

## COLISIÓN DE DERECHOS EN TORNO AL *FRACKING*. EL CONFLICTO "VACA MUERTA" DESDE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL\*

GABRIEL CAUTERUCCI\*\*

**Resumen:** Un conflicto normativo ocurre cuando dentro de un mismo sistema jurídico existen dos o más normas que ante los mismos presupuestos fácticos establecen consecuencias jurídicas incompatibles entre sí. Imaginemos la dimensión que tendrá el conflicto si los intereses en juego son el derecho a la vida, a un ambiente sano o a la libertad de empresa. Agreguemos ahora que ese conflicto gira en torno a la *explotación de gas y petróleo no convencional* y tendremos un panorama general del tema que motiva estas líneas. Y es que la explotación de ese recurso ha sido noticia reciente a raíz de la decisión de explotar una gran reserva ubicada en la provincia de Neuquén denominada "Vaca Muerta", a 8 km. de la cual se encuentra una comunidad mapuche severamente afectada por la actividad petrolera y tristemente célebre a raíz de la brutal represión policial sufrida ante las puertas de la Legislatura provincial en ocasión del acuerdo Neuquén-YPF.<sup>1</sup> El presente trabajo busca desentrañar la solución de ese conflicto *desde* la Constitución Nacional.<sup>2</sup>

**Palabras clave:** ypf – hidrocarburos – *fracking* – constitución nacional – vaca muerta.

**Summary:** A normative conflict occurs when in one same legal system there are two or more rules that facing the same factual situation establish incompatible juridical consequences. Imagine the dimension that would have the conflict if the interests in dispute are the right to life, the right to a healthy environment or the right to free enterprise. Now add that the conflict is related to the shale gas and shale oil exploitation and there we have an overview of the topic that motivates

\* Recepción del original: 06/09/2014. Aceptación: 03/11/2014.

\*\* Abogado (UBA, 2014). Ayudante de cátedra de la comisión 1131 del Práctico Profesional de la Facultad de Derecho.

1. Documento filmico disponible en: [[http://www.youtube.com/watch?v=PIYy\\_6wTGt8&app=desktop1](http://www.youtube.com/watch?v=PIYy_6wTGt8&app=desktop1)].

2. El análisis del conflicto normativo que se realiza a continuación se hará no desde una interpretación lógico-racional sino desde una perspectiva sociológico-jurídica. Para un análisis lógico-racional véase PUIGARNAU MANS, J. M., *Lógica para juristas*, Barcelona, Casa Editorial Bosch S.A., 1978; ALEXIS, R., *El concepto y la validez del derecho*, Barcelona, Gedisa Editorial, 1997; MENDONÇA, D., *Introducción al análisis normativo*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992, entre muchos otros.

these lines. The exploitation of that resource has been in the latest news because of the decision of exploiting a big reserve located in Neuquén, called "Vaca Muerta", where 8 km. away from it lives a "mapuche" community, which has been extremely affected by the oil activity and sadly famous because of police brutality suffered in the doors of the provincial legislative assembly during the debate on the agreement Neuquén-YPF. This work tries to find a solution to this conflict from a *constitutional perspective*.

**Keywords:** ypf – hydrocarbon – fracking – national constitution – vaca muerta.

## I. LOS YACIMIENTOS DE HIDROCARBUROS

Existen dos tipos de yacimientos: los **convencionales** y los **no convencionales**.

Los yacimientos de gas y petróleo **convencional** suelen encontrarse en formaciones de roca sedimentaria.<sup>3</sup> Al ser rocas porosas y permeables cuando se accede a ellos mediante la perforación en un punto (aplicando una técnica de control de la presión interna) se logra canalizar el hidrocarburo hacia el pozo de explotación para así extraerlo.

Para que dicho proceso pueda ser llevado a cabo, estos yacimientos deben tener una roca sello no permeable (por ejemplo: salina), que evite la filtración natural hacia la superficie.<sup>4</sup>

Pero en el caso de los yacimientos **no convencionales** la situación es distinta. El hidrocarburo no se encuentra en estado *líquido* dentro del yacimiento sino que

3. Los vientos, aguas y otros agentes atmosféricos están constantemente moviendo y esparciendo fragmentos de rocas pre-existentes, denominados sedimentos, los cuales más tarde se compactan y cementan formando rocas sedimentarias. Se calcula que tres cuartas partes del área terrestre está formada por este tipo de rocas. Las principales rocas sedimentarias son: arenas, areniscas, calizas y dolomitas. (Cf. GUILLEMOT, J., *Geología del petróleo*, Madrid, Ediciones Paraninfo, 1982, p. 145. Véase también: BELOUSOV, V., *Geología Estructural*, Moscú, Editorial Mir, 1974, p. 11).

4. La presencia de esta roca es indispensable para la formación del yacimiento convencional. En un yacimiento convencional la roca generadora o la presión expulsan el hidrocarburo generado hacia una zona de menor presión donde queda acumulado. Esta roca se llama reservorio. La expulsión se produce a lo largo de millones de años y a medida que se va produciendo el hidrocarburo en la roca madre. Muchas veces sucede que la expulsión de la roca madre es hacia la arena que está inmediatamente abajo, transformándose la roca madre también en roca sello. Cf. TAILLANT, J. D., *et. al.*, *Fracking Argentina, Informe Técnico y Legal sobre la Fracturación Hidráulica en Argentina*, consultado en: [<http://wp.cedha.net/wp-content/uploads/2013/10/Fracking-Report-CEDHA-final-24-oct-2013-SPANISH.pdf>] el 28/08/2014, p. 12 y ss.

se trata de *rocas metamórficas*<sup>5</sup> modificadas por la acción del calor y la presión que forman *láminas*.<sup>6</sup>

En este caso el gas natural o petróleo se encuentra alojado en poros muy pequeños, en esas rocas con alta concentración de materia orgánica depositada y descompuesta durante millones de años.

Y como es baja su permeabilidad y no son porosas, su extracción supone un verdadero desafío desde el punto de vista tecnológico.

## II. ¿QUÉ ES EL *FRACKING*?

La técnica de fractura hidráulica (*hydrofracking* o *fracking*) es un proceso mediante el cual se logra extraer gas natural y petróleo **no convencional**. Es el método más rentable para su explotación.<sup>7</sup>

Funciona de la siguiente manera:

Se realiza una perforación vertical (similar a la que se utiliza para la extracción de reservas convencionales), luego se realizan varias perforaciones horizontales que penetran entre las láminas que contienen recursos no convencionales. Hecho esto se perforan los caños instalados mediante explosiones controladas a los fines de comunicar el pozo principal con la roca generadora, fracturándola. Luego se inyectan gigantescas cantidades de agua a alta presión (para mantener la presión hidrostática del fondo) y arena (para evitar que las fracturas vuelvan a cerrarse). Pero como el hidrocarburo no convencional se encuentra aún sujeto a la lámina, es

5. Estas rocas son originariamente ígneas (rocas que resultan del enfriamiento y solidificación de una masa líquida denominada magma y que se encuentra en las profundidades de la Tierra) o sedimentarias cuyas características físicas son transformadas notablemente por acción de la temperatura y la presión. El metamorfismo se puede definir como la respuesta de una roca a nuevas condiciones físicas y/o químicas de la corteza terrestre, condicionadas por presiones y temperaturas no ambientales (Cf. GONZÁLES, S. R., *et. al., Geología del Petróleo*, La Habana, Centro Politécnico del Petróleo, 2007, p. 45).

6. Son capas laminadas de sedimentos muy finos de baja permeabilidad saturados de gas natural y/o petróleo. Los reservorios no convencionales de gas incluyen gas de pelitas –*shale gas/oil*–, gas compacto –*tight gas*–, metano de carbon –*coal bed methane*– y los hidratos de gas. Cf. TAILLANT, J. D., *ob. cit.*, p. 12 y ss.

7. La rentabilidad de la extracción de petróleo y gas se mide por la **Tasa de Retorno Energético** (TRE) tiene que ser superior a 10 para que la extracción resulte rentable. En el caso, por ejemplo, del kerógeno (uno de los hidrocarburos *no convencionales* más conocidos) su TRE es de entre 2 y 4, motivo por el cual no atrae a los inversionistas. Véase al respecto: TURIÉL, A. M., *Fracking: rentabilidad energética, económica y ecológica*, consultado en [crashoil.blogspot.com.ar/2013/02/fracking-rentabilidad-energetica.html] el 30/08/2014.

necesario inyectar un coctel químico que favorece su liberación para poder extraerlo hacia la superficie.<sup>8</sup>

Esta técnica permite explotar a través de un solo pozo vertical una mayor cantidad de metros cuadrados del yacimiento. Así un solo pozo perforado verticalmente y luego continuado de manera horizontal permite acceder a lo que de manera vertical implicaría 16 plataformas de perforación.<sup>9</sup>

### III. VACA MUERTA

Vaca Muerta es una de las tres rocas madre<sup>10</sup> de la Cuenca Neuquina (Vaca Muerta-Molles-Agro).

La Cuenca Neuquina es una extensa región petrolera (30.000 km.<sup>2</sup> aproximadamente) que abarca la Provincia de Neuquén, el sector occidental de La Pampa y Río Negro y una porción meridional de la Provincia de Mendoza, hasta los 34 grados de latitud sur.<sup>11</sup>

8. Cf. TAILLANT, J. D., ob. cit., p. 16.

9. La investigación y exploración de yacimientos no convencionales se remonta a la década del 70. Más exactamente a octubre de 1973 cuando la **OAPEC** (*Organization of Arab Petroleum Exporting Countries*) decidió no exportar petróleo a los países que habían apoyado a Israel en el conflicto árabe-israelí, entre ellos EE.UU. Para cuando dicha medida fue dejada sin efecto el precio del barril (marzo de 1974) se había cuadruplicado. El progresivo estancamiento de la economía norteamericana (que ya había dejado en 1971 el patrón oro, por iniciativa del entonces presidente Nixon) no pudo absorber el impacto de esta decisión, que provocó la devaluación del dólar. Las consecuencias observadas generaron alarma e inquietud. EE.UU. comprendió entonces que la independencia energética era clave para seguir aplicando sus preferencias en la política internacional. En 1977, el entonces presidente Jimmy Carter dio un discurso donde menciona la National Energy Policy. Enunció los diez principios fundamentales en los cuales se basaría la política energética. Dijo: "*The tenth principle is that we must start now to develop the new, unconventional sources of energy we will rely on in the next century*". Fue ésa la primera vez que se mencionó públicamente a los yacimientos no convencionales. Un año después se sancionaba la National Energy Act (1978) que incluía cinco leyes: The National Energy Conservation Policy Act (P.L. 95-619), The Powerplant and Industrial Fuel Use Act (P.L. 95-620), The Public Utility Regulatory Policy Act (P.L. 95-617), The Natural Gas Policy Act (P.L. 95-621) y la Energy Tax Act (P.L. 95-618). Todas con el propósito de reducir las importaciones de petróleo y promover un uso más eficiente de la energía. La transcripción del discurso completo se encuentra disponible en: [[http://alternativeenergy.procon.org/sourcefiles/Carter's\\_Speech.pdf](http://alternativeenergy.procon.org/sourcefiles/Carter's_Speech.pdf)], consultado el 30/08/2014.

10. Por roca madre entendemos una unidad sedimentaria que ha generado y expulsado suficiente petróleo o gas como para que sea acumulable y explotable de forma económicamente rentable. Cf. GONZÁLES, S. R., *et. al.*, ob. cit., p. 22.

11. Véase la descripción que realiza el Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios en [<http://energia3.mecon.gov.ar/contenidos/verpagina.php?idpagina=812>] y PÉREZ ROIG, D., *Hidrocarburos no convencionales en Argentina*, consultado en [<http://opsur.wordpress.com/2011/11/17/hidrocarburos-no-convencionales-en-argentina/>] el 30/08/2014.



En rigor, fue en 1930 que el yacimiento recibió su nombre a raíz de una serie de trabajos geológicos realizados por el norteamericano Charles Edwing Weaver (contratado por la Standard Oil de California, hoy Chevron) para su investigación luego publicada como "Paleontology of the Jurassic and Cretaceous of Westcentral Argentina".<sup>12</sup>

Desde las primeras exploraciones se supo el alto nivel de contenido de hidrocarburos en la profundidad del yacimiento a partir de la gran cantidad de materia orgánica que era posible observar en su superficie.

Tampoco es nueva la explotación de la región. Durante años Vaca Muerta ha sido explotada de manera convencional. De hecho, Loma La Lata (yacimiento convencional maduro ubicado en el centro de la Cuenca Neuquina)<sup>13</sup> fue durante años el mayor productor de gas natural de nuestro país, alcanzando su pico productivo en julio de 2003.<sup>14</sup>

El problema era la imposibilidad de extraer los hidrocarburos *no convencionales* existentes en el yacimiento.<sup>15</sup>

Fue en 2011 que se anunciaron los estudios que demostrarían la posibilidad de extraerlo mediante la aplicación de la técnica del *fracking*.<sup>16</sup>

#### IV. AÑELO Y LA COMUNIDAD MAPUCHE

La localidad de Añelo se encuentra a 102 km. al norte de la capital neuquina y a 8 km. del yacimiento "Vaca Muerta".

12. WEAVER, C. E., "Paleontology of the Jurassic and Cretaceous of West central Argentina", en *American Journal of Science*, vol. 1, Memoirs n° 22 (128), Washington, University of Washington, 1931, pp. 169-172.

13. Sobre la historia del yacimiento, véase HECHEM, J. J., "Breve Historia sobre el Descubrimiento Loma La Lata", en *Petrotecnia Revista de Divulgación de Instituto Argentino del Petróleo y del Gas*, n° 2/10, Buenos Aires, Instituto Argentino del Petróleo y del Gas, 2010, p. 10, disponible en versión digital en: [<http://www.petrotecnia.com.ar/abril10/Sin/Breve.pdf>], consultado el 30/08/2014.

14. Véase al respecto el siguiente informe realizado por YPF en Noviembre de 2011: [<http://www.iapg.org.ar/sectores/eventos/eventos/listados/presentacionesjornadas/007.pdf>], p. 5.

15. En rigor, no se trató de un descubrimiento sino que se pasó de estimaciones de "reservas posibles" a "reservas probadas".

16. Así lo reflejaron algunos de los principales diarios: [<http://www.pagina12.com.ar/diario/economia/2-167946-2011-05-11.html>]; [<http://www.enernews.com/nota/235245/antecedentes-que-es-vaca-muerta>] y [<http://www.lanacion.com.ar/1421209-ypf-descubrio-en-neuquen-uno-de-los-yacimiento-mas-grandes-del-mundo>].



Típico pueblo pequeño del interior profundo de nuestra Patria,<sup>17</sup> ostenta la curiosidad de haber sido un bastión de la campaña roquista al desierto.

Hoy habitan la zona y sus alrededores varias comunidades mapuches (Paynemil, Kaxipayin, entre otras) que han sobrevivido a las inclemencias del tiempo, la rudeza de la tierra y el continuo desdén de los gobiernos.

Hacia 2010 habitaban la localidad alrededor de 2500 habitantes.<sup>18</sup> Carece de hospital y un único móvil de policía se encarga de interrumpir el silencio de las tardes.

Luego del anuncio sobre la explotación de Vaca Muerta la población aumentó a más de 5000 habitantes, en su mayoría trabajadores provenientes de otras regiones con la esperanza de encontrar una ocupación en la explotación petrolera.

Las comunidades mapuches que habitan la zona (desde antes incluso de la constitución del Estado provincial neuquino) han denunciado contaminación de las aguas, contaminación sonora, contaminación de las tierras que cultivan y varios casos de muerte por cáncer atribuidos a las consecuencias de la actividad petrolera de la zona.<sup>19</sup>

## V. EL MEDIO AMBIENTE

Ocurre que la técnica del *fracking* implica grandes riesgos y daños ambientales que además se prolongarán en el tiempo durante muchos años afectando a varias generaciones (externalidad). De ahí que requiera de un cuidado especial y una fuerte regulación que, en el caso argentino, si bien existe en términos generales (no específicamente para el *fracking* pero sí en relación al medio ambiente, agua, etc.) *es la aplicación y el cumplimiento de la misma lo que genera serias dudas*.

Afecta los recursos naturales empleados por la actividad (agua),<sup>20</sup> impacta sobre otros recursos (tierra, napas subterráneas, flora y fauna); contamina el ambiente por el inevitable escape de gas metano, que genera en la atmósfera ozono

17. Puede observarse el tamaño de la ciudad en la vista satelital que ofrece Google Maps en: [<https://maps.google.com.ar/maps/ms?t=h&vpsrc=6&ie=UTF8&oe=UTF8&msa=0&msid=215951621997340955375.0004b6c8b9963780cc4c2&dg=feature>], consultado el 30/08/2014.

18. Conforme el último censo realizado (INDEC, 2010).

19. La contaminación de las napas ha sido atribuida a la explotación *convencional* de petróleo y al escaso o nulo mantenimiento de los pozos. Sin embargo, el daño ya generado por la actividad petrolera convencional hace entendible la resistencia por parte de estas comunidades a aceptar sin más la explotación no convencional.

20. En promedio, cada pozo de *fracking* consume unos 11.400.000 de litros de agua entre perforación y extracción. Lo que equivale al consumo de 11.000 familias tipo (4 integrantes) en un día. Cf. TAILLANT, J. D., ob. cit., p. 30.

troposférico (nocivo para la salud humana); genera sismos de hasta 4° en la escala de Richter;<sup>21</sup> libera minerales radioactivos y otros metales pesados contaminantes (mercurio). Esto sin mencionar el impacto sonoro, el enorme nivel de tránsito de camiones y maquinaria y los residuos que no son tratados convenientemente.<sup>22 23</sup>

Además en un informe, publicado por la prestigiosa Sociedad Médica de Massachusetts, se concluyó: “que más del 75% de los productos químicos utilizados pueden afectar la piel, ojos y otros órganos sensoriales, el sistema respiratorio, el gastrointestinal y el hígado. Más de la mitad muestran algún efecto sobre el cerebro y el sistema nervioso. Más del 25% pueden producir cáncer y mutaciones”.<sup>24</sup>

No es extraño entonces que haya sido prohibido en varios países o bien sometido a moratoria hasta tanto se logre determinar el grado de impacto ambiental en forma concreta.<sup>25</sup>

## VI. EL ART. 41 DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL

Al respecto, el artículo 41 de la **Constitución Nacional** (en adelante, CN) reconoce el derecho de *todos los habitantes* a un ambiente sano, apto para el desarrollo

21. KIM, W. Y., “Induced seismicity associated with fluid injection into a deep well in Youngstown, Ohio”, en *Journal of Geophysical Research: Solid Earth*, vol. 118, Malden, 2013, pp. 1-13. Véase además: GIBBS, J. F., *et. al.*, “Seismicity in the Rangely, Colorado, area: 1962–1970”, en *Bulletin of the Seismological Society of America*, n° 63, California, 1973, p. 3509.

22. Cf. TAILLANT, J. D., *ob. cit.*, p. 29. Véase además BACCHETTA, V. L., “Geopolítica del fracking. Impactos y riesgos ambientales”, en DETSCH, C. (dir.), *Revista Nueva Sociedad, ¿Emancipación o dependencia? Los recursos naturales en América Latina*, n° 244, Buenos Aires, 2013, p. 61.

23. Curiosamente, el tercer principio fundamental enunciado por el ex presidente Carter en su discurso es el cuidado del medio ambiente: “*The third principle is that we must protect the environment. Our energy problems have the same cause as our environmental problems – wasteful use of resources. Conservation helps us solve both at once*”.

24. American Medical Association, Res. 2 (A-12), consultado en [<http://farwatershed.files.wordpress.com/2012/09/american-medical-association-fracking-resolution.pdf>] el 30/08/2014.

25. Entre ellos, Francia, prohibida desde octubre de 2011; Bulgaria, prohibida desde enero de 2012; Alemania, moratoria emitida en noviembre de 2011 en Renania del Norte y otros estados de Alemania con el fin de suspender todas las peticiones para la producción de gas no convencional; Australia, moratoria desde 2012. En Canadá (British Columbia, Nova Scotia, Quebec), EE.UU. (Vermont, New Jersey; Pittsburg, New York, Syracuse, Woodstock, Rochester y la ciudad de Buffalo), Reino Unido, República Sudafricana, República Checa, España, Suiza, Austria, Italia (en la ciudad de Bomba) e Irlanda se han adoptado posiciones en contra de esta técnica yendo desde la moratoria hasta la prohibición de la misma. Cf. BACCHETTA, V., *ob. cit.* p. 70. El listado completo puede consultarse en [<http://keptapwatersafe.org/global-bans-on-fracking/>] y [<http://www.atiloboron.com.ar/search/?q=fracking>], consultados el 30/08/2014.

humano. Y señala especialmente que no deben comprometer las necesidades de las generaciones futuras.

La explotación de petróleo no convencional (así como el convencional) incide negativamente en las comunidades siendo una amenaza para el normal desarrollo de las actividades socio-económicas tradicionalmente ligadas al uso de la tierra y del agua como la ganadería, la agricultura, etc.

En un fallo de 2005, el Juzgado Civil N° 4 de Neuquén realizó la siguiente transcripción de las ideas del jurista italiano Mauro Capelletti, en relación a este derecho. Sostuvo el magistrado en el considerando segundo:

Corresponde transcribir conceptos que vertía Capelletti hace décadas tales como: Nuestra época lleva preponderantemente a la escena nuevos 'intereses difusos' nuevos derechos y deberes, que sin ser públicos en el sentido tradicional de la palabra, sin embargo son 'colectivos', nadie es titular de ellos, al mismo tiempo que todos, o a todos los miembros de un determinado grupo, clase o categoría son sus titulares. ¿A quién pertenece el aire que respiro? El antiguo ideal de la iniciativa privada monopolísticamente centralizada en las manos del único sujeto al que el derecho subjetivo 'pertenece', se demuestra impotente frente a derechos que pertenecen al mismo tiempo a todos y a ninguno.<sup>26</sup>

Al respecto, debe destacarse que cuando el artículo 41 CN se refiere al derecho a un ambiente sano pone tal derecho en cabeza de "*todos los habitantes*". Va de suyo que en ese conjunto están incluidos los pueblos originarios cuya preexistencia étnica y cultural reconoce el artículo 75 inc. 17 CN. Nótese además que el mismo artículo ordena "asegurar su participación en la gestión referida a los recursos naturales y a los demás intereses que los afecten".

Y es que no debe pasarse por alto que el artículo 75 inc. 19 CN enumera entre las obligaciones del Congreso legislar para proveer el "crecimiento armónico de la nación". Armonía que se verá destruida si en pos del crecimiento de unos se destruye la forma de vida de otros.<sup>27</sup>

## VII. RAZONES QUE JUSTIFICAN EL *FRACKING*

26. "Y.P.F. S.A. c/ Agrupación Mapuche Paynemil y otros s/ daños y perjuicios", (expte. 269050/1) del 4 de octubre de 2005.

27. En 1992 la Secretaría de Energía (Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos) emitió la Resolución N° 105 donde se establecen detalladamente las normas y procedimientos que deben seguirse a los fines de proteger el medio ambiente durante la etapa de exploración y explotación de hidrocarburos. Entre ellos, la realización de un Estudio Ambiental Previo.



1°.- Argentina no cuenta hoy con una matriz energética que satisfaga las crecientes necesidades de consumo de sus habitantes. Hoy el país es importador a diferencia de 1982, por ejemplo, cuando Argentina era exportadora de petróleo.

Pero el abastecimiento podría alcanzarse modificando la matriz energética hacia la energía hidráulica, eólica y otras fuentes de energía. Además, como la cantidad de reservas de petróleo y gas mundiales se están agotando,<sup>28</sup> tal pasaje deberá realizarse tarde o temprano. Lo conveniente sería un pasaje provisorio hacia una producción mixta como paso previo hacia el cambio definitivo. Y es que la verdadera dicotomía hoy es: cambio paulatino (empezando antes de que se acaben los recursos existentes) o cambio abrupto (una vez que se agoten las reservas mundiales). El tema es extenso como para tratarlo debidamente en pocas líneas. Lo cierto es que el problema de la producción de energía para el funcionamiento de las sociedades contemporáneas lejos está de resolverse sin cambiar la matriz energética.<sup>29</sup>

2°.- Es una actividad creadora de fuentes de trabajo

Pero debe tenerse en cuenta que esta fuente de trabajo no es de carácter permanente debido a que un pozo de gas no convencional típico produce durante el primer año el 80% de todo el gas de su vida útil.<sup>30</sup> Además no hay disposición alguna dentro de la batería de leyes y decretos sobre el tema que fomente la contratación de mano de obra local ni prioritaria ni exclusivamente.

3°.- Generaría grandes ingresos para el Estado

Pero esa ganancia podría bien obtenerse con la venta del crudo tradicional. Es llamativo que la productividad de estos pozos no convencionales sea muy baja. Producen 200 veces menos que lo que produce un pozo convencional. Pero además la producción decae muy rápidamente. Al producir el 80% del total durante el primer año, obliga a la

28. TURIÉL, A. M., *El ocaso del petróleo*, consultado en [<http://crashoil.blogspot.com.ar/2012/11/el-ocaso-del-petroleo.html>] el 30/08/2014.

29. El país que más esfuerzos está realizando en este sentido es Alemania. Luego del impacto que provocó en dicho país el desastre ocurrido en Fukuyima (2011), las autoridades alemanas decidieron iniciar la conversión hacia las energías renovables (Energiewende). “*Para 2015 Alemania busca producir entre el 40% y el 45% de su electricidad de fuentes renovables y subir a por lo menos 80% para 2050*”. “Germany’s expensive Gamble on Renewable Energy”. Nota realizada por KARNITSCHNIG, M. para *The Wall Street Journal*, del 26/08/2014).

30. Cf. TAILLANT, J. D., ob. cit, p. 10 y TURIÉL, A. M., ob. cit., nota 6.

búsqueda y perforación constante de nuevos yacimientos en una carrera desenfundada.<sup>31</sup>

*Pero además no debe pasarse por alto que el gas natural es un servicio público<sup>32</sup> (Ley 24.076) y como tal cumple una función primordial en cuanto a intereses públicos que pudiera satisfacer, sobre todo para los sectores más postergados.*

## VIII. EL CASO: YPF-CHEVRON VS. LA COMUNIDAD MAPUCHE<sup>33</sup>

Esquematicemos la situación:

### VIII.A. Los hechos

A.- Por un lado tenemos a una empresa privada transnacional como Chevron que tiene autorización estatal para explotar los recursos no convencionales de la región. Detrás de esa autorización, se juegan intereses económicos muy fuertes para el Estado Argentino, como vimos en el apartado anterior (autoabastecimiento, etc.).

Además debe tenerse en cuenta, como se señaló precedentemente, que lo producido ingresa en la sociedad con *forma de servicio público* (gas natural) cuya función tiene mayor importancia al satisfacer las necesidades de aquellos que no pueden acceder al mercado a satisfacerlas, con lo que la ecuación se complica de manera hiperbólica.<sup>34</sup>

31. *Ibidem*.

32. La noción de servicio público es una de las nociones más discutidas en Derecho Público (Véase al respecto, VILLEGAS BASAVILBASO, B., *Derecho Administrativo*, Madrid, TEA, 1952, p. 3. Básicamente cuando nos referimos a los servicios públicos estamos hablando de la parte de la actividad administrativa destinada a satisfacer las necesidades de interés general. A los fines del presente trabajo son los caracteres del servicio público los que nos interesan. Y si bien en este aspecto también hay ciertas diferencias doctrinarias seguimos a Cassagne quien enumera como principios a la *continuidad*, la *regularidad*, la *obligatoriedad* y la *igualdad*. (Cf. CASSAGNE, J. C., *Tratado de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2002, p. 307).

33. Analizaremos el caso de "Vaca Muerta", pero el análisis es extensible a otros como el de la deforestación de los bosques del norte argentino o la explotación minera a cielo abierto en, por ejemplo, Fiambalá (provincia de Catamarca).

34. Conforme art. 6° del Decreto 929/2013, solo el 20% de la explotación y a partir del quinto año, podrá comercializarse en el mercado internacional, con la salvedad de que ese porcentaje se reducirá al 0% si no se alcanzase el autoabastecimiento interno, en cuyo caso el explotador será acreedor del precio del mismo (art. 7).

B.- Del otro lado, hay una comunidad mapuche profundamente afectada por la explotación convencional de los yacimientos de la zona (incluyendo personas muertas por cáncer atribuido a la contaminación del agua) y la protección del medio ambiente (ya que la técnica utilizada es probadamente dañina).

De entrada tenemos que descartar que la comunidad mapuche pueda ser trasladada a otro sitio por el vínculo que estas comunidades tienen con la tierra (reconocido también por **75 inc. 17 CN** "*propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan*").

Del entramado constitucional surgen derechos afectados para ambas partes cuya colisión debe ponderarse para arribar a la solución correcta *desde el punto de vista constitucional*.

### VIII.B. Las normas y principios constitucionales en juego

Antes de pasar a analizar el texto constitucional, quisiera hacer propias las siguientes palabras del profesor José Saïd: "Parto de una idea que puede parecer una verdad de Pero Grullo: debemos tomar con seriedad la Constitución Nacional. En cuanto aquí interesa, creer, con lealtad, que la promesa de igualdad formulada desde su Preámbulo –y en los artículos 16 y 75 incisos 22 y 23– **es seria**. Promesa que se puede traducir, en sencillas palabras, en el compromiso del Estado Argentino en que todos vamos a ser tratados como personas igualmente dignas".<sup>35</sup>

Dicho esto, lo primero que debe tenerse en cuenta es que el **Preámbulo** de la CN marca el rumbo a seguir: "promover el bienestar general", "afianzar la justicia" y "asegurar los beneficios de la libertad". Estos principios resultan aplicables a ambas partes. El empresario privado también tiene derecho a formar parte de ese bienestar general y a que se aseguren los beneficios de la libertad, por ejemplo de explotar el yacimiento conforme fuera acordado con el Estado argentino.

Luego se ven involucrados los siguientes artículos:

- 14: "trabajar y ejercer toda industria lícita", el *fracking* no es considerado ilícito en Argentina.
- 16: "Todos los habitantes son iguales ante la ley", esta igualdad incluye al pueblo mapuche. Si todos somos iguales ante la ley, se desprende de ello que a la hora de legislar no puede beneficiarse a unos por sobre otros. Es claro que esta igualdad no puede operar sólo ante los estrados judiciales.
- 41: "ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano".

35. SAID, J. L., "Responsabilidad del Estado y Justicia Distributiva", en *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública* (RAP), vol. XXXI, n° 370, Buenos Aires, 2009, p. 47 (negrita agregada).

- 42: “calidad y eficiencia de los servicios públicos”.
- 43: acción de amparo “en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente”.
- 75 inc. 5: “disponer el uso y enajenación de las tierras de propiedad nacional”, específicamente respecto de la utilización de *fracking* en la zona periglaciaria.
- inc. 17: reconocimiento de los pueblos originarios y su derecho de consulta “en lo relativo a recursos naturales y a los demás intereses que los afecten”.
- inc. 18: “proveer lo conducente a la prosperidad del país”, “introducción y establecimiento de nuevas industrias”. Argumento de peso a favor de la explotación del yacimiento a la hora de pensar en las consecuencias económicas. Las ganancias proyectadas y la posibilidad de lograr el autoabastecimiento, generarían un gran impulso para la prosperidad del país.
- inc. 19: “progreso económico con justicia social”, “crecimiento armónico de la nación”.<sup>36</sup> Aquí está, a mi entender, la clave de bóveda.
- inc. 22: la CADH en su artículo 1° establece la obligación por parte de los Estados Parte de respetar los derechos reconocidos en ella, entre ellos el derecho a la vida.

También el PIDESyC, refiere en su Parte II, art. 2: “Cada uno de los Estados Parte se compromete a adoptar medidas (...) especialmente económicas y técnicas, hasta el *máximo de los recursos de que disponga*, para lograr progresivamente (...) la *plena efectividad de los derechos aquí reconocidos*”. Reconoce el derecho “al más alto nivel posible de salud” (art. 12), a un nivel de vida adecuado, a no discriminación, etc. plenamente aplicables al caso. Además de consagrar el principio de no regresividad.

Pero además estos Tratados receptan el derecho de los usuarios *de servicios públicos* aunque en forma elíptica. Así la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención Americana de Derechos Humanos (art. XI), la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, entre otros.

36. Interpretada como lo ha hecho la Corte en “Berçaitz”: “cuyo contenido actual consiste en ordenar la actividad intersubjetiva de los miembros de la comunidad y los recursos con que ésta cuenta con vistas a lograr que todos y cada uno de sus miembros participen de los bienes materiales y espirituales de la civilización (...) Las leyes, pues, deben ser interpretadas a favor de quienes al serles aplicadas con este sentido consiguen o tienden a alcanzar el ‘bienestar’, esto es, las condiciones de vida mediante las cuales es posible a la persona humana desarrollarse conforme su excelsa dignidad”, “Berçaitz, Miguel Ángel s./jubilación”, CSJN, Fallos, 289:430.

Se trata de cobertura de necesidades como el agua potable, la electricidad, el gas natural, los servicios sanitarios, residuos, transporte, etc.

inc. 23: “legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad de trato y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución...”.

Pero además también entran en juego artículos de la Parte Orgánica de CN:

117: Competencia originaria de la CSJN en los conflictos entre provincias (existen numerosos yacimientos de petróleo no convencional que son de carácter interjurisdiccional).

121: “Las provincias conservan todo el poder no delegado...”

124: “Corresponde a las provincias el dominio originario de los recursos naturales existentes en su territorio”.

Motivos por los cuales debió aprobarse en Neuquén la explotación de los recursos.

Ahora bien, visto lo precedente, *¿cómo se resuelve este entuerto?*

Es interesante observar que si nos basáramos sólo en la **CN de 1853**, arribaríamos a una solución diametralmente opuesta a la que llegamos analizando la **CN de 1994**.

Esto se debe, como es sabido, a las distintas corrientes o doctrinas económicas que se fueron sucediendo a lo largo de los años y que han sido receptadas en ambos textos constitucionales.

La receptada por la **CN de 1853** es de cuño liberal, *atemperada por el programa económico y rentístico, sí, pero liberal al fin*. No creo posible que se esgriman argumentos de peso (y que estos pudieran ser acogidos favorablemente en los estrados judiciales) en contra de la explotación de los yacimientos con fundamento en el texto original. Y desde ya que ni un solo artículo protegería al ambiente.

### VIII.C. El Estado Social y Democrático de Derecho

Distinta es la solución si analizamos la situación desde la **CN de 1994**. La reforma termina por construir lo que Bidart Campos denomina “**Estado social y democrático de Derecho**”. “Un Estado activo y no desertor ha de promover la liberación y el desarrollo de todas las personas, suprimiendo no solo las formas de

explotación y opresión, sino las exclusiones y marginalidades sociales que conspiran contra la igualdad real de oportunidades y de trato".<sup>37</sup>

Es que la cuestión que se plantea en el caso es si los habitantes de suelo argentino deben estar subordinados al mercado (internacional del petróleo) o si es el mercado quien debe estar subordinado a las necesidades de los habitantes.

Y sobre todo se plantea la cuestión acerca del rol del Estado en relación a aquellas *necesidades que el mercado no cubre*, o mejor dicho, aquellas necesidades que los más postergados no pueden satisfacer en el mercado. Es decir, *la situación de los servicios públicos*.

Al respecto, Häberle sostiene: "No todos los aspectos de la vida en común han de ordenarse y valorarse desde el punto de vista del mercado".<sup>38</sup>

Porque "el mercado, en cuanto parte de la sociedad abierta, está conformado por la Constitución: no nos es dado por la 'naturaleza', sino que es constitucionalizado, no se protege o se excluye, sino que se trata de un espacio social, en el que el ejercicio de los derechos fundamentales encuentra su lugar: en concurrencia y cooperación, en intercambio y aglomeración, conjuntamente o en disputa".

Esto significa entender que "la Constitución no es sólo un texto jurídico o un cuerpo de reglas normativas, sino expresión de un desarrollo cultural, medio de la autoexposición cultural de un pueblo, reflejo de su herencia cultural y fundamento de sus esperanzas. El mercado, en su totalidad y en sus aspectos parciales, está incluido en estas interconexiones...".<sup>39</sup>

Ilustra su punto de vista citando, entre otros, el Preámbulo de la CN de Perú, clarísimo al respecto: "en una sociedad justa la economía está al servicio del ser humano y no el ser humano al servicio de la economía".<sup>40</sup>

A la misma conclusión llega Bidart Campos: "Queda claro entonces, que hay que rescatar, aunque cueste, la noción básica de que en el Estado social la economía, la hacienda pública, la actividad financiera y también los particulares, deben subordinarse solidariamente a la inescusable finalidad pública de hacer efectivos los derechos y las instituciones de la Constitución".<sup>41</sup>

37. BIDART CAMPOS, G. J., "La Constitución Económica (un esbozo desde el derecho constitucional argentino)", en *Cuestiones Constitucionales*, n° 6, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2002, p. 14.

38. HÄBERLE, P., "Siete tesis para una teoría constitucional del mercado", en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n° 77, Andalucía, Instituto Andaluz de Administración Pública, 2006, p. 15.

39. *Ibidem*.

40. *Ibidem*.

41. BIDART CAMPOS, G., ob. cit. p. 10.

También Corti es de esta opinión: “la actividad financiera pública debe ser un medio adecuado para asegurar el ejercicio habitual de los derechos fundamentales”.<sup>42</sup>

Porque no es posible sostener “aquella afirmación, por ejemplo que decía que el Estado no es otra cosa que el comité que administra los negocios conjuntos de la burguesía”.<sup>43</sup>

Concluimos entonces, como sostiene Bidart Campos que: “Desde el espacio político constitucionalmente enmarcado hay que domesticar la irrupción de la globalización y del poder económico para lo cual nos parece que no existe sustitutivo posible a la democracia social”.<sup>44</sup>

## IX. MARCO REGULATORIO. LA RELACIÓN NACIÓN-PROVINCIA-MUNICIPIO

El artículo 41 CN dispone: “Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección de este derecho [ambiente sano] y a las provincias, las necesarias para complementarlas sin que aquellas alteren las jurisdicciones locales”.

El artículo 124 CN, por su parte reconoce el dominio originario respecto de los recursos naturales.

Corresponderá entonces a la Provincia la regulación de la actividad desarrollada en su jurisdicción mientras que será la Nación la quien dictará los presupuestos mínimos<sup>45</sup> para el ejercicio de la misma.<sup>46</sup>

42. CORTI, H., *Derecho Constitucional Presupuestario*, Buenos Aires, Lexis-Nexis, 2007, p. 697.

43. BORÓN, A., *Tras el búho de Minerva*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2000, p. 8.

44. BIDART CAMPOS, G., ob. cit., p. 9.

45. A través de la Comisión de Planificación y Coordinación Estratégica del Plan Nacional de Inversiones Hidrocarburíferas, dentro de la órbita de la Secretaría de Política Económica y Planificación del Desarrollo, dependiente del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, creada por el decreto reglamentario 1277/12 de la ley 26.741, reemplazante nefasta del Consejo Federal de Hidrocarburos (creado por art. 4° de 26.741), en la cual había representación de las Provincias y la CABA. Es decir que por vía de decreto reglamentario se alteró la representación provincial resguardada por ley. ¿No altera eso el espíritu de la ley y por ende viola el 99 inc. 2? ¿No altera la relación de subordinación que debieran tener este tipo de reglamentos respecto de las leyes?

46. Rige también la ley 26.197 (B.O. 6/12/2006) que en su artículo 2° dispone que las Provincias “asumirán en forma plena el ejercicio del dominio originario y la administración sobre los yacimientos de hidrocarburos que se encontraran en sus respectivos territorios y en el lecho y subsuelo del mar territorial del que fueren ribereñas, quedando transferidos de pleno derecho todos los permisos de exploración y concesiones de explotación de hidrocarburos...”.

El tema fue motivo de jurisprudencia reciente a raíz de un conflicto de competencias entre la Municipalidad de Allen (Rio Negro) y la Provincia<sup>47</sup> precisamente debido a que la Municipalidad emitió una Ordenanza Municipal (N°046/2013) por la cual prohibía en el ejido de la ciudad de Allen la utilización del método de fractura hidráulica con fundamento en la Ley General del Ambiente. El Supremo Tribunal de la Provincia, en virtud de los artículos 41, 121 y 124 de CN y 79 de la Constitución Provincial y ley 26.197, acogió favorablemente la pretensión de la actora, declarando la nulidad de la Ordenanza. Sostiene el fallo: “De lo expresado más arriba se extrae que el ordenamiento constitucional –tanto federal como local– atribuye a la autoridad provincial la competencia exclusiva en materia de regulación de la actividad hidrocarburífera” (del Dictamen de la Procuración General al cual adhirió la mayoría).

La Provincia tendrá que regular la actividad (respetando los presupuestos mínimos) de manera tal que se cumpla el mandato constitucional que mencionáramos precedentemente al referirnos al Estado Social y Democrático de Derecho.

Porque de nada servirán las disposiciones que reconocen los derechos a un ambiente sano, al reconocimiento de las comunidades indígenas, al crecimiento armónico con justicia social *si no se reglamenta la forma de hacerlos efectivos*. Es decir, si sólo son letra muerta, esto es: una mera declaración.

Escribe al respecto Bidart Campos: “hay que fortalecer las competencias estatales *para regular* aquella irrupción global en el mercado interno desde el derecho constitucional. De no ser así, el espacio de la política socioeconómica del Estado quedará acotado en desmedro de los derechos fundamentales de las personas”.<sup>48</sup>

Y: “Por supuesto, si todo el sistema de derechos exige convergencia a un buen sistema garantista para alcanzar la efectividad y vigencia sociológica, la defensa de los derechos sociales reclama amplia cobertura(...) *mediante los organismos de control, los entes reguladores, [y] las asociaciones de variado tipo*”.<sup>49</sup>

Por lo expuesto, está claro que la regulación económica no será suficiente. Sostiene al respecto Corti: “la reglamentación de un derecho es una actividad de muchas facetas que importa crear disposiciones jurídicas de casi todas las ramas jurídicas”.<sup>50</sup>

Deberá tenerse en cuenta especialmente: 1.- la obligación del Estado de garantizar la *justicia social*, 2.- conservar el *acceso a estos servicios básicos* (gas natural, agua) como una exigencia permanente del Estado Social y Democrático de

47. “Provincia de Rio Negro c/ Municipalidad de Allen s/ conflicto de Poderes (Orden. Mun. n° 046/2013)”, (expte. 26731/13 STJ).

48. BIDART CAMPOS, G., ob. cit., p. 10 (subrayado agregado).

49. *Ibidem.*, p. 16 (subrayado agregado).

50. CORTI, H., ob. cit., p. 734.



Derecho, 3.- la reglamentación de todos los aspectos referidos a la *protección ambiental, la seguridad de los productos, el derecho a la información y la participación ciudadana*. Es decir, que el esquema regulatorio no podrá ser solo económico (por insuficiente) sino que debe estudiarse a la luz de las pautas de la regulación social.

Creo que resulta aplicable la anécdota que refiere Gordillo en el Tomo II de su Tratado: “En la época de la colonia había un solo peluquero y quería irse. El Cabildo de Buenos Aires, en una medida algo extrema, dispone prohibirle dejar la ciudad y le obliga a seguir ejerciendo su profesión, por ser el único peluquero existente. Parece, a los ojos de hoy, un ejemplo extremo, pero ilustra en cualquier caso que el grado de regulación depende de la percepción colectiva del nivel de las necesidades sociales, en cada tiempo y lugar”.<sup>51</sup>

## X. CONCLUSIONES

Como vimos, en el conflicto de derechos en juego hay intereses muy fuertes. Soy pesimista respecto de la armonización de los mismos. Básicamente porque creo que el Estado argentino debería prohibir la explotación por fractura hidráulica (como ha sido prohibido en otras partes del mundo)<sup>52</sup> al menos hasta que los avances tecnológicos permitan extraer el hidrocarburo de manera segura.

Podríamos decir que si se realizara una regulación adecuada, con fuerte presencia del ente regulador<sup>53</sup> y con una ejecución administrativa eficiente, la explotación de hidrocarburos no convencionales sería viable, pero los riesgos ambientales y humanos son muy grandes y por más estricta que fuera la regulación o la participación del ente regulador, ese riesgo difícilmente desaparezca.

Téngase en cuenta que no estamos refiriéndonos al riesgo de que se genere un daño transitorio, sino uno permanente. Un daño que significa comprometer definitivamente el bienestar de las generaciones futuras.

Además está el tema del agua, otro de los recursos indispensables para vida y que si bien es un recurso que puede ser considerado renovable si se lo trata convenientemente, es escaso. Al respecto, “la Comisión Mundial sobre Agua para el s. 21 publicada el 22 de marzo de 2000 ha planteado que la ecuación del agua es simple pero alarmante: se necesita un 20% más de agua de la que está disponible

51. GORDILLO, A., *Tratado de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2009, p. VI-37.

52. Cf. nota 14.

53. En el cual participaran los usuarios activamente, como pareciera ocurrir con el ENARGAS y la Comisión de Usuarios (42 CN).

en el mundo para alimentar a los 3000 millones de personas adicionales que vivirán en 2035<sup>54</sup>.

No veo posible armonizar las inmensas cantidades de agua que se utilizan<sup>55</sup> para la explotación de yacimientos no convencionales con la necesidad de los sectores más postergados del país donde el acceso al agua literalmente no existe.

No debe pasarse por alto que tanto en lo relativo al gas natural como al agua, *estamos refiriéndonos a servicios públicos, que se verán afectados en cualquier caso*. De permitirse la explotación, porque esas cantidades de agua se consumirán en ella en vez de utilizarse en las comunidades que no tienen acceso a este recurso, y en caso de prohibirse la explotación, porque no podrán obtenerse importantes reservas de gas para hacer frente al creciente consumo interno que depende hoy de la importación.

El art 42 CN sostiene que: "Las autoridades proveerán (...) al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos".

Es cierto que cuando éstos pasaron a manos privadas a partir de 1989 lo que primó fue la *lógica mercantilista* de obtención del máximo posible de beneficio económico por sobre las necesidades colectivas. El usuario pasó a ser un cliente.<sup>56</sup> La consecuencia es que en ese esquema sólo verá satisfecha sus necesidades quien pueda pagar el servicio.

Entiendo que el rol del Estado en la prestación de este servicio es esencial y debe buscar todas las formas posibles (dentro del marco de CN) de cumplir con su *continuidad y regularidad*, pero ello no justifica a mi entender la técnica de extracción a través de la fractura hidráulica. Básicamente porque, además de dañar gravemente nuestro ecosistema y el de las generaciones futuras, *se están contraviniendo disposiciones constitucionales*, como hemos visto.

## XI. EPÍLOGO

Algo nos quedó en el tintero: *el análisis de la praxis*. También plagada de cuestionamientos. El día anterior al acuerdo YPF-Chevron se creó el *Régimen de Promoción de Inversión para la Explotación de Hidrocarburos*, que establece exenciones aduaneras. Como era de esperarse se realizó por medio de un decreto (N°

54. HOFER, M. I., *La contaminación de las aguas desde la óptica del Derecho*, Buenos Aires, Del País, 2006, t. 1, p. 15.

55. Véase la nota 9 del presente.

56. Basta mirar las facturas del servicio de electricidad, por ejemplo que aún tienen número de "cliente" en vez de número de "usuario".

923/2013) en vez de por ley del Congreso. Esto no hace más que plantear serias dudas acerca de la conveniencia de las facultades legislativas del PE.

Entre las causas y motivos del decreto 923/2012 se remite a la ley de hidrocarburos (17.319), la ley 26.197 (B.O 6/12/2006),<sup>57</sup> ley 26.741(B.O 3/05/2012)<sup>58</sup> y al Código Aduanero (22.415).

Sin embargo la ley de hidrocarburos al fijar el monto de los derechos aduaneros (art. 56 inc. b) es tajante,<sup>59</sup> sin poder interpretarse de ella las facultades que se invocan.

Del estudio de las demás leyes mencionadas tampoco he podido extraer la conclusión contraria.

Es cierto que el Código Aduanero ha delegado facultades legislativas al PE, pero esa legislación delegada ha vencido (Disposición transitoria **8va de CN**) con el término del plazo establecido por ley 26.519 (BO 21/08/2009), esto es el 24/08/2010.<sup>60</sup>

Luego de la reforma de 1994, debe cumplirse con lo normado por el **76 CN** para realizar una nueva delegación legislativa, esto es: fijar las bases, el plazo para su ejercicio, y que se trate de materias determinadas de administración o emergencia, extremos que no se dan en el caso.

Desde mi punto de vista es aplicable el artículo **75 inc. 33** que incluye entre las atribuciones del Congreso la de: "Hacer todas las leyes y reglamentos que sean convenientes para poner en ejercicio los poderes antecedentes y todos los otros concedidos por la presente Constitución del Gobierno de la Nación Argentina".

57. Cuyo articulado sólo podría interpretarse a favor de la facultad que se arroga el PE en el Art. 2° que sostiene: "El diseño de las políticas energéticas a nivel federal será responsabilidad del PEN", pero no creo que sea fundamento para establecer exenciones aduaneras.

58. Que declara de interés público nacional el logro del autoabastecimiento de hidrocarburos y la expropiación del 51% de YPF. No tiene norma alguna que permita establecer estas exenciones impositivas, pero además sostiene entre sus fines el de "*garantizar el desarrollo económico con equidad social*" (Art. 1°).

59. "En el orden Nacional, estarán sujetos, con arreglo a las normas de aplicación respectivas y en cuanto correspondieren, al pago de derechos aduaneros, impuestos u otros tributos que graven los bienes importados al país y de recargos cambiarios. Asimismo estarán obligados al pago del impuesto a las ganancias eventuales; al canon establecido por el artículo 57 para el período básico y para la prórroga durante la exploración, por el artículo 58 para la explotación; a las regalías estatuidas por los artículos 21, 59 y 62; al cumplimiento de las obligaciones a que se refiere el artículo 64 y al pago del impuesto que estatuye el inciso siguiente".

60. Gordillo escribió al respecto: "A su vez, la Constitución de 1994 prohíbe la delegación administrativa y puso plazo final de la vigencia a la antes existente, a los cinco años de la Constitución, en agosto de 1999. El Congreso empeoró el panorama con las leyes 25.148, 25.645 y 25.918, que en una mezcla de omnipotencia y debilidad no supo resolver el problema y optó por prorrogar el plazo constitucional hasta 2006, a pesar de la previsión constitucional que lo disponía para 1999. Un verdadero dislate". GORDILLO, A., *ob. cit.*, p. VII-3.

Pero además se está avasallando una facultad exclusiva del Congreso, como lo es la reglada en el art. **75 inc. 1**: "Legislar en materia aduanera. Establecer los derechos de importación y exportación...".

Creo que el tema merecía un debate legislativo amplio, por la importancia de los intereses en juego.

\*\*\*

Del *entramado* constitucional surgen los principios de crecimiento armónico con justicia social, desarrollo humano, bienestar general, ambiente sano e igualdad real de oportunidades. Esta igualdad es, junto con la defensa de la propiedad, la seguridad y la libertad, la base que debiera guiar las políticas públicas.

Pero lo cierto es que en el *revés de la trama*, está el PODER, ese "oscuro objeto de deseo".<sup>61</sup>

¿Qué razones justifican el *fracking*? Desde mi punto de vista, sólo lo justifican los grandes beneficios que tendrán unos pocos en desmedro de los demás. Esto se explica por lo que Juan Ramón Capella denominó *poder político privado*.<sup>62</sup>

El poder político de las personas es privado, desigual y se ejerce fuera de las urnas por procedimientos indeterminados.

Y: "En el sistema capitalista, sin embargo, el único poder político privado que surge espontánea y naturalmente es el del empresariado".

Cuando la Legislatura provincial neuquina aprobó el acuerdo YPF-Chevron mientras afuera la comunidad mapuche de Añelo era brutalmente golpeada por la policía local, quedó de manifiesto la desigualdad imperante y sobre todo, qué intereses (o qué *poder político privado*) se protegerían por encima de otros.

Es al pueblo de la Nación a quien corresponde cuestionar con todos los medios legales y políticos legítimos, el cumplimiento del mandato constitucional, para evitar los excesos del poder. Es decir, para evitar lo que ya describiera magistralmente George Orwell, en su *Rebelión en la Granja*:

Por primera vez Benjamín consintió en romper la costumbre y leyó lo que estaba escrito en el muro. Allí no había nada excepto un solo Mandamiento. Este decía: TODOS LOS ANIMALES SON IGUALES, PERO ALGUNOS ANIMALES SON MAS IGUALES

61. FRALLICCIARDI, B., *Teoría de la organización y Administración Pública*, Buenos Aires, Cathedra Jurídica, 2012, p. 7.

62. CAPELLA, J. R., *Los ciudadanos siervos*, Madrid, Trotta, 2005, p. 8.

QUE OTROS. Después de esto no les resultó extraño que al día siguiente los cerdos que estaban supervisando el trabajo de la granja, llevaran un látigo.<sup>63</sup>

## BIBLIOGRAFÍA

- BACCHETTA, Víctor L., "Geopolítica del *fracking*. Impactos y riesgos ambientales", en DETCH, Claudia (dir.), *Revista Nueva Sociedad, ¿Emancipación o dependencia? Los recursos naturales en América Latina*, n° 244, Buenos Aires, 2013.
- BALAZOTE, Alejandro O., "Efectos socioambientales de la explotación gasífera y petrolífera en la cuenca neuquina", en *Cuadernos de Antropología Social. Instituto de Ciencias Antropológicas. Facultad de Filosofía y Letras*, Buenos Aires, EIP, UBA, 1998.
- BALAZOTE, Alejandro O. y RADOVICH, Juan C., "Inversión de capital y riesgo en grupos mapuche asentados en el yacimiento de Loma La Lata", en TRINCHERO, Héctor H. y BALAZOTE, Alejandro O. (comp.), *Etnicidades y territorios en redefinición. Perspectiva histórica y antropológica (Estudios desde la realidad argentina)*, Córdoba, Universidad Nacional de Córdoba, 2000.
- BELOUSOV, Vladímir, *Geología Estructural*, Moscú, Editorial Mir, 1974.
- BIDART CAMPOS, Germán J., "La Constitución Económica (un esbozo desde el derecho constitucional argentino)", en *Cuestiones Constitucionales*, n° 6, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2002.
- , *Manual de la Constitución Reformada*, Buenos Aires, Ediar, 2006.
- BORÓN, Atilio, *Tras el búho de Minerva*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2000.
- CAPELLA, Juan R., *Los ciudadanos siervos*, Madrid, Trotta, 2005.
- CASSAGNE, Juan C., *Tratado de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2002.
- CORTI, Horacio, *Derecho Constitucional Presupuestario*, Buenos Aires, Lexis-Nexis, 2007.
- FRALLICCIARDI, Bartolomé, *Teoría de la organización y Administración Pública*, Buenos Aires, Cathedra Jurídica, 2012.

63. ORWELL, G., *Rebelión en la granja*, Buenos Aires, Booket, 2007, p. 171. Traducción de Rafael Abella.

- GIBBS, John F., *et. al.*, "Seismicity in the Rangely, Colorado, area: 1962-1970" en *Bulletin of the Seismological Society of America*, n° 63, California, 1973.
- GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2009.
- GUILLEMOT, Christian J., *Geología del petróleo*, Madrid, Ediciones Paraninfo, 1982
- HÄBERLE, Peter, "Siete tesis para una teoría constitucional del mercado", en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n° 77, Andalucía, Instituto Andaluz de Administración Pública, 2006.
- , *Nueve ensayos y una lección jubilar*, Lima, Asociación Peruana de Derecho Constitucional, 2004.
- HECHEM, Jorge J., "Breve Historia sobre el Descubrimiento Loma La Lata", en *Petrotecnia Revista de Divulgación de Instituto Argentino del Petróleo y del Gas*, n° 2/10, Buenos Aires, Instituto Argentino del Petróleo y del Gas, 2010.
- HOFER, María I., *La contaminación de las aguas desde la óptica del Derecho*, Buenos Aires, Del País, 2006.
- KIM, Won Y., "Induced seismicity associated with fluid injection into a deep well in Youngstown, Ohio", en *Journal of Geophysical Research: Solid Earth*, vol. 118, Malden, 2013.
- ORWELL, George, *Rebelión en la granja*, Buenos Aires, Booket, 2007.
- PÉREZ ROIG, Diego, *Hidrocarburos no convencionales en Argentina*, consultado en [<http://opsur.wordpress.com/2011/11/17/hidrocarburos-no-convencionales-en-argentina/>].
- SAID, José L., "Responsabilidad del Estado y Justicia Distributiva", en *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública (RAP)*, n° 370, Buenos Aires, 2009.
- GONZÁLEZ, San Román, *et. al.*, *Geología del Petróleo*, La Habana, Centro Politécnico del Petróleo, 2007.
- TAILLANT, Jorge D., *et al.*, *Fracking Argentina, Informe Técnico y Legal sobre la Fracturación Hidráulica en Argentina*, consultado en [<http://wp.cedha.net/wp-content/uploads/2013/10/Fracking-Report-CEDHA-final-24-oct-2013-SPANISH.pdf>].
- TURIEL, Antonio M., *Fracking: rentabilidad energética, económica y ecológica*, consultado en [[crashoil.blogspot.com.ar/2013/02/fracking-rentabilidad-energetica.html](http://crashoil.blogspot.com.ar/2013/02/fracking-rentabilidad-energetica.html)].
- VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín, *Derecho Administrativo*, Madrid, TEA, 1952.

WEAVER, Charles E., "Paleontology of the Jurassic and Cretaceous of West central Argentina", en *American Journal of Science*, vol. 1, Memoirs n° 22(128), Washington, University of Washington, 1931.

Además son recomendables las siguientes películas de divulgación:

GASLAND (2010), dirigida por Josh Fox.

LA GUERRA DEL *FRACKING* (2013), dirigida por Pino Solanas.