

NOTA

**CONSIDERACIONES SOBRE LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO
AMBIENTAL EN LA REPÚBLICA ARGENTINA CON ESPECIAL
MENCIÓN AL PRINCIPIO PRECAUTORIO EN LA LEY DE BOSQUES
Y EN LA LEY DE GLACIARES**

VIOLETA S. RADOVICH

Becaria doctoral

Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET) —

Investigadora adscripta

*Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Ambrosio L. Gioja, Facultad
de Derecho, UBA*

violetaradovich@derecho.uba.ar

RESUMEN: En el presente artículo se realiza un recorrido a través de la evolución del Derecho Ambiental en la República Argentina, desde sus comienzos con la regulación estática de los recursos naturales, hasta la consagración constitucional del derecho a un ambiente sano, como consecuencia del desarrollo del Derecho Ambiental a nivel internacional. También se estudia la atribución que se ha otorgado al Congreso Nacional de sancionar las leyes de presupuestos mínimos de protección ambiental, y la mención de estas leyes en el nuevo Código Civil y Comercial Unificado. Finalmente, se hace referencia a los principios ambientales, y específicamente a la aplicación del principio precautorio en la Ley de Bosques y en la Ley de Glaciares.

PALABRAS CLAVES: evolución — derecho — ambiental — precaución — Argentina — presupuestos — mínimos.

ABSTRACT: In this article the steps of the evolution of Environmental Law in Argentina are analyzed, from the first step including static regulation of natural resource, towards the recognition of the right to a healthy environment in the Constitution, as a consequence of the development of Environmental Law at the international level. The power conferred upon the National Congress to enact the laws of basic environmental requirements is also studied, as well as the

reference to these laws in the new Unified Civil and Commercial Code. Finally, environmental principles are considered, specifically the application of the precautionary principle in the Forests Law and Glaciers Law.

KEY WORDS: evolution — law — environmental — precaution — Argentina — basic — requirements.

SUMARIO: I. Introducción II. Etapas de la evolución del Derecho Ambiental 1. Regulación estática de los recursos naturales 2. Tratamiento dinámico del ambiente a) Aprobación de tratados ambientales internacionales b) Sanción de normas provinciales 3. Reforma de la constitución en 1994 4. Elaboración de normas de presupuestos mínimos 5. Inclusión de las normas de presupuestos mínimos en el nuevo Código Civil y Comercial Unificado en 2016 III. La Ley General del Ambiente (LGA) IV. Los Principios Ambientales V. Los Principios de Prevención y de Precaución. 1. El principio precautorio en la Ley de Bosques. 2. El principio precautorio en la Ley de Glaciares VI. Conclusiones.

I. Introducción

El presente artículo pretende indagar en las etapas del desarrollo del Derecho Ambiental en la República Argentina. Se mencionan las etapas por las que ha transcurrido el Derecho Ambiental en el país, desde la regulación estática de los recursos naturales hasta la consagración constitucional del derecho a gozar de un ambiente sano y la atribución al Congreso Nacional del dictado de las normas de presupuestos mínimos de protección ambiental en 1994, hasta la inclusión de estas normas en el nuevo Código Civil y Comercial unificado (CU) en 2016.

Se realizan consideraciones sobre la figura de los presupuestos mínimos, y en particular, se describe a la Ley General del Ambiente (LGA), la ley de presupuestos mínimos que es la ley ambiental marco en el país y a los principios ambientales que esta ley introduce para su interpretación y aplicación. Se enumeran las normas de presupuestos mínimos que se han sancionado en el país y se realiza una referencia al principio de precaución y de responsabilidad en la Argentina, y una especial referencia a la aplicación del principio precautorio en la Ley de Bosques y en la Ley de Glaciares.

II. Etapas de la evolución del Derecho Ambiental

El Derecho Ambiental es una rama transversal del Derecho en constante evolución que revoluciona ramas del derecho clásicas consolidadas antaño¹. Lorenzetti (2008) explica que el Derecho Ambiental cambia el modo de ver los problemas y las soluciones proporcionadas por nuestra cultura, cuestión que incide en la etapa de planteamiento de las hipótesis y consiste fundamentalmente en una mudanza epistemológica debido a que surge un problema descodificante que impacta sobre el orden existente, planteando uno distinto, sujeto a sus propias necesidades y por ello profundamente herético. Lo novedoso es que ahora la naturaleza como totalidad aparece como “escasa” por lo que presenta un escenario conflictual diferente al que conocemos.

Lorenzetti (2008) distingue entre el “macro-bien” y los “microbienes ambientales”. El ambiente es un macro-bien y como tal es un sistema, lo cual significa que es más que sus partes: es la interacción de todas ellas.

Se pueden trazar las siguientes etapas en la formulación de las normas ambientales en la República Argentina²:

1. Regulación estática de los recursos naturales
2. Tratamiento dinámico del ambiente:
 - a) aprobación de Tratados Ambientales Internacionales
 - b) sanción de normas provinciales
3. Reforma de la Constitución en 1994
4. Elaboración de normas de presupuestos mínimos
5. Inclusión de las normas de presupuestos mínimos en el nuevo Código Civil y Comercial Unificado en 2016.

1. Regulación estática de los recursos naturales

Durante la primera etapa relativa a la regulación estática de los recursos naturales, hacia fines del siglo XIX, se comenzó a regular en forma

¹ Violeta Radovich, “Governance of oil and gas exploration and exploitation at sea: towards coastal marine biodiversity preservation”, en Couzens, E.; Paterson, A.; Riley, S.; Fristikawati, Y. (eds.), *Protecting Forest and Marine Biodiversity: The Role of Law*, Edwar Elgar. Reino Unido, 2017.

² Silvia Nonna., “La Protección Ambiental en las Normas del Nuevo Milenio. Un Nuevo Rumbo”, en Leila Devia (coord.), *Nuevo Rumbo Ambiental*, Ciudad Argentina. Buenos Aires, 2008.

independiente a los distintos recursos naturales, tanto a nivel nacional como provincial, un ejemplo es justamente la sanción en 1886 del Código de Minería de la Nación. Asimismo, varias leyes nacionales anteriores a la primera década de los setenta del siglo pasado, se ocupan de regular otros recursos naturales, por ejemplo, la Ley 2.797 de 1891 titulada “Purificación de residuos cloacales que se arrojen a los ríos”, a la que se ha descripto como “la primera ley que regula la temática ambiental en la Argentina, precursora y premonitoria”³, ley que aunque no se aplica, continua en vigencia.

2. Tratamiento dinámico del ambiente

a) aprobación de Tratados Ambientales Internacionales

En la segunda etapa, avanzado el siglo XX, se modificó la visión sobre la interpretación de las cuestiones relacionadas con los recursos naturales, se avanzó hacia un concepto nuevo y globalizador dinámico del “Ambiente”, entendido como el entorno en el que se vive y en el que se desarrollan las actividades, en el cual se interactúa con otros componentes. El ambiente es un sistema complejo en el que interactúan y se interrelacionan de manera condicionada los distintos elementos que lo componen, entre ellos los recursos naturales, el hombre que los transforma, los recursos culturales que resultan de esa transformación, y finalmente los residuos que en consecuencia se generan. A partir de 1972, con la Conferencia Mundial sobre Medio Ambiente Humano convocada por la Asamblea de Naciones Unidas, con la Declaración de Estocolmo, y con más fuerza desde 1982 a través del Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente, la variable ambiental comenzó a consolidarse desde lo global. En 1992, la Conferencia de Naciones Unidas para el Medio Ambiente y el Desarrollo de Río de Janeiro, significó un hito importante en la historia del Derecho Ambiental Internacional. La citada Conferencia de Río generó en todo el mundo un fuerte entusiasmo por sancionar cuerpos jurídicos ambientales orgánicos y lo mismo ocurrió en la República Argentina⁴.

³ Silvia Nonna, Natalia Waitzman & José Luis Dentone. *Ambiente y Residuos Peligrosos*, Editorial Estudio. Buenos Aires, 2011.

⁴ Mario Valls, *Presupuestos mínimos ambientales*, Astrea. Buenos Aires, 2012.

b) sanción de normas provinciales

La República Argentina se hizo eco de esta etapa, no sólo participó activamente desde lo internacional y adoptó acuerdos ambientales, sino que también incrementó el proceso de inserción de la dinámica ambiental en su derecho positivo. En los albores de 1990, la mayoría de las provincias argentinas ya habían incorporado el principio de protección del ambiente en sus respectivas Constituciones. Además, la mayoría de las provincias regularon la materia ambiental a través de normas particulares, ya sea leyes generales de protección ambiental, o mediante normativa específica para la evaluación del impacto ambiental.

Se ha sostenido que el punto de partida para sistematizar la protección del ambiente en todo el país fue el Pacto Federal Ambiental firmado el 5 de julio de 1993⁵, donde se estableció que el objetivo del Acuerdo es:

...promover políticas de desarrollo ambientalmente adecuadas en todo el territorio nacional, estableciendo Acuerdos Marco entre los Estados Federados y entre estos y la Nación, que agilicen y den mayor eficiencia a la preservación del ambiente teniendo como referencia los postulados del "Programa 21" aprobado en la Conferencia de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente y Desarrollo (CNUMAD 92').

Se tuvo primordialmente en consideración:

Que la preservación, mejoramiento y recuperación del Ambiente son objetivos de acciones inminentes que han adquirido dramática actualidad, desde el momento que se ha tomado conciencia que el desarrollo económico no puede estar desligado de la protección ambiental.

Las partes, al celebrar el Pacto acordaron:

Promover a nivel provincial la unificación y/o coordinación de todos los organismos que se relacionen con la temática ambiental, concentrando en

⁵ Nonna, "Ambiente y ..." cit.

el nivel máximo posible la fijación de las políticas de los Recursos Naturales y Medio Ambiente” y “compatibilizar e instrumentar en sus jurisdicciones la Legislación Ambiental” (párr. 2 y 4 del Pacto).

Ya en 1990, las provincias, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y el Gobierno Federal habían firmado el Acta Constitutiva del Consejo Federal para el Medio Ambiente (COFEMA). El COFEMA es una persona jurídica de derecho público, sus objetivos principales consisten en formular políticas de utilización conservante de los recursos del ambiente, ordenar administrativamente la estrategia y gestión ambiental en la Nación, provincias y municipios, fijar y actualizar los niveles exigidos de calidad ambiental y realizar estudios comparativos propiciando la unificación de variables y metodologías para el monitoreo de los recursos ambientales en todo el territorio nacional (art. 2º). Cuando el COFEMA se expida en forma de resolución, los Estados partes se obligan a adoptar a través del poder que corresponda las reglamentaciones y normas generales que resuelva la Asamblea (art. 4º). En el seno del COFEMA es donde se gesta el federalismo ambiental de concertación que ha sido definido por Frías como “una relación participativa de los niveles de gobierno, central y provinciales, que deje de lado la confrontación, dando lugar a la programación interjurisdiccional de áreas temáticas que afectan a distintas unidades territoriales o niveles gubernamentales”⁶. Hemos sostenido en estos términos:

Este ‘federalismo de concertación’ en materia ambiental fue receptado en nuestro ordenamiento jurídico (v. art. 41, CN y art. 23 de la ley 25.675), bajo cuyo marco el COFEMA debe asumir un “rol” fundamental, la autoridad ambiental nacional debe cumplir con el debido proceso de reglamentación de las leyes de presupuestos mínimos dando participación real a las jurisdicciones locales, últimas ejecutoras de estas normas, lo cual permite identificar los intereses y necesidades locales, estableciendo las bases de un nuevo tipo de relación entre los diferentes niveles gubernamentales. No perdamos de vista que la cuestión ambiental no reconoce límites ni divisiones políticas, ni plazos temporales y que se debe

⁶ Pedro Frías, “El federalismo en la reforma constitucional”, en LL 1994-D1122/1126.

respetar el derecho de las generaciones futuras a gozar de un ambiente sano⁷.

3. Reforma de la Constitución en 1994

Esta tercera etapa se consolidó con la reforma constitucional en el año 1994, que consagró en la denominada cláusula ambiental en el primer y segundo párrafo del art. 41, el derecho y la obligación de proteger el ambiente y el desarrollo sostenible:

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.

El paradigma ambiental, a partir de la cláusula ambiental de la Constitución Nacional, opera en el derecho argentino como la base ineludible y punto de partida para todo caso ambiental⁸. El concepto de orden público ambiental, se relaciona con el concepto de “paradigma ambiental”. Este paradigma actúa como un principio organizativo del pensamiento retórico, analítico y protectorio que se vincula con la interacción sistémica y con los enfoques holísticos⁹.

Lorenzetti sostiene que hay “principios jurídicos estructurantes”, es decir que cambian el paradigma de análisis de una cuestión legal y que esto es lo que ocurre con la cuestión ambiental, que cambia el modo de analizar muchos aspectos del Derecho vigente y que surge de la propia Constitución y de la ley.

⁷ Silvia Nonna & Violeta Radovich, “Régimen Jurídico de los Glaciares y Ambiente Periglacial en la Argentina”, en Javier Echaide y Clara Minaverry (eds.), *Revista Jurídica de Buenos Aires, Derecho de Aguas y Derecho Ambiental*, Abeledo Perrot. Buenos Aires, 2016.

⁸ Aníbal Falbo, “El ambiente es indisponible”, en Néstor Cafferatta (dir.), *Summa Ambiental*, Tomo I, Abeledo Perrot. Buenos Aires, 2011.

⁹ Ricardo Lorenzetti, *Teoría del Derecho Ambiental*, La Ley. Buenos Aires, 2008.

4. Elaboración de normas de presupuestos mínimos

En el tercer párrafo del art. 41 de la CN, se confirió al Congreso Nacional la atribución de sancionar la normativa ambiental básica, es decir, las normas de presupuestos mínimos para la protección ambiental, por lo que se ha establecido un nuevo esquema de competencias 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.

La expresión “presupuestos mínimos” que ha sido adoptada del texto constitucional español se presta a confusiones debido a que ambas palabras tiene más de una denotación lingüística. Se suele confundir la palabra “presupuesto” con su denotación en el contexto económico¹⁰, un término más adecuado a la cultura argentina podría haber sido “requisitos”. Lo mismo sucede con el adjetivo “mínimos”, la utilización del adjetivo “básicos” podría haber sido más adecuada.

Las normas de protección ambiental tienen un carácter “mixto” o “hibrido”, ya que sus disposiciones pueden ubicarse tanto dentro del Derecho Público, como del Derecho Privado, y abordan temáticas no sólo de derecho de fondo, sino también, excepcionalmente de Derecho Administrativo y de Derecho Procesal.

La potestad reglamentaria de estas leyes corresponde al Poder Ejecutivo¹¹, ya que la definición de los presupuestos mínimos exige una ardua tarea de desarrollo normativo, ostentan un eminente carácter científico y técnico. Por ejemplo, el caso de los estándares de calidad, requeriría una revisión periódica a cargo del Poder Ejecutivo, en base al avance científico, estudios técnicos y evaluaciones de riesgo.

La LGA en su art. 4º define al presupuesto mínimo de protección ambiental como:

¹⁰ “Cantidad de dinero calculado para hacer frente a los gastos generales de la vida cotidiana, de un viaje, etc.” Diccionario de la Real Academia Española.

¹¹ Néstor Cafferatta, *Informe al COFEMA*, septiembre de 2003. Disponible en línea: <https://studylib.es/doc/6926684/informe-al-cofema-n%C3%A9stor-a.-cafferatta-normas-de> [Última consulta, 20 de febrero de 2018].

...toda norma que concede una tutela ambiental uniforme o común para todo el territorio nacional, y tiene por objeto imponer condiciones necesarias para asegurar la protección ambiental.

El COFEMA se expidió formalmente acerca de las características de las normas de presupuestos mínimos de protección ambiental a través de la Resolución 92/04¹². Allí expresó que el objeto de las leyes de presupuestos mínimos debe ser el de protección mínima ambiental del recurso y no el de su gestión, potestad privativa de las provincias. Asimismo, expresó que toda interpretación que se haga del contenido de protección ambiental debe tener carácter restrictivo, lo que implica que su objetivo debe mantener una relación directa y concreta con la finalidad de protección ambiental, sin desvirtuar las competencias reservadas a las provincias.

Las normas nacionales de presupuestos mínimos de protección ambiental deberán contener principios y directrices básicos para la regulación de la relación ambiental, que se consideren fundamentales para garantizar una base jurídica o “piso” en todo el territorio nacional. Las normas de presupuestos mínimos representan un nuevo sector de competencias delegadas del ordenamiento jurídico nacional. En ese orden de ideas, se ha generado un nuevo ámbito competencial, de reparto de poderes, que incide sobre temas antes reservados a las Provincias y en ámbitos que antes de la reforma eran propios de su jurisdicción. Resulta necesario uniformar la legislación existente para lograr el objetivo de la delegación de competencias que reviste carácter tuitivo¹³.

Las autoridades provinciales están obligadas a sujetar su accionar a las leyes nacionales de presupuestos mínimos, cuentan por su parte con facultades normativas para complementar las leyes de presupuestos mínimos de protección ambiental y para dictar los reglamentos que sean necesarios para la ejecución tanto de las leyes nacionales de presupuestos mínimos como de las respectivas normas complementarias, lo que se conoce como

¹² Resolución N° 92/04. Presupuestos Mínimos de Protección Ambiental. Sancionada el 17/09/2004.

¹³ *Nonna, “Ambiente y ...” cit.*

“complementariedad maximizadora” según Bidart Campos¹⁴. En este sentido se ha expresado la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires:

“En el campo ambiental, como hemos visto, se ha producido una delegación a favor de la Nación en lo que hace a la determinación de los presupuestos mínimos para su protección, las provincias han renunciado así a importantes competencias originarias, en excepción al principio receptado por el artículo 121, reservándose exclusivamente las facultades necesaria para dictar normas complementarias, conservando el dominio originario de los recursos naturales existentes en su territorio (conforme artículo 124) (...) Ahora las provincias pueden complementar esta legislación y aun aumentar las condiciones impuestas por la Nación pero nunca deben ser menores ni oponerse a ellos”¹⁵.

Se entiende además, que para el caso que existan normas locales menos restrictivas que una ley de presupuestos mínimos, aquéllas deberán adecuarse a ésta, como así también que respecto de las normas locales vigentes y preexistentes a las leyes de presupuestos mínimos de protección ambiental, aquéllas mantendrán su vigencia en la medida que no se opongan a éstas ni resulten menos exigentes. Es por esto que por presupuestos mínimos se entiende normas de base, umbral, comunes, sobre los cuales se va a construir el edificio total normativo de la tutela ambiental en la Argentina, de organización federal.

Sin embargo en la reforma constitucional, el legislador no ha modificado el art. 124 de la Constitución Nacional que establece en su segundo párrafo:

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

Esta disposición constitucional da lugar a que las provincias se opongan a aplicar los presupuestos mínimos de protección ambiental. No obstante, la

¹⁴ Germán Bidart Campos, Tratado Elemental de Derecho Constitucional, Tomo IA, EDIAR. Buenos Aires, 2000.

¹⁵ “Copetro S.A. c. Municipalidad de Ensenada s/Inconstitucionalidad de la Ordenanza 1887/95”, recaído en Acuerdo del 20 de marzo de 2002, según el voto de Hitters, BO, DJJ, boletín 26/09/02, Año LXI, T° 163, N° 1304.

palabra “originario” que complementa al sustantivo “dominio”, debe ser entendida como una reivindicación histórica, derivada de la preexistencia de los entes territoriales locales al Estado Nacional, “originario” connota a “previo” y evoca lo “ancestral”. La palabra “originario” funciona como una advertencia a los titulares del dominio, en el sentido de que tal titularidad no conlleva la facultad de explotación local desligada de las necesidades del país, connota lo “no absoluto” y evoca lo “no definitivo”¹⁶.

Se observa el tiempo que transcurrió hasta que el cambio de paradigma ambiental pudiera hacerse efectivo, ya que fue recién en el año 2002, a ocho años de reformada la Constitución, que comenzaron a dictarse leyes de presupuestos mínimos. A la fecha se han sancionado once leyes de presupuestos mínimos para la protección ambiental, en diferentes temáticas específicas que, en orden cronológico son las siguientes:

1. Ley 25.612 de Gestión Integral de los Residuos Industriales y de Actividades de Servicio
2. Ley 25.670 de Gestión y Eliminación de los PCBs
3. Ley 25.675 de Gestión Sustentable y Adecuada del Ambiente, LGA
4. Ley 25.688 de Régimen de Gestión Ambiental de Aguas
5. Ley 25.831 de Información Pública Ambiental
6. Ley 25.916 de Gestión de Residuos Domiciliarios
7. Ley 26.331 de Protección Ambiental de los Bosques Nativos
8. Ley 26.562 de Protección Ambiental para el Control de las Actividades de Quema
9. Ley 26.639 de Preservación de los Glaciares y del Ambiente Periglacial
10. Ley 26.815 de Protección Ambiental en materia de Incendios Forestales y Rurales
11. Ley 27.279 para la Gestión de los Envases Vacíos de Fitosanitarios

Es decir, que la cuestión de la delimitación de la jurisdicción ambiental en la República Argentina, no es un tema sencillo. Dificultad que lejos de ser un obstáculo insalvable, es un desafío que merece el esfuerzo que significa alcanzarlo, para lograr la definición y posterior aplicación de una política para

¹⁶ Nonna, “Ambiente y ...” cit.

todo el territorio nacional¹⁷. La aparición de los presupuestos mínimos en nuestro país brinda una oportunidad para organizar la normativa ambiental, ya que antes se contaba con una proliferación y dispersión de normas de distintos niveles y jerarquías, el escenario se presentaba como “contaminado”, con “polución legislativa”¹⁸.

5. Inclusión de las normas de presupuestos mínimos en el nuevo Código Civil y Comercial Unificado en 2016

En relación con la última etapa, en agosto de 2016 entró en vigencia el Código Unificado Civil y Comercial (CCCN) en la República Argentina, que contiene numerosas menciones al Derecho Ambiental.

El CCCN se distingue como el primero en todo el mundo en incluir en su texto, derechos de incidencia colectiva, ya que en general los códigos civiles se han referido y han desarrollado derechos individuales como los de la propiedad, la libertad de trabajo e industria, entre otros¹⁹.

En este sentido, el art. 14 CCCN dispone:

En este Código se reconocen:

- a. derechos individuales;
- b. derechos de incidencia colectiva (...)

Los derechos de incidencia colectiva tienen fuente en la Constitución y en los tratados sobre Derechos Humanos. Este artículo puede ser interpretado junto con otros artículos del Código: los arts.18 (derechos de las comunidades indígenas), 240 (límites al ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes) y 241 (primacía de los presupuestos mínimos), entre otros.

El art. 241 del CCCN dispone:

Cualquiera sea la jurisdicción en que se ejerzan los derechos, debe respetarse la normativa sobre presupuestos mínimos que resulte aplicable.

¹⁷ Nonna & Radovich, “Régimen Jurídico...”

¹⁸ Nonna, “Ambiente y ...” cit.

¹⁹ José Esaín, “El Código Unificado Civil y Comercial y el Derecho Ambiental”, en Di Pangraccio, A., Nápoli, A., Sangalli, F. (eds), *Informe Ambiental Anual FARN 2016*, Fundación Ambiente y Recursos Naturales. Buenos Aires, 2016.

Es decir que, ya no sólo el Derecho Ambiental llama a ordenar los institutos de Derecho Privado desde sus normas (art. 3º Ley 25.675), sino que ahora el propio Derecho Privado posee normas que indican la operatividad del Derecho Ambiental²⁰.

El art. 240 CCCN establece los límites a los derechos individuales sobre los bienes de incidencia colectiva, del que se deriva que la función social de los derechos individuales exige que estos sean ejercidos en forma compatible con los derechos de incidencia colectiva, conforme la normativa administrativa nacional y local e interés público, y siempre que no afecten al ambiente en el sentido más amplio²¹. El artículo menciona que no se debe afectar el funcionamiento ni la “sustentabilidad” [sic] de ciertos ecosistemas: la flora, la fauna, la biodiversidad, el agua, el paisaje y los valores culturales, aunque no se trata de una enunciación taxativa y remite a los criterios de las leyes especiales. Se afirma que esta norma establece el paradigma de la sustentabilidad que, unido a los criterios de progresividad, de no regresión y *pro homine* serán muy importantes para la aplicación del sistema normativo de tutela de los derechos de incidencia colectiva²².

La función preventiva prevista en el nuevo Código, engloba el principio preventivo del art. 4º LGA, no así el precautorio. A los fines de poder hacer valer la tutela preventiva, el CCCN introduce la acción preventiva, no sólo incluye en forma genérica la función preventiva, sino que otorga una herramienta para poder hacerla efectiva. Pero esta acción preventiva solamente podrá ser interpuesta cuando “una acción u omisión antijurídica hace previsible la producción de un daño” (art. 1711 CCCN). Al especificar que el acontecimiento del hecho dañoso debe ser previsible, se hace referencia al principio preventivo, dejándose al margen el principio precautorio²³.

²⁰ Esaín, “El Código Unificado...” cit.

²¹ Lidia Garrido Cordobera, “El paradigma de la sustentabilidad y su recepción en el Código Civil y Comercial Argentino”, en Di Pangraccio, A., Nápoli, A., Sangalli, F. (eds), *Informe Ambiental Anual FARN 2016, Fundación Ambiente y Recursos Naturales*. Buenos Aires, 2016.

²² Garrido Cordobera, “El paradigma...” cit.

²³ Esaín, “El Código Unificado...” cit.

III. La Ley General del Ambiente (LGA)

La LGA sancionada en el año 2002, establece los presupuestos mínimos para el logro de una gestión sustentable²⁴ y adecuada del ambiente, la preservación y protección de la diversidad biológica y la implementación del desarrollo sustentable. La Ley provee la estructura institucional básica sobre la cual debe organizarse, interpretarse y aplicarse la normativa ambiental específica, es una ley marco. Es una ley de orden público (art. 3º), cuestión que ha sido puesta de relieve en diversas sentencias judiciales, por ejemplo en los siguientes términos:

Nos encontramos frente a un caso de daño ambiental, donde se debe dar prioridad a la solidaridad social en razón de partir de la jerarquización de la persona humana; advirtiendo que el tema es de orden público ambiental y por lo tanto inalienable e indisponible para las partes²⁵.

Es dable destacar que el único daño que se encuentra receptado constitucionalmente es el daño ambiental y la obligación de recomponer que éste genera, en el art. 41 párr. 1º de la Constitución Nacional.

Asimismo, la LGA ratificó el Acta Constitutiva del COFEMA, cuyo texto pasó a formar parte de la Ley como Anexo I y también ratificó el Pacto Federal Ambiental suscrito el 31 de agosto de 1990, cuyo texto forma parte de la Ley como Anexo II. El art. 23 de la LGA convirtió en mandato legal una de las actividades que el COFEMA ya venía desarrollando hace doce años, al establecer el sistema federal ambiental con el objeto de desarrollar la

²⁴ Éste es el término que utiliza la ley; no obstante, el apropiado sería “sostenible”. “Sustentable” es un término que en la teoría de la gramática inglesa se conoce como “false cognate”, es decir “amigo falso”, es similar en la ortografía en ambos idiomas; pero el significado no es el mismo. La búsqueda del término “sustentable” en el Diccionario de la Real Academia Española arroja la siguiente definición: “Que se puede sustentar o defender con razones”. En cambio, la definición del término “sostenible” tiene dos acepciones, la primera tiene la misma denotación que “sustentable”: “Que se puede sostener. *Opinión, situación sostenible*”. La segunda acepción es la que nos interesa: “Especialmente en ecología y economía, que se puede mantener durante largo tiempo sin agotar los recursos o causar grave daño al medio ambiente. *Desarrollo, economía sostenible*.”

²² Cámara de Apelaciones de Río Grande, Sala Civil, Comercial y del Trabajo. *Estancia Violeta S.R.L. c. Techint S.A.C.I.*, 27/09/2005.

coordinación de la política ambiental entre los diferentes niveles del Gobierno, que será coordinado por el COFEMA.

En la República Argentina, los principios ambientales tienen fundamento constitucional en la cláusula ambiental. En el art. 4º de la LGA se establece que los principios se utilizarán para interpretar y aplicar la ley y toda la política ambiental nacional y se los enumera: principio de congruencia, de prevención, precautorio, de equidad intergeneracional, de progresividad, de responsabilidad, de subsidiariedad, de sustentabilidad, de solidaridad y de cooperación. Con respecto a la competencia judicial, se establece que la aplicación de la LGA corresponde a los tribunales ordinarios y que la competencia será federal en caso que el acto u omisión en cuestión afecte recursos ambientales interjurisdiccionales. Asimismo, se confiere un rol activo a los jueces, ya que quedan habilitados a disponer medidas de urgencia aún sin petición de parte (art. 32).

La LGA enuncia los instrumentos de la política y la gestión ambiental: el ordenamiento ambiental del territorio, la evaluación de impacto ambiental, el sistema de control sobre el desarrollo de las actividades antrópicas, la educación ambiental, el sistema de diagnóstico e información ambiental y el régimen económico de promoción del desarrollo sustentable (art. 8). Se consagra a la educación ambiental como el instrumento básico para generar en los ciudadanos valores, comportamientos y actitudes acordes con la preservación del ambiente. Del mismo modo, se consagra el derecho a la información ambiental al imponer sobre la autoridad de aplicación el deber de desarrollar un sistema nacional integrado de información. En esta misma línea, se asienta el derecho a la participación y se impone sobre las autoridades el deber de institucionalizar procedimientos de consultas o audiencias públicas como instancias obligatorias para autorizar aquellas actividades que puedan generar un impacto negativo sobre el ambiente (art. 19).

La LGA también estableció la obligación de asegurar toda actividad riesgosa para el ambiente con una entidad suficiente para garantizar el financiamiento de la recomposición del daño (art. 22), no obstante ya transcurridos dieciséis años desde la sanción de la ley, la Superintendencia de Seguros de la Nación no ha logrado autorizar una póliza que se ajuste a lo normado en el artículo.

Un capítulo específico de la LGA regula todo lo atinente al daño ambiental de incidencia colectiva. Se define al daño ambiental como toda alteración relevante que modifique negativamente el ambiente, sus recursos, el equilibrio de los ecosistemas, o los bienes o valores colectivos. Se establece la responsabilidad objetiva por daño ambiental, las únicas causales de exoneración son la culpa exclusiva de la víctima o de un tercero por quien no debe responder (arts. 28 y 29). Se postula la responsabilidad compartida entre todos los autores del daño ambiental, producido el daño ambiental, la ley legítima para accionar judicialmente al afectado, al defensor del pueblo y a las asociaciones no gubernamentales de defensa ambiental.

IV. Los Principios Ambientales

Tal como se mencionó en el apartado anterior, en el art. 4º de la LGA se establece que los principios se utilizarán para interpretar y aplicar la ley y toda la política ambiental nacional y se los enumera.

López Alfonsín (2015) explica que los principios generales ambientales son los principios rectores de protección del ambiente, son estándares que constituyen las directivas en las que se funda el Derecho Ambiental, constituyen un patrón orientador del Derecho para los operadores jurídicos, verbigracia para el legislador porque las normas que dicte deberán ajustarse a estos principios, según se refirió en el apartado anterior. Los principios son de utilidad cuando se presenta una contienda entre estos y la legislación que pretende aplicarse a dicha materia, resultan de vital importancia para evitar el avance disfuncional de la normativa correspondiente a otra temática, y coadyuvan a alcanzar el desarrollo y consolidación de la reglamentación propia y la delimitación de las fronteras de la especialidad.

Lorenzetti²⁶ sostiene que el principio es una norma jurídica y no una mera declaración, aunque su grado de obligatoriedad sea diferente de la regla de derecho. Los principios son conceptos jurídicos indeterminados y no describen un supuesto de hecho, mientras que las reglas, por el contrario, contienen mandatos, permisiones o prohibiciones aplicables a un supuesto delimitado con precisión. El principio es un instrumento apropiado para situaciones de

²⁶ Lorenzetti, "Teoría del Derecho..." cit.

incertidumbre porque no es rígido y porque permite medir en cada caso su peso concreto, haciendo un balance con otros elementos competitivos. Con respecto a la aplicación del principio, es casuístico, se aplica caso por caso, pero este casuismo no sólo se da a través de la aplicación judicial o administrativa, sino también cuando se redactan tratados o leyes.

En los próximos apartados, se ha escogido hacer una referencia especial a los principios de prevención y de precaución y a su aplicación en dos de las leyes de presupuestos mínimos: la Ley de Bosques y la Ley de Glaciares.

El cambio de paradigma que genera el Derecho Ambiental se centra en la evitación y prevención del daño ambiental, el principio contaminador-pagador aparece en forma subsidiaria frente a la trascendencia que han adquirido otras obligaciones como la de prevenir los daños (Pigretti & Cafferatta, 2002).

El énfasis en la etapa “previa”, la preventiva-precautoria, fue introducido a partir de la Declaración de Río sobre Ambiente y Desarrollo del año 1992 (Declaración de Río).

V. Los Principios de Prevención y de Precaución

El principio de prevención tiende a evitar un daño futuro, pero cierto y mensurable. En cambio, el principio de precaución apunta a impedir la creación de un riesgo con efectos todavía desconocidos y por lo tanto imprevisibles²⁷.

Tanto la reparación como la prevención se sustentan en “lo cierto”, sea porque se trata de perjuicios ya materializados, o bien porque se refiere a riesgos que son conocidos, y susceptibles de ser matizados. En cambio, el problema de la precaución se configura como la introducción de lo incierto, lo controversial o desconocido, epistemológicamente se trata de situaciones diferenciadas. La precaución no se presenta como una continuidad de la prevención que se encarga de aquello para lo cual la prevención no posee herramientas. Por el contrario, existe una ruptura entre ambas, una relación con la ciencia y una imagen de ésta que es profundamente disímil²⁸. Prieur sostiene que parece transitarse hacia la deconstrucción de una imagen de la ciencia como aquel dominio de la certeza y de las verdades verificables a partir de datos de la

²⁷ Valeria Berros, *Entramado precautorio. Un aporte desde el derecho para la gestión de riesgos ambientales y relativos a la salud humana en Argentina* (tesis doctoral, UNL). Santa Fe, 2013.

²⁸ Berros, “*Entramado precautorio...*” cit.

experiencia²⁹. Se necesita de la construcción de nuevos regímenes de causalidad y de nuevas formas de pensar el daño³⁰.

El eslabón inicial del principio precautorio suele ubicarse hacia mediados de la década del setenta en Alemania, cuando se introduce el *Vorsorgeprinzip*, primer germen de la idea de precaución que nació en el área del Derecho del Mar. Para esta fecha, este principio ya había efectuado un importante camino tanto en relación con el tema ambiental en general así como, también, respecto de problemáticas determinadas como la protección de la biodiversidad, recursos naturales puntuales, entre otros.

En el plano internacional, aparece inscripto tanto en normas *hard* como *soft*. En este sentido, se explica³¹:

Sus diversas manifestaciones poseen heterogéneo alcance y fortaleza, desde su consideración como un principio fundador del derecho ambiental hasta ser esbozado como una “perspectiva” o “enfoque”, o bien, considerado como una suerte de instrumento “anti - desarrollo científico tecnológico.

En 1992, la Declaración de Río lo define en su Principio N° 15:

Con el fin de proteger el Medio Ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente [sic].

En dicho año, además, se lo incorpora en la CMNUCC³² y en la CDB³³.

²⁹ Michel Prieur, “Incertitude juridique, incertitude scientifique et protection de l’environnement Incertitude juridique, incertitude scientifique” en *Les Cahiers du Cricleau* N° 3, Pulim. Limoges, 2001.

³⁰ Berros, “*Entramado precautorio...*” *cit.*

³¹ Berros, “*Entramado precautorio...*” *cit.*

³² Art. 3º: “Las Partes deberían tomar medidas de precaución para prever, prevenir o reducir al mínimo las causas del cambio climático y mitigar sus efectos adversos. Cuando haya amenaza de daño grave o irreversible, no debería utilizarse la falta de total certidumbre científica como razón para posponer tales medidas, tomando en cuenta que las políticas y medidas para hacer

Las formulaciones difieren en los textos en énfasis y grado de fortaleza, lo cual ha sido tematizado por quienes se ocuparon de efectuar un estudio de la gramática de este principio de manera comparativa llegando a diferentes conclusiones. Se sostiene, verbigracia, que más allá de la cantidad de definiciones distintas que aparecen en los tratados rápidamente se ha convertido en uno de los principios fundamentales del derecho internacional ambiental, que existe una pluralidad de concepciones no estabilizadas que dan cuenta de la diversidad de contextos sociales³⁴.

La prohibición directa de ciertas actividades es una aplicación del principio de precaución admitida a nivel internacional debido a que no hay certeza científica de que estas actividades puedan desarrollarse en perfecto cuidado del ambiente, por lo que se aplica este principio establecido en el Principio 15 de la Declaración de Río³⁵.

Por ejemplo, el Protocolo de Madrid sobre Medio Ambiente al Tratado Antártico directamente prohíbe la explotación de los recursos minerales (art. 7º). En el mismo sentido, la UICN elaboró categorías de áreas protegidas, una de las categorías son los parques nacionales, donde la IUCN plantea que la actividad extractiva hidrocarburífera y minera debe estar prohibida³⁶. Para ilustrar con un ejemplo, la misma prohibición plantea en la República Argentina la Ley 22.351 sobre Parques Nacionales en su art. 5º, aunque en los parques interjurisdiccionales costero-marinos esta prohibición no es aplicable ya que se ha establecido expresamente en sus leyes de creación la no aplicación del art. 5º de la Ley 22.351, lo que va en contra del principio ambiental de no regresión que establece que ni la normativa ni la jurisprudencia deberían ser modificadas

frente al cambio climático deberían ser eficaces en función de los costos a fin de asegurar beneficios mundiales al menor costo posible”.

³³ Preámbulo: “Observando también que cuando exista una amenaza de reducción o pérdida sustancial de la diversidad biológica no debe alegarse la falta de pruebas científicas inequívocas como razón para aplazar las medidas encaminadas a evitar o reducir al mínimo esa amenaza”.

³⁴ Berros, “*Entramado precautorio...*” cit.

³⁵ Nonna & Radovich, “Régimen Jurídico...” cit.

³⁶ Para ver los tipos de áreas naturales protegidas: http://cmsdata.iucn.org/downloads/iucn_advice_note_on_mining_in_wh_sites_final_060512_2.pdf

y http://www.iucn.org/about/work/programmes/gpap_home/gpap_quality/gpap_pacategories/ [Última consulta, 15 de julio de 2017].

si esto implicare retroceder respecto a los niveles de protección ambiental alcanzados con anterioridad. El principio de no regresión ingresó en los debates en torno a la Conferencia llevada a cabo por Naciones Unidas sobre Desarrollo Sustentable en junio de 2012 en Río de Janeiro, conocida como “Río +20”. En el parágrafo 20 del texto final de dicha Cumbre denominado “El Futuro que queremos” se asentó el principio de no regresión de la protección ambiental en estos términos:

Reconocemos que desde 1992 los progresos han sido insuficientes y se han registrado contratiempos en algunos aspectos de la integración de las tres dimensiones del desarrollo sostenible, agravados por las múltiples crisis financieras, económicas, alimentarias y energéticas, que han puesto en peligro la capacidad de todos los países, en particular los países en desarrollo, para lograr el desarrollo sostenible. A este respecto, es esencial que no demos marcha atrás a nuestro compromiso con los resultados de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo. Reconocemos además que uno de los principales problemas actuales de todos los países, especialmente los países en desarrollo, es el impacto de las múltiples crisis que afectan al mundo hoy en día.

En la República Argentina, el principio precautorio se forja a modo de principio general de política ambiental nacional a través de la LGA a fines de 2002, es definido de la siguiente manera en el art. 6º:

Cuando haya peligro de daño grave o irreversible la ausencia de información o certeza científica no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces, en función de los costos, para impedir la degradación del medio ambiente.

A posteriori, el principio fue incorporado en la Ley 26.331 de Presupuestos Mínimos de Protección Ambiental de los Bosques Nativos (art. 3º).

1. El principio precautorio en la Ley de Bosques

En el año 2007 se sancionó la ley 26.331 denominada “Presupuestos Mínimos de Protección Ambiental de los Bosques Nativos”, la ley menciona

expresamente como uno de sus objetivos, el de hacer prevalecer los principios precautorio y preventivo, al mantener bosques nativos cuyos beneficios ambientales o los daños ambientales que su ausencia generase, aún no puedan demostrarse con las técnicas disponibles en la actualidad (art. 3°). Con este fin, la ley implementa el ordenamiento territorial de los bosques nativos de acuerdo a tres categorías de conservación (art. 4°). La categoría I (rojo) incluye sectores de muy alto valor de conservación que no deben transformarse y la categoría II (amarillo) incluye a sectores de mediano valor de conservación, que pueden estar degradados, pero que a juicio de la autoridad de aplicación jurisdiccional con la implementación de actividades de restauración pueden tener un alto valor de conservación y podría ser sometidos a los siguientes usos: aprovechamiento sostenible, turismo, investigación científica. Por último, la categoría III (verde) incluye a sectores de bajo valor de conservación que pueden transformarse parcialmente o en su totalidad dentro de los criterios de la ley (art. 9°).

Del mismo modo, el objetivo acerca de hacer prevalecer el principio preventivo y precautorio se logra mediante la exigencia del sometimiento a una evaluación de impacto ambiental para el otorgamiento de la autorización de desmonte (art. 6°), de la audiencia y consulta pública previa a la autorización de desmontes (art. 7°) y del Fondo Nacional para el Enriquecimiento y la Conservación de los Bosques Nativos con el objeto de compensar a las jurisdicciones que conservan los bosques nativos (art. 11).

Mientras se discutía en el seno legislativo la ley 26.331, se produjo un incremento sospechoso de pedidos de autorizaciones de desmontes, intervino en el asunto la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN). El Procurador General sostuvo en su dictamen en el caso *Salas*³⁷ en 2009:

Se ha demostrado claramente que se otorgan autorizaciones para la tala y el desmonte tomando en consideración el impacto ambiental de cada una de ellas, pero no se ha efectuado ningún estudio relativo al efecto acumulativo de todas las autorizaciones. La tala y el desmonte de aproximadamente un millón de hectáreas tendrá un efecto sobre el ambiente que no se puede ignorar...Se configura entonces, una situación

³⁷ "Salas, Dino y otros c/Provincia de Salta y Estado Nacional", 2009 CSJN, Fallos 332:663.

clara de peligro de daño grave porque podría cambiar sustancialmente el régimen de todo el clima en la región, afectando no sólo a los actuales habitantes, sino a las generaciones futuras. Este perjuicio, de producirse, sería además irreversible, porque no habría manera alguna de volver las cosas a su estado anterior.

El principio precautorio produce una obligación de previsión extendida y anticipatoria a cargo del funcionario público. Por lo tanto no se cumple con la ley si se otorgan autorizaciones sin conocer el efecto, con el propósito de actuar una vez que esos daños se manifiesten. Por el contrario, el administrador que tiene ante sí dos opciones fundadas sobre el riesgo, debe actuar precautoriamente, y obtener previamente la suficiente información a efectos de adoptar una decisión basada en un adecuado balance de riesgos y beneficios.

La aplicación del principio precautorio implica armonizar la tutela del ambiente y el desarrollo, mediante un juicio de ponderación razonable.

La CSJN decidió suspender las autorizaciones de tala y desmonte que había otorgado el gobierno de la provincia de Salta en el último trimestre del año 2007, y que habían sido objeto del caso judicial en cuestión, hasta que se realizara un estudio de impacto ambiental acumulativo. El máximo órgano judicial argentino ordenó que este estudio debía realizarse en forma conjunta con la entonces Secretaría de Ambiente y Desarrollo sustentable de la Nación –desde el año 2016 ostenta categoría de Ministerio–, autoridad que debía resguardar el respeto de los presupuestos mínimos en la materia, garantizar la amplia participación de las comunidades que habitan en la zona afectada y debía concentrarse en el análisis del impacto ambiental acumulativo en la tala y desmonte sobre el clima, el paisaje, y el ambiente en general, así como en las condiciones de vida de los habitantes.

No obstante, con respecto al cumplimiento de esta Ley debe señalarse que según Greenpeace, desde la sanción de su sanción hasta fines de 2012 se deforestaron 1.145.044 hectáreas, principalmente en Salta, Santiago del Estero, Chaco y Formosa. Además, la ley cuenta con un problema de financiamiento, el Fondo Nacional para el Enriquecimiento y la Conservación de los Bosques Nativos no podrá ser inferior al 0,3% del Presupuesto Nacional, a lo que deberá sumarse el 2% del total de las retenciones a las exportaciones de productos

primarios y secundarios provenientes de la agricultura, la ganadería y el sector forestal, correspondientes al año anterior (art. 31). En 2008 y 2009 la norma no contó con presupuesto, en 2010, los fondos asignados fueron de \$ 300 millones, cuando debieron haber sido de al menos 821 millones de pesos (0,3% del Presupuesto Nacional). Si se suman las retenciones a las exportaciones, debieron haber alcanzado los \$ 1.200 millones. En 2012 los fondos fueron aún menores: \$ 267 millones. Como mínimo debieron haberse previsto 1.300 millones de pesos (0,3% del Presupuesto Nacional); y unos \$ 1.900 millones si se hubiesen sumado las retenciones a las exportaciones³⁸. El desfinanciamiento impide algo fundamental para que la ley sea efectiva: brindar apoyo económico para financiar proyectos de conservación y uso sustentable que proponen los productores, campesinos o comunidades que habitan los bosques. No se puede implementar el sistema de pago a los custodios de los bosques por la provisión de servicios ambientales.

Es dable destacar que en el año 2018, a través de la resolución 56/2018³⁹ el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Nación, urgió a la provincia de Salta a dejar sin efecto los permisos de desmonte autorizados en el marco de los Decretos provinciales 2211/10 y 3136/10, por resultar incompatibles con las disposiciones de la Ley de presupuestos mínimos sobre Bosques.

La resolución también conmina a la provincia a restaurar las más de 40.000 hectáreas desmontadas hasta el momento bajo estas autorizaciones y prohíbe la emisión de certificados de exportación de palo santo provenientes de estas áreas.

³⁸ Informe "Ley de Bosques: 5 años con pocos avances" elaborado por Greenpeace, FARN y Fundación Vida Silvestre, enero de 2013, <http://www.greenpeace.org/argentina/Global/argentina/report/2013/bosques/Ley%20de%20Bosques.%205%20a%C3%B1os%20con%20pocos%20avances%20FINAL.pdf> [Última consulta, 2 de marzo de 2018].

³⁹ Resolución E 56/2018, Autorizaciones de Re-categorización de uso predial y cambio de uso del suelo. Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sustentable. Boletín Oficial, 25 de enero de 2018.

2. El principio precautorio en la Ley de Glaciares

En el año 2010 se sancionó la ley 26.639 denominada “Régimen de Presupuestos Mínimos para la Preservación de los Glaciares y del Ambiente Periglacial”, la novena ley de presupuestos mínimos de la República Argentina.

La ley establece, en el marco de lo previsto en el art. 41 de la Constitución Nacional, los presupuestos mínimos para la protección de los glaciares y del ambiente periglacial, porque considera que constituyen reservas estratégicas de recursos hídricos: para el consumo humano, para la agricultura y como proveedores de agua para la recarga de cuencas hidrográficas, para la protección de la biodiversidad, como fuente de información científica y como atractivo turístico.

La ley dispone la elaboración del Inventario Nacional de Glaciares, que será realizado y de responsabilidad del Instituto Argentino de Nivología, Glaciología y Ciencias Ambientales (IANIGLA) con la coordinación de la autoridad nacional de aplicación, que de acuerdo con el art. 9º es el organismo nacional de mayor nivel jerárquico con competencia ambiental —el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sustentable. Allí se individualizarán todos los glaciares y geoformas periglaciares que actúan como reservas hídricas existentes en el territorio nacional con toda la información necesaria para su adecuada protección, control y monitoreo (arts. 3º y 5º).

Uno de los artículos que más polémica generó fue el art. 6º que es una aplicación directa del principio de precaución, a pesar de que no haga referencia explícita al principio precautorio, como sí realiza la Ley de Bosques. En el art. 6º entonces, se establecen las actividades prohibidas en los glaciares que puedan afectar su condición natural o las funciones señaladas en el art. 1º, las que impliquen su destrucción o traslado o interfieran en su avance, en particular las siguientes:

a) La liberación, dispersión o disposición de sustancias o elementos contaminantes, productos químicos o residuos de cualquier naturaleza o volumen. Se incluyen en dicha restricción aquellas que se desarrollen en el ambiente periglacial;

b) La construcción de obras de arquitectura o infraestructura con excepción de aquellas necesarias para la investigación científica y las prevenciones de riesgos;

c) La exploración y explotación minera e hidrocarburífera. Se incluyen en dicha restricción aquellas que se desarrollen en el ambiente periglacial;

d) La instalación de industrias o desarrollo de obras o actividades industriales. Debe tenerse presente que éste es el artículo que más debate generó durante el trámite legislativo y que motivó principalmente el veto por parte del Poder Ejecutivo⁴⁰ a la primera ley que había sancionado el Poder Legislativo sobre la temática⁴¹, en virtud de afectar de modo directo intereses vinculados a la actividad minera e hidrocarburífera.

En el veto también se hizo alusión al documento titulado “Declaración de las Provincias Cordilleranas: afirmación de sus competencias en materia de cuidado ambiental” firmado por los gobernadores de las provincias de San Juan, Salta, Jujuy, Catamarca, La Rioja, Santa Cruz, Río Negro y Tierra del Fuego donde se expresó la “preocupación con lo dispuesto por la norma sancionada porque repercutiría negativamente en el desarrollo económico y en las inversiones que se llevan a cabo en dichas provincias”⁴². En ese mismo documento, los gobernadores propusieron un “modelo de norma” que fue adoptado en términos generales, con algunas excepciones, por las cinco provincias que cuentan en sus jurisdicciones con normas provinciales sobre glaciares. Se sostuvo en el documento que el objetivo de esta norma modelo era evitar el progreso de una norma como la vetada, objetivo que no se cumplió, ya que finalmente se sancionó la ley 26.639.

También el tema llegó a fuero judicial, el 3 de julio de 2012 la CSJN dictó sentencia en el caso “Barrick Exploraciones Argentinas S.A. y otro v. Estado Nacional”⁴³, se trataba de una acción declarativa de inconstitucionalidad y en el mismo sentido y en la misma fecha resolvió en los autos “Minera Argentina Gold SA v. Estado Nacional s/ acción declarativa de inconstitucionalidad” y en

⁴⁰ Decreto 1837/2008. Veto total de la ley 26.418. Publicado en el Boletín Oficial de la Nación el 11/11/2008.

⁴¹ Ley 26.418. Ley de Presupuestos Mínimos para la Protección de los Glaciares y del Ambiente Periglacial. Sancionada por el Honorable Concejo de la Nación el 22/10/2008.

⁴² <<http://www.miningpress.com.ar/nota/48962/las-provincias-cordilleranasafirmaron-sus-competencias-ambientales-la-declaracin-completa>> [Última consulta, 1 de marzo de 2018].

⁴³ “Barrick Exploraciones Argentinas SA y otro v. Estado Nacional”, CSJN, 3/7/2012.

“Asociación Obrera Minera SA y otras v. Estado Nacional s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”.

En el primer caso referido, el juez a cargo del Juzgado Federal nro. 1 de San Juan había hecho lugar a la medida cautelar requerida por Barrick Exploraciones Argentina SA (BEASA) y Exploraciones Mineras Argentinas SA (EMASA) y había dispuesto la suspensión de la aplicación de los arts. 2º, 3º, 5º, 6º, 7º y 15 de la ley 26.639 para el emprendimiento “Pascua Lama”. El juez había sostenido con respecto de la acreditación de la verosimilitud del derecho por parte de la actora, que el posible enfrentamiento de los arts. 2º, 3º y 5º de la ley 26.639 con los arts. 41 y 124 de la Constitución Nacional y las prohibiciones contenidas en el art. 6º, generan un estado de incertidumbre acerca de las actividades que desarrollan las actoras BEASA y EMASA en las zonas en las que podrían existir glaciares o ambiente periglacial. El juez había expresado que esta incertidumbre podría afectar el patrimonio y los derechos adquiridos de las empresas en cuestión y sus derechos a ejercer industrias lícitas, de conformidad a lo estipulado en los art. 17 y 14 de la Constitución Nacional. En cuanto al art. 6º de la ley 26.639, el magistrado agregó que debía suspenderlo hasta tanto se dictase la sentencia definitiva. La CSJN consideró que la decisión del Juez Federal de San Juan objeto del recurso suspendió la aplicación de la ley 26.639 con un fundamento contradictorio ya que sostuvo que la ley contiene una definición amplia e imprecisa y por lo tanto genera un estado de incertidumbre para las empresas. Sin embargo, los magistrados de la CSJN explicaron que, justamente la medida cautelar al suspender algunos de los artículos señalados, neutraliza los procedimientos establecidos por la propia ley para generar la precisión que requiere la peticionante. Los magistrados agregaron que una vez que se haya llevado a cabo el inventario de glaciares, se conocerán con exactitud las áreas que se encuentran protegidas por la ley y se podrá determinar si hay glaciares y ambiente periglacial en los lugares en los que se realiza el emprendimiento minero. Asimismo, los magistrados adujeron que luego de que se realice la auditoría ambiental mandada en el art. 15 de la ley 26.639, se conocerá entonces si la actividad minera de la peticionante se encuentra alcanzada por la ley y recién en ese momento, si correspondiere, ésta podrá articular los remedios judiciales que estime pertinentes. En lo que refiere a la verosimilitud del derecho, los magistrados recordaron que las leyes

gozan de una presunción de legitimidad que opera plenamente, por lo que no basta la mera alegación de un perjuicio cuando todavía no se conoce si la actividad se desarrolla en el ámbito del recurso protegido por la ley.

Por otro lado, con respecto a la minería a cielo abierto o la utilización de cianuro, con basamento en el principio de precaución debería prohibirse particularmente esta tecnología o proceso, como sucede actualmente en la Comunidad Europea. La utilización de esta sustancia está prohibida en la Provincia de Mendoza por disposición de la ley 7722 conocida como “ley antiminera”, que recientemente fue declarada constitucional por la Corte Suprema de la Provincia⁴⁴.

Otro ejemplo de la aplicación del principio precautorio en la Ley de Glaciares es la exigencia de la realización de la evaluación de impacto ambiental y evaluación ambiental estratégica, según corresponda conforme a su escala de intervención, de todas las actividades proyectadas en los glaciares y en el ambiente periglacial, que no se encuentran prohibidas. En el desarrollo de estas evaluaciones se garantizará una instancia de participación ciudadana de acuerdo con lo establecido en los arts. 19, 20 y 21 de la LGA, en forma previa a su autorización y ejecución, conforme a la normativa vigente (art. 7º).

La Ley de Glaciares es la primera norma de presupuestos mínimos que incluye en su regulación a la Evaluación Ambiental Estratégica. En la reglamentación del art. 7º realizada por el Poder Ejecutivo⁴⁵ se la define como aquel proceso sistemático de estudio de impactos ambientales de las políticas, planes o programas y de sus alternativas, incluyendo la preparación de un informe escrito y las conclusiones de la evaluación y su uso en los procesos de decisiones públicas.

Sin embargo, la mina Veladero, de Barrick Gold, en la que se produjeron no menos de cinco derrames de solución cianurada en los últimos años, está asentada en un ambiente periglacial, que es una zona protegida, pero sigue funcionando. Esto se debe a que el inventario de glaciares previsto en el art. 3º aún no ha sido finalizado, a pesar de que la zona donde está emplazada esta

⁴⁴ Nonna & Radovich, “Régimen Jurídico...” cit.

⁴⁵ Decreto 207/2011. Reglamentación de la ley 26.418. Publicado en el Boletín Oficial de la Nación el 28/02/2011.

mina es justamente una de las zonas que la ley señala como prioritarias en la realización del inventario.

VI. Conclusiones

El desarrollo del Derecho Ambiental en la República Argentina atravesó diferentes etapas hasta que a partir de la reforma de la Constitución Nacional en 1994, llegó a su punto más trascendental, al consagrarse el derecho constitucional a gozar de un ambiente sano, siguiendo la tendencia internacional de desarrollo del Derecho Ambiental. Asimismo, la reforma de la Constitución impuso al Congreso de la Nación el deber de sancionar las leyes de presupuestos mínimos de protección del ambiente con el objeto de lograr una protección ambiental básica uniforme en el país, que todas las provincias deberán respetar.

Hasta el momento, se han dictado once leyes que regulan el régimen de los residuos industriales, los PCBs, la LGA que actúa como ley marco, la gestión del agua, la información pública ambiental, la gestión de residuos domiciliarios, los bosques, las actividades de quema, los glaciares, los incendios forestales y rurales y la gestión de los envases fitosanitarios. Estas normas nacionales contienen principios y directrices para la regulación de la relación ambiental, que se consideran fundamentales para garantizar una base jurídica en todo el territorio nacional. Las autoridades provinciales están obligadas a sujetar su accionar a las leyes nacionales de presupuestos mínimos, teniendo, por su parte, facultades normativas para complementar las leyes de presupuestos mínimos de protección ambiental, y para dictar los reglamentos que sean necesarios para la ejecución tanto de las leyes nacionales de presupuestos mínimos como de las respectivas normas complementarias. Las leyes de presupuestos mínimos implican un cambio de competencias, que genera dificultades en su implementación, tal como ha sido demostrado con los ejemplos de los conflictos que generó la sanción de la ley de Bosques y de Glaciares. Durante los debates legislativos de las leyes se interpusieron acciones judiciales y en el caso de los Glaciares, las provincias dictaron normativa propia mientras se discutía la ley, incluso adujeron que la ley de presupuestos mínimos no debía regir en sus jurisdicciones. La jerarquía de los

presupuestos mínimos fue también receptada en el año 2016 en el nuevo Código Civil y Comercial Unificado.

Mención especial merece la LGA, que es la ley marco sobre las cuestiones ambientales en la República Argentina, allí se consagraron los principios ambientales como principios rectores para la interpretación y aplicación de la política ambiental en el país, entre otros el precautorio, que luego fue receptado expresamente en la Ley de Bosques e implícitamente en la Ley de Glaciares. Asimismo, se estableció la responsabilidad objetiva y solidaria por daño ambiental. Resta evaluar si las provincias han cumplido el mandato del artículo 41 de la Constitución Nacional y han adoptado en sus jurisdicciones la normativa necesaria para dar cumplimiento a los presupuestos mínimos de protección ambiental⁴⁶.

⁴⁶ Este trabajo se está realizando desde el año 2014 en el marco del Proyecto UBACyT titulado “Un análisis normativo y jurisprudencial del nuevo esquema de competencias en materia ambiental. Aportes a veinte años de la Reforma de la Constitución Nacional”, con sede en la Universidad de Buenos Aires, Facultad de Derecho, en el que se analiza la normativa provincial vigente y su congruencia con las normas de presupuestos mínimos.

BIBLIOGRAFÍA:

Berros, Valeria. *Entramado precautorio. Un aporte desde el derecho para la gestión de riesgos ambientales y relativos a la salud humana en Argentina*, (tesis doctoral, UNL). Santa Fe, 2013. Recuperado de:

[<<http://bibliotecavirtual.unl.edu.ar:8080/tesis/handle/11185/428>>]

[Última consulta: 20 de diciembre de 2017].

Bidart Campos, Germán. *Tratado Elemental de Derecho Constitucional*, Tomo IA, EDIAR. Buenos Aires, 2000.

Cafferatta, Néstor. *Informe al COFEMA*, septiembre de 2003. Disponible en línea: <https://studylib.es/doc/6926684/informe-al-cofema-n%C3%A9stor-a.-cafferatta-normas-de> [Última consulta: 10 de febrero de 2018].

Esaín, José. “El Código Unificado Civil y Comercial y el Derecho Ambiental”, en Di Pangraccio, A., Nápoli, A., Sangalli, F. (eds), *Informe Ambiental Anual FARN 2016* (pp. 279-300). Fundación Ambiente y Recursos Naturales. Buenos Aires, 2016.

Falbo, Aníbal. “El ambiente es indisponible”, en Néstor Cafferatta (dir.), *Summa Ambiental*, Tomo I (pp. 34-43), Abeledo Perrot. Buenos Aires, 2011.

Frías, Pedro J., “El federalismo en la reforma constitucional”, en LL 1994-D1122/1126.

Garrido Cordobera, Lidia. “El paradigma de la sustentabilidad y su recepción en el Código Civil y Comercial Argentino”, en Di Pangraccio, A., Nápoli, A., Sangalli, F. (eds), *Informe Ambiental Anual FARN 2016* (pp. 301-314), Fundación Ambiente y Recursos Naturales. Buenos Aires, 2016.

López Alfonsín, Marcelo. *Los parques nacionales argentinos. Consecuencias de la constitucionalización del Ambiente en el Sistema Nacional de Áreas Protegidas*, EUDEBA. Buenos Aires, 2015.

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

Nonna, Silvia. “La Protección Ambiental en las Normas del Nuevo Milenio. Un Nuevo Rumbo”, en Devia, L. (coord.), *Nuevo Rumbo Ambiental* (pp. 11-137), Ciudad Argentina. Buenos Aires, 2008.

Nonna, Silvia; Waitzman, Natalia & Dentone, José Luis. *Ambiente y Residuos Peligrosos*, Editorial Estudio. Buenos Aires, 2011.

Nonna, Silvia & Radovich, Violeta. "Régimen Jurídico de los Glaciares y Ambiente Periglaciario en la Argentina", en Echaide, J. y Minaverry, C., *Revista Jurídica de Buenos Aires, Derecho de Aguas y Derecho Ambiental* (pp. 39-65), Abeledo Perrot. Buenos Aires, 2016.

Pigretti, Eduardo & Cafferata, Néstor. "El abordaje como causa ambiental", en *Jurisprudencia* 2002-II, 628-633. Buenos Aires, 2002.

Prieur, Michel. "Incertitude juridique, incertitude scientifique et protection de l'environnement Incertitude juridique, incertitude scientifique" en *Les Cahiers du Cricleau* N° 3, Pulim. Limoges, 2001.

Radovich, Violeta. "Governance of oil and gas exploration and exploitation at sea: towards coastal marine biodiversity preservation", en Couzens, E.; Paterson, A.; Riley, S.; Fristikawati, Y. (eds.), *Protecting Forest and Marine Biodiversity: The Role of Law* (pp. 227-250), Edward Elgar. Reino Unido, 2017.

Valls, Mario. *Presupuestos mínimos ambientales*, Astrea. Buenos Aires, 2012.