silvestres para que no floten muertos los peces sobre las aguas contaminadas” (Debates de la Convención Nacional Constituyente, 1994: 7182).*

Este texto constitucional, así como parte de los aportes que fueron realizando los convencionales constituyentes, permiten observar cómo se reconoce en nuestra Carta Magna la

²⁹ Bertonatti, Claudio, *Los dioses viven y mueren con la naturaleza* en: Informe Fundación Ambiente y Recursos Naturales, 2017: 189.

diversidad de cosmovisiones existentes en nuestro territorio lo que, llevado al plano de una reforma constitucional provincial, también permite robustecer los fundamentos por los cuales es fácilmente defendible la idea de que la naturaleza pueda dejar de ser vista sólo como un conjunto de recursos a utilizar por parte del humano dado que existen otras maneras, traducidas constitucionalmente, de interpretar el vínculo entre naturaleza y sociedad.

IV.- Estado Ambiental de Derecho: necesidad de adecuación de la reforma a los mandatos de normas nacionales.

En este apartado haremos algunas consideraciones atinentes a las competencias que poseen las provincias para regular la cuestión ambiental, dado que por imperio del artículo 41 de la Constitución Nacional existen ciertas particularidades que deben ser tenidas en cuenta a la hora de reformar la Ley Suprema de la Provincia.

IV.1. Competencias ambientales: complementariedad.

Como bien es sabido, el sistema federal de gobierno conlleva la delegación de algunas competencias por parte de las Provincias al Estado Nacional y la reserva de todas las restantes. En este sentido, las *“relaciones de subordinación”* entre la nación y las provincias tienen su base normativa en los artículos 5, 31 y 128 de la Constitución Nacional, de donde surge que *“el orden jurídico federal tiene prelación por sobre los órdenes jurídicos provinciales”*³⁰

En materia ambiental, esta cuestión se encuentra regulada de manera expresa en el tercer párrafo del artículo 41 de la Constitución Nacional, en donde se establece que *“Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquéllas alteren las jurisdicciones locales.”* Es decir que, en lo que refiere a la regulación del ambiente, no existen materias delegadas o no delegadas, sino un sistema de complementariedad según el cual la Nación dicta las leyes de presupuestos mínimos y las Provincias, todas aquellas normas complementarias. *“El deslinde de competencias clásico del sistema federal que establece una delimitación de atribuciones otorgadas al gobierno central - a partir del principio de que lo no delegado queda reservado a las provincias- se ha modificado a favor del principio de complementación, de armonización de*

³⁰ Ekmekdjian, Miguel Ángel. *Manual de la Constitución Argentina*. 5ta. Edición. Editorial Depalma. Buenos Aires, 2002:341.

políticas conservacionistas, entre autoridades federales y las locales pero atribuyendo a legislación de base a la autoridad federal.”³¹

De este modo, asistimos a un “*federalismo ambiental*”³², que se traduce en la concurrencia de ambos ordenamientos jurídicos, correspondiendo a la nación el dictado de las leyes de presupuestos mínimos y a las provincias todas aquellas normas que las complementen, siempre que prevean un mayor o igual grado de protección que las nacionales³³. Es decir que el orden jurídico provincial sólo puede mantener o ampliar los contenidos de las leyes de presupuestos mínimos, ya que una vez dictada dicha normativa “*la competencia de las jurisdicciones locales deviene residual.*”³⁴

Luego, serán las provincias las encargadas de aplicar dichas leyes nacionales de presupuestos mínimos dictadas por la nación en cada una de sus jurisdicciones, respetándose así el imperativo contenido al final del párrafo citado (“*sin alterar las jurisdicciones locales*”). Asimismo, y en consonancia con esto, el artículo 7 de la Ley General del Ambiente determina la competencia de los tribunales ordinarios para entender en cualquier conflicto suscitado en su aplicación.

La doctrina y jurisprudencia mayoritaria coincidían en que la naturaleza de las Leyes de Presupuestos Mínimos es similar a la de los códigos de fondo. Por tal motivo, su interpretación era potestad de los Tribunales Superiores de cada provincia, quedando fuera de la órbita de la Corte Nacional por aplicación del art. 15 de la Ley 48, salvo casos de arbitrariedad en donde podía intervenir por vía de excepción.

Sin embargo, en un reciente fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “*Mamani, Agustín Pío y otros c/ Estado Provincial – Dirección Provincial de Políticas Ambientales y Recursos Naturales y la Empresa Cram S.A. s/ Recurso*” (AR/JUR/58492/2017), el máximo Tribunal nacional admite la revisión de las sentencias de los tribunales superiores provinciales, permitiendo así el Control de Complementariedad, a los efectos de ejercer el debido contralor sobre la aplicación de las leyes de presupuestos mínimos que considera de contenido federal.

³¹ Gelli, María Angélica. *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*. Tercera Edición Ampliada y Actualizada. Buenos Aires. La Ley. 2005: 453.

³² Quiroga Lavié, Humberto. *El Estado Ecológico de Derecho en la Constitución Nacional*. La Ley, 1996-B: 950.

³³ Ver Esaín, José. *El control de complementariedad en materia ambiental. Los presupuestos mínimos ambientales*. La Ley, 4 de octubre 2017 (1-8)

³⁴ Gelli, María Angélica op. cit., 2005:455.

Quiere decir que, si bien la aplicación de este tipo de leyes es competencia local y su interpretación corresponde a los tribunales provinciales, la Corte Nacional entiende que hay ciertos contenidos que son de índole federal (aunque ello no implica la competencia federal, por eso se trata de un sistema *híbrido*³⁵). Esto es así en virtud de la necesidad de unificar los criterios interpretativos y de velar por el efectivo cumplimiento de los presupuestos mínimos en todo el territorio nacional.

Por lo expuesto, se advierte que el camino que va transitando la jurisprudencia demuestra cada vez con mayor claridad que las provincias deben respetar los contenidos de las leyes de presupuestos mínimos, de la misma manera en que deben adecuar su normativa a la Constitución Nacional. En este sentido, para la reforma de la Constitución de la Provincia de Santa Fe se debe tener en cuenta este aspecto, para evitar contrariar los fines de las normas nacionales, las cuales son “*de aplicación directa y excluyente*”.³⁶

En este control de complementariedad, el juez que entiende en una causa ambiental debe, al momento de resolver, considerar la relación entre la norma nacional de Presupuestos Mínimos y la norma provincial, desaplicando la última en caso de que se verifique que no resulta complementaria de la primera. La consecuencia directa de esta nueva doctrina de la Corte es que las normas provinciales que se opongan a los pisos establecidos por leyes nacionales de presupuestos mínimos son anulables por vía de control de complementariedad.³⁷

Por otra parte y en consonancia con esto, el Código Civil y Comercial, vigente desde 01 de agosto de 2015, también trae una mención expresa a las leyes de presupuestos mínimos en su artículo 241: “*Jurisdicción. Cualquiera sea la jurisdicción en que se ejerzan los derechos, debe respetarse la normativa sobre presupuestos mínimos que resulte aplicable*”.

Además, en el artículo que le precede, se impone una limitación al ejercicio de los derechos individuales en favor de los derechos de incidencia colectiva, al regular una forma específica de abuso del derecho: “*Artículo 240 CCC: Límites al ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes. El ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes mencionados en las Secciones 1ª y 2ª debe ser compatible con los derechos de incidencia colectiva. Debe conformarse a las normas del derecho administrativo nacional y local dictadas en el interés público y no debe afectar el*

³⁵ Esain, op. cit.

³⁶ Falbo, Anibal. *Derecho Ambiental*. Editorial Platense. La Plata. 2009:97-99.

³⁷ Esain, op. cit.

funcionamiento ni la sustentabilidad de los ecosistemas de la flora, la fauna, la biodiversidad, el agua, los valores culturales, el paisaje, entre otros, según los criterios previstos en la ley especial”.

De esta manera, el Código se centra en el llamado “*paradigma ambiental*”, en donde según Lorenzetti “... *lo individual no tiene primacía y no rige la reciprocidad, ya que es un conflicto donde se afecta a un bien común. En estos casos los derechos subjetivos deben ser interpretados de modo tal que no conspiren contra el deterioro de tales bienes.*”³⁸

Todo este bloque normativo crea una base que Santa Fe no puede desconocer. La Provincia deberá construir su reforma constitucional adhiriéndose a las tendencias proteccionistas del ambiente y asegurando a sus habitantes los medios para hacer valer los derechos y garantías de los cuales gozan, respetando el plexo normativo nacional que impone pisos de protección insoslayables.

IV.2. Contenido Federal en la Ley General del Ambiente: evaluación de impacto ambiental, acceso a la información, participación ciudadana.

El fallo Mamani citado *ut supra* establece como contenido federal de la Ley General del Ambiente a la Evaluación de Impacto Ambiental y al Debido Proceso Legal Ambiental, que se compone de participación ciudadana (audiencias públicas) y acceso a la información.³⁹

El análisis pormenorizado de estos elementos excede el objeto del presente escrito. Sin embargo, debemos tener en cuenta que, siendo los mismos un imperativo del ordenamiento jurídico nacional que las provincias deben respetar, su inclusión expresa en el texto constitucional de nuestra provincia implicaría un avance en la regulación de la materia y una guía para toda otra norma que se dicte dentro del ámbito local.

IV.3. Mecanismos de tutela de derechos: amparo ambiental.

Otro aspecto neurálgico de la regulación ambiental es la creación de instrumentos y herramientas que permitan a los ciudadanos ejercer y proteger sus derechos. Además, en línea con lo desarrollado en los puntos anteriores, siendo que la naturaleza posee derechos, también se necesitan medios idóneos para activar los mecanismos de protección. “*El acceso a la justicia otorgado al ciudadano para cobijar este bien jurídico debe ser tal que logre el resultado de*

³⁸ Lorenzetti, Ricardo. *Teoría del Derecho Ambiental*. Buenos Aires, La Ley, 2008:05.

³⁹ Esaín, op. cit.

protegerlo con las características que ha sido reglado, y no con otras (...) Por lo tanto la inidoneidad del medio protector implicará una negatoria del efectivo acceso a la justicia.”⁴⁰

Deben crearse mecanismos integradores del Derecho de Fondo con el Procesal, a fin de proveer los remedios necesarios para lograr los fines propuestos en la legislación de fondo.⁴¹ *“Resulta prioritario darle instrumentos legales a los operadores jurídicos para que a través de ellos, puedan vencer los obstáculos, óbices, vallas, inconveniencias que presenta el desarrollo y consolidación en materia ambiental, en la búsqueda incesante de prevención del daño ambiental evitación del proceso contaminador y cesación de las afectaciones y/o perjuicios ambientales de la actividad polucionante”.*⁴²

La ley 25.675 regula algunos aspectos atinentes al proceso ambiental. Cabe recordar lo mencionado en el punto anterior en cuanto a la importancia de las leyes de presupuestos mínimos como piso que las provincias deben respetar como condición para la eficacia de sus normas. Si bien en “Mamani” no se menciona al amparo como elemento de contenido federal, entendemos que debe equiparárselo en cuanto a su importancia a la evaluación de impacto ambiental, el acceso a la información y la participación ciudadana. De otro modo, si no elevamos el amparo a la categoría de presupuesto mínimo con contenido federal estaremos limitando la eficacia de dicha vía procesal y, con ella, el efectivo acceso a la justicia.

Bien podría esgrimirse como argumento que las cuestiones procesales son materia reservada a las Provincias. Pero la realidad es que no hay ningún impedimento en establecer ciertas pautas procesales en normas nacionales, cuando estas últimas integran las disposiciones de la Constitución Nacional. *“La acción de amparo ambiental posee base en el artículo 43 primer y segundo párrafo de la Constitución y será entonces una acción de protección inmediata del derecho reglado en el artículo 41 (...) Pero además de esa norma la acción ha sido “integrada” por las nuevas disposiciones de la Ley 25.675 General del Ambiente.”*⁴³ Ya lo dijo la Corte Nacional en el fallo “Salas”⁴⁴, considerando 9: *“Que, por otro lado, la Ley General del Ambiente 25.675 ha instaurado un régimen jurídico integrado por disposiciones sustanciales y procesales*

⁴⁰ Esaín, José. *Las acciones ambientales en Derecho Argentino y Comparado*. En Manili, Pablo Luis. *Tratado de Derecho Procesal Constitucional Argentino, Comparado y Transnacional*. Tomo II. Buenos Aires. La Ley 2010: 174-175.

⁴¹ Müller, Enrique Carlos. *El perfil del Juez Ambiental. Sus facultades. La cuestión ambiental y el nuevo rol de la judicatura*. Revista de Derecho de Daños. Rubinzal Culzoni Editores. Santa Fe 2011: 171.

⁴² Cafferata, Néstor. *El tiempo y las cautelares en el Derecho Ambiental*. La Ley 23/02/2007 en Müller, op. cit.

⁴³ Esaín, op. cit. 2010: 193.

⁴⁴ Salas, Dino y otros c/ Salta, Provincia de y Estado Nacional s/ Amparo. 26 de marzo 2009, CSJN.

aplicables al caso, y que deben ser estrictamente cumplidos, resguardando y concretando así la vigencia del principio de legalidad que impone a ciudadanos y autoridades la total sujeción de sus actos a las previsiones contenidas en la ley”.

Quiere decir entonces que, para definir el piso que la Provincia debe respetar en su normativa local, se debe tener en cuenta lo dispuesto en los artículos 30⁴⁵ y 32⁴⁶ de la Ley General del Ambiente, considerándolos como parte integrante del artículo 43 primero y segundo párrafo de la Constitución Nacional⁴⁷. Lo expuesto para la defensa de los derechos reconocidos en el artículo 41 de dicho cuerpo legal. Además, es dable mencionar que los principios enunciados en la Ley 25.675 (verbigracia, Principio Precautorio, Principio Preventivo, Principio de Progresividad) juegan un rol importantísimo, ya que modifican la morfología del proceso ambiental, delineando su contorno.⁴⁸

De este modo, comenzaremos por mencionar un primer requisito que deben cumplir las normas que regulen proceso ambiental: el acceso irrestricto⁴⁹, el cual “*implica la eliminación de*

⁴⁵ Artículo 30 Ley 25.675: “*Producido el daño ambiental colectivo, tendrán legitimación para obtener la recomposición del ambiente dañado, el afectado, el Defensor del Pueblo y las asociaciones no gubernamentales de defensa ambiental, conforme lo prevé el artículo 43 de la Constitución Nacional, y el Estado nacional, provincial o municipal; asimismo, quedará legitimado para la acción de recomposición o de indemnización pertinente, la persona directamente damnificada por el hecho dañoso acaecido en su jurisdicción. Deducida demanda de daño ambiental colectivo por alguno de los titulares señalados, no podrán interponerla los restantes, lo que no obsta a su derecho a intervenir como terceros. Sin perjuicio de lo indicado precedentemente toda persona podrá solicitar, mediante acción de amparo, la cesación de actividades generadoras de daño ambiental colectivo.*”

⁴⁶ Artículo 32 Ley 25.675: “*La competencia judicial ambiental será la que corresponda a las reglas ordinarias de la competencia. El acceso a la jurisdicción por cuestiones ambientales no admitirá restricciones de ningún tipo o especie. El juez interviniente podrá disponer todas las medidas necesarias para ordenar, conducir o probar los hechos dañosos en el proceso, a fin de proteger efectivamente el interés general. Asimismo, en su Sentencia, de acuerdo a las reglas de la sana crítica, el juez podrá extender su fallo a cuestiones no sometidas expresamente su consideración por las partes. En cualquier estado del proceso, aun con carácter de medida precautoria, podrán solicitarse medidas de urgencia, aun sin audiencia de la parte contraria, prestando debida caución por los daños y perjuicios que pudieran producirse. El juez podrá, asimismo, disponerlas, sin petición de parte.*”

⁴⁷ Artículo 43 CN: “*Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva. Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización.*”

⁴⁸ Ver Esaín, op. cit. 2010.

⁴⁹ La norma del artículo “*El acceso a la jurisdicción por cuestiones ambientales no admitirá restricciones de ningún tipo o especie*”

*todos los obstáculos que pudieran haberse diseñado para otros tipos de procesos (...) la pura y lisa eliminación de todas las cargas económicas o procesales que pudieran haberse generado en el proceso clásico”.*⁵⁰

Otro aspecto destacable es el rol que la Ley de Política Ambiental le atribuye al juez que entienda en un proceso ambiental, otorgándole amplias facultades para *“ordenar, conducir o probar los hechos dañosos en el proceso, a fin de proteger efectivamente el interés general”*. El juez que interviene en un litigio ambiental no debe ser un juez pasivo, neutro. Muy por el contrario, tratándose de una pretensión que tiene como objeto un bien colectivo, debe bregar por su protección dirigiendo el proceso de la manera más eficiente. *“Es que la defensa del medio ambiente requiere de la participación activa de la judicatura. El juez debe actuar, en su plenitud, los poderes inherentes a la dirección material del proceso. Para la real vigencia de los derechos ambientales, los magistrados deben ejercitar dinámicamente todos los resortes que las leyes les confieran, dejando de lado concepciones obsoletas y buscando expandir el acceso a la justicia y los efectos de sus decisiones”.*⁵¹

Estas nuevas funciones del magistrado vienen a compensar, de algún modo, las diferencias que habitualmente existen entre ambas partes de un proceso ambiental. Por lo general, quienes inician las acciones son sujetos que se encuentran en inferioridad de condiciones económicas, técnicas, probatorias, etc. en comparación con los demandados. Mantener el equilibrio depende del juez: *“los nuevos derechos que están en juego no pueden protegerse a través del sistema clásico – tradicional- del proceso de dos partes, donde cada uno busca solucionar su problema particular: es necesario concebir tutelas adecuadas para que los titulares de tales intereses difusos – por ahora por organizados- puedan estar en pie de igualdad con su contraparte, los centros de poder político-económico”.*⁵²

Una herramienta para evitar estas disparidades entre las partes podría ser la utilización de las cargas probatorias dinámicas, recayendo sobre el demandado la carga de acreditar que su actividad no afecta el medio ambiente o la salud, disponiéndolo de oficio o a petición de parte. Otra, la creación de una presunción a favor del ambiente: cuando existan dudas respecto de la posibilidad de afección o no al ambiente por parte de una actividad (cualquiera sea) desplegada por un sujeto (entiéndanse comprendidos personas físicas o jurídicas), se resolverá a favor del bien colectivo que

⁵⁰ Esain, op. cit. 2010: 177.

⁵¹ Müller, op. cit. 2011: 175.

⁵² Cafferata, op. cit. en: Müller, op. cit. 2011:175-176.

se intenta proteger. Sería una suerte de *in dubio pro natura*⁵³ que encuentra sustento, fundamentalmente, en el principio precautorio.

Esta presunción ha sido incorporada en el articulado proyectado en este trabajo de un modo estratégico: no se la incluye en la parte de los procesos ambientales como herramienta que sólo puede utilizar un juez en un proceso judicial, sino que ha sido introducida en el artículo ii que dispone el deber de las personas de preservar los derechos consagrados en el artículo que le precede y el de las autoridades provinciales de garantizar también su protección, enunciando luego algunas medidas a tal efecto. Esto significa que el *in dubio pro natura* deberá ser utilizado por los tres poderes del estado para resolver cualquier conflicto que se suscite dentro de su órbita de competencia. En caso de duda, siempre se deberá resolver a favor del ambiente o del derecho colectivo del que se trate el asunto en cuestión, atendiendo también al principio de “*función ambiental de la propiedad*”.⁵⁴

Por último, y volviendo a la norma bajo análisis, la misma incorpora la facultad del juez de extender los efectos de la sentencia a cuestiones no sometidas a su jurisdicción y de disponer, aún sin petición de parte, de todas aquellas medidas que fueran necesarias en caso de urgencia.

Resta, por último, definir los tipos de acción y los legitimados para incoarlas. La LGA trae varios supuestos, que podríamos sistematizar de la siguiente manera, siguiendo a José Esaín⁵⁵:

a) Solicitud de cese de actividades generadoras de daño ambiental colectivo (artículo 30, último párrafo): en este caso se regula la acción a través de la cual, toda persona puede solicitar el cese de actividades que puedan afectar el ambiente, entendido como bien colectivo. Esta vía está expresamente categorizada por la ley como acción de amparo ambiental y encuadra dentro del principio de prevención. Entendemos, y así lo proyectamos, que además puede ser utilizada en los casos en que no se tenga la certeza sobre la nocividad de la actividad, con base en el principio precautorio. La característica principal es el tipo de bien que se intenta proteger y la urgencia.

⁵³ Benjamin Antonio, *Derechos de la Naturaleza* en: Obligaciones y contratos en los Albores del SXXI, Ed. Abeledo Perrot, 2001.

⁵⁴ “*La función ambiental nace de la función social, pero lejos de quedarse en su seno, se aparta. Cobra un sentido y un peso específico propio, se alza como elemento integrativo de la propiedad, pero de forma independiente y elevada respecto de los planos tanto individual como social.*” Perez Pejic, Gonzalo. “*Primer ensayo sobre la función ambiental de la propiedad*”, en *Lecciones y Ensayos*, n° 92, 2014:157.

⁵⁵ Esaín, op. cit. 2010

b) Recomposición del daño ambiental (artículo 30, primero y segundo párrafo): en este supuesto, el daño ambiental ya se ha producido y se solicita la recomposición del mismo al estado anterior (reparación *in natura*). Nosotros empleamos el término “restauración” por considerarlo más adecuado, e introducimos una directiva expresa en cuanto a la medida en que debe producirse la misma, tomando como parámetro de comparación la situación preexistente a la ocurrencia del hecho generador del daño. En caso de que esto no sea posible, se solicitará una indemnización sustitutiva y la reparación del daño moral colectivo.

Por nuestra parte, en cuanto a la legitimación activa, en el articulado que se sugiere al final de este trabajo hemos utilizado el término “toda persona” y, además, hemos introducido dentro de los legitimados a las comunidades indígenas y campesinas, dada su enorme importancia socio-cultural y la necesidad de que grupos organizados pueden acceder a la justicia como tales, en casos en donde vean vulnerados derechos que así los afecten.

Resulta oportuno mencionar que si bien esta acción también tiene por objeto un bien de naturaleza colectivo al igual que la descrita en el inciso anterior, la misma requiere un proceso más amplio que el del amparo ambiental, dada la necesidad de medidas de prueba que, en la mayoría de los casos, son complejas, entre otros aspectos.

c) Reparación de daños individuales que tienen como causa un daño a un bien colectivo: en este supuesto, el daño al ambiente repercute en los derechos de un particular, quien acciona para lograr las indemnizaciones que le correspondan. Consideramos que la vía adecuada es la ordinaria para los casos de responsabilidad civil. Por lo tanto, no la hemos introducido en el articulado proyectado, dejando la cuestión reglada por las normas nacionales que tienen plena vigencia en nuestro territorio provincial.

Consideramos oportuno que, sumado a la regulación de los mecanismos de acceso a la justicia en materia ambiental, la cláusula constitucional incorpore ciertos mandatos que nadie pueda desconocer y que faciliten el ejercicio de los derechos por parte de los ciudadanos. Es que si dejamos la interpretación al arbitrio de los diferentes actores jurídicos podemos caer en el desconocimiento de los derechos y del ejercicio de las acciones para protegerlos, siempre teniendo en cuenta que estamos hablando de un bien colectivo como es el ambiente y de un derecho humano como es la salud.

Por este motivo es que agregamos a la cláusula diseñada un mandato que dispone, teniendo en cuenta que no sólo se regulan en la Constitución las acciones mencionadas en los puntos

anteriores sino que, además, en la Provincia de Santa Fe tenemos la Ley 10.456 de Acción Jurisdiccional de Amparo y la Ley de Protección de Intereses Difusos -Ley 10.000-, que el error en la vía seleccionada no puede perjudicar al actor, debiendo el magistrado reencauzar el procedimiento atendiendo, principalmente, a las cuestiones urgentes que los accionantes denuncien. Esto se traduce en una efectiva protección al bien colectivo, dado que el error de un accionante no puede perjudicar los intereses colectivos de toda la comunidad y el juez, en función del rol activo que le otorga la normativa vigente, debe velar por dicha protección porque también es parte interesada.

En base, entonces, a los análisis efectuados en los anteriores puntos de este texto es que, en el punto V proponemos un Capítulo para regular la cuestión ambiental en la constitución que se proyecta debatir en la Provincia de Santa Fe.

V.- Propuesta de cláusula constitucional y diseños institucionales para la Provincia de Santa Fe.

Conforme se ha detallado en las páginas que preceden a este último apartado, existen en nuestro territorio – tanto nacional como provincial⁵⁶ - una diversidad de maneras de expresar nuestro vínculo con la naturaleza lo que no puede ser soslayado en una traducción constitucional. Esto se refuerza en un contexto en el que los avances de perspectivas que no sólo se enfocan en la pervivencia del humano sino, también, en el valor propio de la naturaleza son innegables y se han visto fuertemente robustecidas en las últimas décadas. En base a ello, que encuentra fundamento en lo descrito en los apartados II, III y IV que intentan resumir este proceso desde diferentes aristas de análisis, creemos que una nueva Constitución Provincial debe reflejar esa diversidad y esa heterogeneidad de modos de relacionarnos con la naturaleza que no sólo permiten pensar este tema exclusivamente a partir del derecho a un ambiente sano sino que esto necesariamente debe articularse con los derechos de la naturaleza.

Capítulo X

Artículo i: Todos los habitantes y las generaciones futuras gozan del derecho a un ambiente sano y equilibrado en armonía con el derecho de la naturaleza al respeto integral de su existencia, mantenimiento, regeneración y desmercantilización de sus ciclos vitales, funciones y procesos

⁵⁶ Una cabal prueba de ello es el esfuerzo que la propia Provincia de Santa Fe viene realizando en el reconocimiento de las comunidades indígenas que habitan en su territorio, lo que se visualiza en el Decreto 1175/2009 que crea el Registro de las Comunidades que puede consultarse aquí: [https://www.santafe.gov.ar/index.php/web/content/view/full/114968/\(subtema\)/93808](https://www.santafe.gov.ar/index.php/web/content/view/full/114968/(subtema)/93808)

evolutivos.

Artículo ii: Todas las personas tienen el deber de preservar los derechos consagrados en el artículo anterior. Asimismo, las autoridades provinciales en el ejercicio de sus atribuciones y funciones deberán garantizar su protección a través de la implementación de políticas públicas fundadas en los principios de progresividad y no regresión, de sistemas de acceso a la información, de acceso a la justicia, de mecanismos de participación ciudadana y mediante la educación ambiental. La evaluación de impacto ambiental será obligatoria en todos aquellos casos en que la actividad pueda afectar la naturaleza. En caso de duda, se estará a su protección y a la función ambiental de la propiedad.

Artículo iii: Ante posibles daños y afectaciones a los derechos enunciados en el artículo i, se prioriza su prevención. En todos los casos, la ausencia de información, la incerteza y la controversia científica no podrán utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces para impedir la degradación de la naturaleza o la afectación de la salud humana, de conformidad al principio precautorio. Producido el daño, se generará la obligación de restauración de manera que se aproxime a las condiciones preexistentes. Cuando el impacto ambiental sea grave o permanente el Estado provincial deberá establecer los mecanismos más eficaces para su restauración y adoptará las medidas adecuadas e inmediatas para eliminar o mitigar las consecuencias nocivas, sin perjuicio de las responsabilidades de terceros.

Artículo iv: Toda persona, el Defensor del Pueblo, las asociaciones no gubernamentales de defensa ambiental, las comunidades indígenas y campesinas y el Estado Provincial, municipal o comunal podrán interponer la acción de amparo ambiental o bien la acción de restauración a los efectos del artículo anterior. En caso de error en la vía seleccionada, el juez reencauzará el procedimiento a los fines de mantener incólume la protección de los derechos amparados en el artículo i. En los procesos ambientales mencionados no se admitirán restricciones de ningún tipo o especie. Los magistrados que intervengan gozarán de las más amplias facultades y prerrogativas.

Artículo v: Créase el Consejo Provincial de Protección de la Naturaleza y del Derecho a un Ambiente Sano que será representativo del estado, de la diversidad de saberes institucionalizados o no presentes en el territorio provincial, de comunidades indígenas y campesinas, de organizaciones no gubernamentales, de afectados por problemas ambientales, según lo establezca la ley.

Capítulo Y

Artículo i: La Provincia de Santa Fe reconoce la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas presentes en su territorio, garantizando su libre determinación, autonomía y autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales como así también el respeto a su dignidad, identidad y diversidad. El estado garantizará el derecho a una educación bilingüe e intercultural, en todos sus niveles y formas, sin discriminación.

Las comunidades indígenas tienen derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica con efecto declarativo; a la posesión y propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente han poseído, ocupado o utilizado o adquirido; a la entrega de otras aptas y suficientes para su buen vivir asegurando el respeto de sus vínculos con la Madre Tierra; a la participación en la adopción de decisiones en las cuestiones que afecten sus derechos; a la celebración de consultas vinculantes con el fin de obtener su consentimiento previo, libre e informado antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras, territorios o los derechos y garantías directamente asociados a ellos.

Disposiciones transitorias:

Primera. La ley especial que reglamente el Consejo Provincial de Protección de la Naturaleza y del Derecho a un Ambiente Sano deberá ser aprobada dentro de los 18 meses de esta sanción (corresponde al artículo v)

VI.- Reformulación de la propuesta de artículos luego del desarrollo del Workshop: “Hacia una reforma de la Constitución Provincial: aportes para pensar el vínculo entre derecho, naturaleza y sociedad” (FCJS, UNL)

Los días 2 y 3 de noviembre de 2017 se desarrolló en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral un Workshop denominado “Hacia una reforma de la Constitución Provincial: aportes para pensar el vínculo entre derecho, naturaleza y sociedad” en el que se presentaron diversas aristas para pensar la reforma constitucional en la Provincia. El mismo fue organizado por el Proyecto de Investigación “Meulen. Renovación de aportes jurídicos sobre el problema ecológico” que se encuentra en ejecución en el Centro de Investigaciones de la FCJS, UNL.

Durante ambas jornadas se contó con la participación de expertos en derecho y otras disciplinas de las ciencias naturales, sociales y humanidades, representantes de pueblos indígenas de

diferentes lugares de la Provincia, representantes de organizaciones no gubernamentales, guardafaunas honorarios, funcionarios y empleados del estado provincial, entre otros.

El día viernes 3 de noviembre se presentó el borrador de articulado que integra el punto V.- del presente escrito y se lo puso a consideración en un trabajo de taller. Allí se extrajeron conclusiones y aportes que nos han permitido efectuar una reformulación del articulado propuesto.

Capítulo X

Artículo i: Todos los habitantes y las generaciones futuras gozan del derecho a un ambiente sano y equilibrado, que priorice los ecosistemas autóctonos, en armonía con el derecho de la naturaleza al respeto integral de su existencia, mantenimiento, regeneración y desmercantilización de sus ciclos vitales, funciones y procesos evolutivos.

Artículo ii: Todas las personas tienen el deber de preservar los derechos consagrados en el artículo anterior. Asimismo, las autoridades provinciales en el ejercicio de sus atribuciones y funciones deberán garantizar su protección a través de la implementación de políticas públicas fundadas en los principios de progresividad y no regresión, de sistemas de acceso a la información, de acceso a la justicia, de mecanismos de participación ciudadana, de función ambiental de la propiedad y mediante la educación ambiental.

Artículo iii: Ante posibles daños y afectaciones a los derechos enunciados en el artículo i, se prioriza su prevención. La evaluación de impacto ambiental será obligatoria en todos aquellos casos en que la actividad pueda afectar la naturaleza. En todos los casos, la ausencia de información, la incerteza y la controversia socio-técnica no podrán utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces para impedir la degradación de la naturaleza o la afectación de la salud humana, de conformidad al principio precautorio. Producido el daño, se generará la obligación de restauración de manera que se aproxime a las condiciones preexistentes. Cuando el impacto ambiental sea grave o permanente el Estado provincial deberá establecer los mecanismos más eficaces para su restauración y adoptará las medidas adecuadas e inmediatas para eliminar o mitigar las consecuencias nocivas, sin perjuicio de las responsabilidades de terceros.

Artículo iv: Toda persona, el Defensor del Pueblo, las asociaciones no gubernamentales de defensa ambiental, las comunidades indígenas y campesinas y el Estado Provincial, municipal o comunal pueden interponer la acción de amparo ambiental o bien la acción de restauración a los efectos del artículo anterior. En caso de error en la vía seleccionada, el juez reencauzará el procedimiento a los fines de mantener incólume la protección de los derechos amparados en el artículo i. En los

procesos ambientales mencionados no se admitirán restricciones de ningún tipo o especie. Los magistrados que intervengan gozarán de las más amplias facultades y prerrogativas.

Artículo v: Créase el Consejo Provincial de Protección de la Naturaleza y del Derecho a un Ambiente Sano que será representativo del estado, de la diversidad de saberes institucionalizados o no presentes en el territorio provincial, de comunidades indígenas y campesinas, de organizaciones no gubernamentales, de afectados por problemas ambientales, según lo establezca la ley. Este Consejo tendrá participación en la gestión del sistema provincial de áreas naturales protegidas y promoverá el desarrollo de ciudades ecológicas.

Artículo vi: Santa Fe se declara libre de fracking, cotos de caza y turismo cinegético y aplicación aérea de agrotóxicos.

Capítulo Y

Artículo i: La Provincia de Santa Fe reconoce la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas presentes en su territorio, garantizando su libre determinación, autonomía y autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales como así también el respeto a su dignidad, identidad y diversidad. El estado promoverá el buen vivir y garantizará el derecho a una educación bilingüe e intercultural, en todos sus niveles y formas, sin discriminación.

Las comunidades indígenas tienen derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica con efecto declarativo; a la posesión y propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente han poseído, ocupado o utilizado o adquirido; a la entrega de otras aptas y suficientes para su buen vivir asegurando el respeto de sus vínculos con la Madre Tierra; a la participación en la adopción de decisiones en las cuestiones que afecten sus derechos; a la celebración de consultas vinculantes con el fin de obtener su consentimiento previo, libre e informado antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras, espiritualidad, territorios o los derechos y garantías directamente asociados a ellos.

Disposiciones transitorias:

Primera. La ley especial que reglamente el Consejo Provincial de Protección de la Naturaleza y del Derecho a un Ambiente Sano deberá ser aprobada dentro de los 18 meses de esta sanción (corresponde al artículo v)

