

RD Amb

REVISTA DE DERECHO AMBIENTAL

DOCTRINA, JURISPRUDENCIA,
LEGISLACIÓN Y PRÁCTICA

DIRECTOR:

NÉSTOR A. CAFFERATTA

COORDINADORES EJECUTIVOS:

Pablo Lorenzetti
Gustavo Rinaldi
Federico Zonis

Abril - Junio 2022 | 70



FUNDACIÓN
EXPOTERRA

ISSN 1851-1198

 INCLUYE
VERSIÓN DIGITAL

ABELEDOPERROT

ISSN: 1851-1198
RNPI: 5074815

Todos los derechos reservados
© **ABELEDOPERROT S.A.**

Dirección, administración y redacción
Tucumán 1471 (C1050AAC)
laley.redaccionjuridica@tr.com

Ventas
CASA CENTRAL
Tucumán 1471 (C1050AAC)
Tel.: 0810-266-4444

LOCAL I FACULTAD DE DERECHO - UBA
Figueroa Alcorta 2263 (C1425CKB)
Tel. / Fax: 4806-5106

Atención al cliente: 0810-266-4444
Buenos Aires - Argentina

*Hecho el depósito que establece la ley 11.723.
Impreso en la Argentina. Printed in Argentina.*

Nota de la Dirección: Las opiniones vertidas en los comentarios firmados son privativas de quienes las emiten.

Se terminó de imprimir en la 1ra. quincena de junio de 2022, en los talleres gráficos de La Ley S.A.E. e I., Bernardino Rivadavia 130, Avellaneda - Provincia de Buenos Aires, República Argentina

RD Amb

REVISTA DE DERECHO AMBIENTAL

DOCTRINA, JURISPRUDENCIA,
LEGISLACIÓN Y PRÁCTICA

Abril - Junio 2022 | 70

DIRECTOR:

NÉSTOR A. CAFFERATTA

COORDINADORES EJECUTIVOS:

Pablo Lorenzetti

Gustavo Rinaldi

Federico Zonis



ABELEDOPERROT

Comité Consultivo Nacional

Carlos A. Botassi, Jorge A. Franza, Jorge M. Galdós, Felipe González Arzac, Eduardo P. Jiménez, Aída R. Kemelmajer de Carlucci, Beatriz Krom, Daniel H. Lago, Ricardo L. Lorenzetti, Raúl Madueño, Jorge Mosset Iturraspe, Leonardo F. Pastorino, Eduardo A. Pigretti, Daniel A. Sabsay, Mario F. Valls, Aydée Vázquez Villar, Juan Rodrigo Walsh, Teodora Zamudio

Comité Consultivo Internacional

Antônio H. Benjamin (Brasil), Silvia Capelli (Brasil), Manuel Castañón del Valle (España), Silvia Jaquenod Zsögön (España), Paulo Affonso Leme Machado (Brasil), Neófito López Ramos (México), Ricardo Merlo (Paraguay), Vladimir Passos de Freitas (Brasil), Gemma Patón García (España), José Antonio Peláez Bardales (Perú), Michel Prieur (Francia), Aquilino Vázquez García (México), Rossana Silva Repetto (PNUMA)

Comité Ejecutivo

Pablo Lorenzetti, Gustavo Rinaldi, Federico Zonis

Responsables de área

Valeria Berros (Casos Complejos)
Aurora Besalú Parkinson (Daño Ambiental)
Guillermo Marchesi y Gabriela L. Bordelois de Rossi (Derecho Administrativo Ambiental)
José Esain (Derecho Constitucional Ambiental)
Adriana Tripelli (Derecho Internacional, Extranjero y Comparado)
Gabriela García Minella y Fernando Díaz Cantón (Derecho Penal Ambiental)
Carlos Camps (Derecho Procesal Ambiental)
Daniel Soria (Derecho Urbanístico)
Hugo Acciarri, Pamela Tolosa y Pablo A. Iannello (Economía y Medio Ambiente)
Eduardo Conghos (Instrumentos de Gestión y Política Ambiental)
Nancy Tognola (Recursos Naturales)
Maggie Luz Videla (Técnica Ambiental)
Aníbal Falbo (Actualidad Ambiental de la provincia de Buenos Aires)
Alicia Morales Lamberti (Actualidad Ambiental de la provincia de Córdoba)
Mauricio Pinto (Actualidad Ambiental de Cuyo)
Lucena Spano (Actualidad Ambiental del Litoral)
Mariana Catalano (Actualidad Ambiental del Norte)
Carlos A. Rodríguez (Actualidad Ambiental del Nordeste)
Juan Carlos Fernández (Actualidad Ambiental de Patagonia)

DIRECCIÓN ACADÉMICA

Mónica Pinto

COMITÉ HONORARIO

Agustín Gordillo
Aída Kemelmajer
Alberto J. Bueres
Carlos Etala

Cecilia Grosman
Eugenio Bulygin
Eugenio R. Zaffaroni
Héctor Alegria

José Tobías
Julio C. Rivera
Nelly Minyersky
Noemí Lidia Nicolau

COMITÉ ACADÉMICO

Administrativo

Carlos F. Balbín
Fernando R. García
Pullés
Ernesto A. Marcer
Guido Santiago Tawil

Constitucional

Alberto B. Bianchi
Roberto Gargarella
María Angélica Gelli
Juan V. Sola

Internacional Privado

María Susana Najurieta
Alfredo Mario Soto
María Elsa Uzal

Internacional Público

Susana Ruiz Cerutti
Silvina González Napolitano
Raúl Vinuesa

Familia

Carlos Arianna
Luis Ugarte
Adriana Wagmaister

Civil

Carlos Hernández
Sebastián Picasso
Sandra Wierzba
Diego Zentner

Penal

Mary Beloff
Alberto Edgardo Donna
Daniel Pastor

Laboral

Mario Ackerman
Adrián Goldin

Comercial

Rafael Mariano Manóvil
Horacio Roitman

Filosofía

Ricardo Guibourg
Rodolfo Vigo

Derechos Humanos

Laura Giosa
Roberto Saba

Ambiental

Néstor Cafferatta
Leila Devia
Silvia Nonna

COMITÉ EDITORIAL

Penal

Fernando Córdoba
Fernando Díaz Cantón
Ivana Bloch
Marcelo Ferrante
Marcos Salt
Marcelo Sgro

Criminología

Gabriel Ignacio Anitua
Matías Bailone
Máximo Sozzo

Familia

Silvia Eugenia Fernández
Eleonora Lamm
Ida Scherman

Civil

Carlos Calvo Costa
Luis Daniel Covi
María Victoria Famá
Adriana Krasnow
Luis F. P. Leiva Fernández
Carlos Parellada
Máximo Gonzalo Sozzo

Laboral

Lucas Caparrós
Juan Pablo Mugnolo
Claudia Priore

Constitucional

María Gabriela Ábalos
Marcela Basterra
María Laura Clérico
César Sebastián Vega

COMITÉ EDITORIAL *(Continuación)*

Internacional Público

Emiliano Buis
Alejandro Chehtman
Natalia Luterstein
Nahuel Maisley

Internacional Privado

Paula María All
Nieve Rubaja
Luciana Scotti

Administrativo

Alfonso Buteler
María Paula Renella
Susana Vega

Comercial

Hugo Acciarri
Pablo Heredia
Lorena Schneider
Pamela Tolosa

Filosofía

Marcelo Alegre
Claudio Eduardo
Martyniuk
Renato Rabbi-Baldi
Cabanillas

Derechos Humanos

Leonardo Filippini
Calógero Pizzolo
Silvina Zimerman

Ambiental

Mariana Catalano
José Esaín

Director Editorial

Fulvio G. Santarelli

Jefa de Redacción

Yamila Cagliero

Editores

Nicolás R. Acerbi Valderrama
Florencia Candia
Elia Reátegui Hehn
Marlene Slattery

ÍNDICE

DAÑO AMBIENTAL

El impacto de la basura marina y la contaminación por plásticos. A propósito de un reporte del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente <i>Néstor A. Cafferatta</i>	3
Naturaleza ambiental-civil del daño ambiental judicial y los valores límite administrativos <i>Aníbal J. Falbo</i>	5
Daño ambiental <i>Lylían Elizabeth Toledo de Girón</i>	13

PRINCIPIOS DE DERECHO AMBIENTAL

El Acuerdo de Escazú como superpresupuesto mínimo en el sistema de fuentes del derecho ambiental argentino <i>José Alberto Esain</i>	23
Los cincuenta años del derecho ambiental <i>Carlos Aníbal Rodríguez</i>	41

DERECHO CONSTITUCIONAL AMBIENTAL

La efectividad de la tutela del medio ambiente desde la perspectiva convencional, constitucional y legal. El rol de los jueces <i>Hernán S. Viri</i>	49
---	----

INSTRUMENTOS DE POLÍTICA AMBIENTAL

La construcción de indicadores jurídicos ambientales para observar el cumplimiento de las políticas ambientales <i>Marta S. Juliá - María Eugenia Perez Cubero</i>	61
La información en el ordenamiento ambiental del territorio <i>Luis G. Escobar Blanco - Mariano Talquenca</i>	73

RECURSOS NATURALES

La protección antártica <i>Daniel Benoit</i>	85
---	----

DERECHO PROCESAL AMBIENTAL

Proceso eficaz ambiental como derecho humano <i>Carlos E. Camps</i>	91
El rol del abogado litigante en el Estado de derecho ambiental <i>Mario Peña Chacón</i>	94

AMPARO AMBIENTAL

Admisibilidad de la vía intentada. Legitimación activa. Manejo de cuencas. Necesidad de la presentación de un plan de manejo integral. Procedencia	100
Procedencia del amparo colectivo a la luz del proceso colaborativo <i>Elizabeth Safar</i>	119

DERECHO PRIVADO AMBIENTAL

Derecho de daños y ambiente. Especial referencia a los presupuestos de la responsabilidad <i>Juan Martín Brun</i>	127
--	-----

DERECHO PENAL AMBIENTAL

La educación ambiental y su relación con el derecho animal y el derecho penal <i>Rosa I. Torres Fernández</i>	151
Faltas ambientales en el régimen de faltas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires <i>Jorge A. Franza</i>	157

ECONOMÍA Y MEDIO AMBIENTE

Consideraciones para la implementación de la debida diligencia ambiental en empresas del sector agrícola en el marco del ordenamiento jurídico argentino <i>Pedro Dacunda</i>	203
--	-----

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

Federalismo de concertación y ambiente en la jurisprudencia de la Corte Suprema <i>Carolina Scrinzi</i>	221
--	-----

CONTAMINACIÓN DE RÍOS	
Posible afectación interjurisdiccional. Cuestión que corresponde a la justicia federal. Disidencia	231
Competencia de excepción en materia ambiental: interjurisdiccionalidad	
<i>Carlos Maximiliano Amaya</i>	236

ACTUALIDAD AMBIENTAL DE LA PATAGONIA

ECOTASA	
Prestación efectiva del servicio a cargo del municipio. Ciudad de Bariloche. Efectos del turismo en el medio ambiente. Carácter no discriminatorio. Proporcionalidad. Inexistencia de doble imposición. Poder tributario municipal. Rechazo del planteo de inconstitucionalidad	247
Las tasas ambientales a propósito de la denominada "Ecotasa" de Bariloche	
<i>Gastón Vidal Quera</i>	257

DERECHO INTERNACIONAL AMBIENTAL

La tutela cautelar ambiental en la legislación chilena	
<i>Cristián Peña y Lillo Delaunoy</i>	265

DAÑO AMBIENTAL

El impacto de la basura marina y la contaminación por plásticos

A propósito de un reporte del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente

Néstor A. Cafferatta (*)

Recientemente, se publicó un reporte del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, sobre “El impacto de la basura marina y la contaminación por plásticos en la justicia ambiental”, que tiene como título principal un sugestivo concepto: “En estado de negligencia”.

La problemática de los plásticos a nivel mundial se ha agravado como consecuencia de la pandemia COVID-19, una crisis que sin lugar a dudas trasciende la emergencia de salud y sanitaria que ha generado a simple vista; lamentablemente, el saldo de esta epidemia global se mide en número de afectados, enfermos contagiados y fallecimientos, a diario, y las cifras son escalofriantes.

Se trata de una crisis que ataca sin fronteras a la humanidad en su conjunto, que avanza cada tanto en sucesivas oleadas, con variantes de la cepa COVID-19, como la Delta o la Ómicron, que deja pérdidas irreparables en vida humana, calidad de vida, enfermedades, o incapacidades, con menoscabo para la integridad psicofísica de los individuos.

A la par, la necesidad de enfrentar la pandemia ha generado un llamativo aumento del uso de los productos plásticos, sobre todo de los

plásticos de un solo uso (descartables), lo que significa la utilización mayor de las llamadas resinas vírgenes. El aumento de la demanda y del uso de productos plásticos se ve reflejado en el uso necesario de mascarillas, barbijos, pantallas faciales, guantes, botellas de gel desinfectante o alcohol, trajes médicos, *kits* de pruebas, recipientes de comida preparada, embalajes, envoltorios, etcétera.

Los plásticos se producen a partir de productos petroquímicos que se obtienen de combustibles fósiles. Uno de los problemas radica en los aditivos y los productos químicos que contienen los plásticos, según apunta el reporte antes indicado. El plástico es un material químico sintético, con base de producción en polímeros orgánicos y plastificantes. Se destaca que la producción histórica mundial de plásticos, según este estudio, es de 8300 millones de toneladas métricas entre 1950 y 2015, lo que da un promedio de 1,3 Tn por habitantes, que solo se recicla aproximadamente el 10% de esta producción y que se incinera un 12%. Si se adopta el adecuado enfoque ecologista de evaluación del “ciclo de vida” de los plásticos y de los microplásticos (las perlas) para ponderar el impacto ambiental de su producción, su transporte y su disposición final, veremos que los efectos de la extracción y las refinerías, así como de las diversas etapas de circulación del plástico en la economía, hasta su destino final, muchas veces depositado en el medio ambiente, incluyendo como cuerpo receptor final el mar o el fondo de los mares, son relevantes.

La mayor parte del uso de los plásticos proviene del embalaje (35%), transporte (27%), cons-

(*) Abogado (UBA); titular de la cátedra de Derecho de los Recursos Naturales de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Salvador; profesor y subdirector del Posgrado de Especialización en Derecho Ambiental de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires; secretario de Juicios Ambientales de la Corte Suprema de Justicia de la Nación; exfuncionario de la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Nación; director de la *Revista de Derecho Ambiental* (Abeledo Perrot).

trucción (15%) y textil (15%). El tipo de plástico más usado es el polietileno (PEAD), un 32%; polipropileno (PP), un 23%; policloruro de vinilo (PVC), un 16%; y tereftalato de polietileno (PET), un 7%.

A nivel internacional, la preocupación por la temática de los plásticos tuvo una fuerte expresión en el parágrafo 163 del documento final de Río + 20, “El futuro que queremos”.

Lo cierto es que esta expansión en la utilización de los plásticos debe tener un reverso en materia de gestión ambiental (economía circular), porque se prevé la existencia de una problemática ambiental de difícil solución. En el derecho, hubo países como Canadá, que en junio 2019 prohibió el uso de los plásticos de un solo uso; lo mismo hicieron Kenia, en 2017, Chile, que reguló por ley 21.100 dicha prohibición en julio del 2018, Uruguay, que por ley 19.655 de 2018 declaró de interés general la cuestión, en tanto que Indonesia y Camboya, en julio 2019, procedieron a la devolución de contenedores importados con desechos plásticos.

Se temen efectos nocivos sobre la salud de los sectores más vulnerables de la sociedad, porque los restos de plásticos muchas veces se acumulan en basurales a cielo abierto, en los que viven sobre estos depósitos, familias de marginales —“parias ambientales”; por su situación de extrema vulnerabilidad o debilidad social, como los llamara el magistrado judicial Antonio Benjamin, en un memorable fallo del Tribunal Superior de Justicia de Brasil, en la causa “Ajax”—, carenciados, o personas que están sufriendo condiciones de extrema pobreza o que trabajan de recuperadores sociales y necesitan recoger estos residuos para su revalorización. Las comunidades colindantes en estas circunstancias están expuestas de manera diferenciada a todo tipo de riesgos ambientales.

La Argentina presenta una legislación ambiental relativa a los plásticos. La res. 407/2019, Anexo I, establece los lineamientos de manejo ambiental racional de los plásticos en todo su ciclo de vida (ACV) sobre cinco ejes, detallan-

do 45 acciones, en relación con la producción, el uso y el consumo, la gestión y la mitigación en ambientes costeros. La res. 19/2020 de la Administración de Parques Nacionales (APN) establece limitaciones en materia de uso de botellas, vajillas, utensilios, varillas, soportes, hisopos, bolsas, envoltorios y micropelotas. Otras normas relevantes en la materia, de aplicación común y uniforme, son la Ley de Presupuestos Mínimos de Protección Ambiental y la ley 27.279 de Envases Vacíos de Fitosanitarios. Por su parte, la provincia de Buenos Aires prohibió el uso de las bolsas de polietileno por ley 13.868, reglamentada por dec. 1521/2009.

Para concluir este brevísimo comentario sobre el estado de situación de esta novísima problemática ambiental, señalamos que China adoptó en 2017 una política de restricción, prohibiendo la importación o el ingreso de desechos plásticos en su territorio.

Naciones Unidas viene impulsando felizmente un acuerdo internacional sobre la materia, lo que sería necesario para establecer principios y reglas comunes globales sobre la cuestión. La llamada Estrategia de Honolulu (2011), las Enmiendas sobre desechos plásticos del tratado internacional de Basilea sobre movimientos transfronterizos de desechos peligrosos, la Asociación de Desechos Plásticos (Alianza) GPML, y la importante res. 2/11 de la ONU sobre medio ambiente, que insta a investigar la temática de la basura marina procedente de desechos plásticos, constituyen algunos de los documentos internacionales o iniciativas plausibles sobre esta compleja y sensible problemática, en la era de la globalización (según el sociólogo Ulrich Beck), de la sociedad del descarte (conforme lo dice desde la Iglesia Católica, el papa Francisco, en la encíclica “Laudato Si’”: el cuidado de nuestra casa común), de los tiempos líquidos (Zygmunt Bauman) o en la era tecnológica (Graciela Mesina de Estrella Gutiérrez).

Es imprescindible que el hombre tome conciencia de la urgencia de encarar la búsqueda de soluciones a esta problemática.

Naturaleza ambiental-civil del daño ambiental judicial y los valores límite administrativos

Aníbal J. Falbo (*)

Sumario: I. Introducción.— II. El daño ambiental es un daño civil y, por ello, no administrativo.— III. Análisis de los valores límite administrativos estándares o parámetros administrativos.— IV. Conclusiones.

I. Introducción

Nos proponemos reflexionar sobre la naturaleza ambiental-civil, y por eso no administrativa, del daño ambiental en la órbita judicial, o daño ambiental judicial, para luego analizar el rol que los valores límite o estándares administrativos tienen en ese daño ambiental judicial civil.

Como marco para avanzar en la línea propuesta, es útil recordar que, tal cual surge de la jurisprudencia de la Corte Federal, el abordaje judicial del daño ambiental está llamado a evolucionar y proyectarse hacia novedosos ámbitos de responsabilidades insospechadas, hacia modernas concepciones, en pos de una más adecuada y eficaz tutela del ambiente.

Esos postulados los establece la Corte federal en "Barrick", al expresar que los "derechos colectivos ambientales han de ser tomados en serio" y que ello "abre novedosos ámbitos de (...) responsabilidad jurídica insospechada pocas décadas atrás" (1).

(*) Profesor de posgrado en la especialización de Derecho Ambiental de la Facultad de Derecho (UBA); profesor de Derecho Ambiental y de Derecho Administrativo en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales (UNLP); director de la Clínica de Derecho Ambiental de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales (UNLP); abogado litigante en casos de derecho ambiental; autor de los libros "Derecho ambiental" y "Derecho administrativo ambiental".

(1) CS, 04/06/2019, "Barrick Exploraciones Argentinas SA y otro c. Estado Nacional s/ acción declarativa de inconstitucionalidad", Fallos 342:917.

Y antes el 19 de febrero de 2019, en "Mendoza" (2) cuando hace referencia a "la moderna concepción de las medidas necesarias para la protección respecto del medio ambiente —que se basan esencialmente en los principios preventivo y reparatorio del daño ambiental—", fórmula que luego reitera en "Cruz" (3).

Sobre esta plataforma y en esa dirección, intentamos realizar algunas primeras precisiones y enfoques sobre el carácter civil del daño ambiental judicial así como el peso y la importancia que los valores límite o estándares o parámetros administrativos pueden tener en el tema.

Así, primero nos referimos a su característica civil, para luego realizar unas primeras reflexiones relativas a los valores límite o estándares administrativos y su valor judicial a la hora de tener por corroborado el daño ambiental judicial, que conducen —entendemos— a las primeras consecuencias que describimos en el último punto.

(2) Fallos 338:80.

(3) CS, 23/02/2016, "Cruz, Felipa y otros c. Minera Alumbra Ltd y otro s/ sumarísimo", Fallos 339:142. Allí se indica que "en el particular ámbito de las demandas encuadradas en las prescripciones de la Ley General del Ambiente, la interpretación de la doctrina precedentemente enunciada debe efectuarse desde una moderna concepción de las medidas necesarias para la protección del medio ambiente, pues el art. 4º de esa ley introduce en la materia los principios de prevención del daño ambiental y de precaución ante la creación de un riesgo con efectos desconocidos y por tanto imprevisibles". También así se establece en la resolución del 19/02/2019 dictada por la Corte Federal en la causa "Mendoza".

II. El daño ambiental es un daño civil y, por ello, no administrativo

El daño ambiental dentro de un proceso judicial —o daño ambiental judicial— es del tipo ambiental-civil, por oposición a lo administrativo, o el que opera en los procedimientos administrativos.

Resulta clave para destacar esta naturaleza civil del daño ambiental judicial resaltar que Esain, a partir del análisis del art. 27 de la Ley General del Ambiente, determina que el daño ambiental es un “espacio que está gobernado por el derecho civil y más específicamente, por el de la responsabilidad civil por daño ambiental” (4), afirmando que el daño ambiental es un daño civil (5) y que el sistema del daño ambiental es un “sistema netamente judicial”.

Que su naturaleza no es administrativa se vuelve a confirmar cuando indica que en la LGA “el art. 30 es el cuarto del capítulo ‘Daño ambiental’ que como su nombre lo indica refiere a contenidos de derecho civil” (6).

Otro dato de gran importancia que permite también afirmar la naturaleza civil del daño ambiental judicial lo brindan Ricardo y Pablo Lorenzetti, cuando señalan como pauta de la “relevancia” del daño ambiental que encontramos en la Ley General del Ambiente la “normal tolerancia” (7), que es una noción de origen,

(4) ESAIN, José A., “Ley 25.675 General del Ambiente, comentada, concordada y anotada”, Ed. La Ley, t. II, p. 198, citando profusa y encumbrada doctrina, como BUSTAMANTE ALSINA, “Derecho ambiental, Fundamentación normativa”, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1995, p. 45; CAFFERATTA, Néstor, “Tratado jurisprudencial y doctrinario”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2012, t. I; KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída, “Estado de la jurisprudencia nacional en el ámbito relativo al daño ambiental colectivo después de la sanción de la ley 25.675, Ley General del Ambiente (LGA)”, Acad. Nac. de Derecho, 2006, disponible en CAFFERATTA, Néstor, ob. cit., t. II-A, p. 573; LORENZETTI, Ricardo - LORENZETTI Pablo, “Derecho ambiental”, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2018, entre otros.

(5) ESAIN, José A., ob. cit., ps. 355 y 358-359.

(6) *Ibidem*, p. 390.

(7) LORENZETTI, Ricardo L. - LORENZETTI, Pablo, ob. cit., p. 324. En efecto, los autores se refieren allí, además de al “detrimento significativo” y a algo que “redun-

naturaleza y pertenencia civil, en la medida en que se trata de un concepto “positivizado en el derecho argentino en el art. 1973 del Cód. Civ. y Com.” (8).

Incluso, que ciertos artículos del Cód. Civ. y Com. operan como principios y normas rectoras del derecho ambiental ha quedado establecido y destacado por la Corte Nacional en varios precedentes ambientales de la mayor importancia, como en el ya citado “Barrick” y en “Saavedra, Silvia G. y otro c. Administración Nacional de Parques Nacionales Estado Nacional y otros s/ amparo ambiental” (25/02/2021, Fallos 344:174).

También el art. 241 del Cód. Civ. y Com. revela el carácter o naturaleza civil del daño ambiental —además de la ambiental—, en la medida que es la concreción normativa que establece definitivamente que entre el derecho privado civil y el derecho ambiental se ha formado un continuum: una continuidad en unidad, una conexión, en diálogo recíproco y mutuo en un contexto de amalgamamiento creciente y, fundamentalmente, una operatoria simultánea en clave de optimización.

El art. 241 del Cód. Civ. y Com. —junto con el art. 240— es considerado por Cafferatta como “la columna vertebral del sistema común del derecho ambiental dispuesto en el nuevo Código Civil y Comercial argentino” (9).

El art. 241 es un dispositivo normativo que materializa la unidad entre el derecho civil y el ambiental. El art. 241 del Cód. Civ. y Com. diseña, establece y construye el puente de conexión entre el derecho ambiental y el civil (10).

de en la desorganización de las leyes de la naturaleza”, como el concepto de análisis de la relevancia del daño ambiental, al “concepto jurídico de normal tolerancia. Bajo este prisma, existirá un umbral mínimo de aceptación de modificaciones negativas al ambiente por debajo del cual no habría daño, ya que se trataría de actividades cuyo impacto es ínfimo”.

(8) *Ibidem*, p. 324, nota al pie.

(9) CAFFERATTA, Néstor, “El derecho ambiental en el Código Civil y Comercial sancionado”, RDAMB., oct.-dic. 2014.

(10) Como hemos intentado plasmar en FALBO, Aníbal, “La transmutación ambiental de los derechos indivi-

De tal manera, se evidencia la naturaleza civil del daño ambiental judicial, en tanto las normas de presupuestos mínimos que deben ser respetadas según indica el art. 241 son —por virtud del art. 41 de la CN— las de protección ambiental.

Consecuentemente, las normas ambientales de la Ley General del Ambiente con el Cód. Civ. y Com. conforman un sistema regido por la regla de la complementariedad maximizadora o en clave de optimización de la protección ambiental, pues el sistema de presupuestos mínimos constitucional determina una interpretación y una articulación de diferentes normas con el objetivo de llegar a una síntesis normativa que cumpla el objetivo de “complementar y extender el resguardo ambiental” (11).

Como indica Esain (12), el de presupuestos mínimos es un sistema de articulación de normas de dos sistemas que tiene como objetivo y mecánica el “proteger más” o “complementar en la protección” o, como indica Bidart Campos, “maximizar lo mínimo”. Es lo que denominamos también aplicación simultánea de diferentes normas en clave de optimización.

En síntesis, el art. 241 del Cód. Civ. y Com. plantea, sin duda, la integración en clave de optimización —o maximización para proteger más— entre las normas de presupuestos mínimos ambientales y el derecho de fondo del Cód. Civ. y Com. a fin de extender el resguardo o aumentar la protección. Esto por cuanto ese es el sistema o método de aplicación de las leyes de presupuestos mínimos conforme lo determina el art. 41 de la CN, como recién se acaba de indicar.

En definitiva, esa complementariedad maximizadora —o sistema normativo aplicado en clave de optimización— significa la selección de datos normativos de uno y otro régimen o sistema (nos referimos aquí a los sistemas o regímenes de derecho civil —es decir, al Cód. Civ. y Com.— y al del derecho ambiental, especial-

duales”, RDAMB. 63, jul.-sept. 2020, p. 45.

(11) GELLI, María Angélica, “La competencia de las provincias en materia ambiental”, LA LEY, 1997-E, 805.

(12) ESAIN, José A., ob. cit., t. I, p. 435.

mente el que regula el daño ambiental) con la finalidad de diseñar el mejor régimen jurídico para la protección, la tutela, la prevención, la recomposición y la reparación: se trata de una articulación, o unidad o interrelación, en clave de optimización.

El art. 241 del Cód. Civ. y Com. tiende un puente, inexistente hasta el dictado de esta norma, que permite una doble unión e integración: por un lado, el derecho civil, con las normas de presupuestos mínimos como la LGA, y de esas normas ambientales con el Cód. Civ. y Com. Así, ambos sistemas o fuentes, en confluencia simultánea, definen la síntesis del mejor concepto jurídico judicial de daño ambiental, confirmando la calificación civil del daño ambiental judicial.

III. Análisis de los valores límite administrativos estándares o parámetros administrativos

Determinado el carácter civil y no administrativo del daño ambiental judicial, resulta imprescindible reflexionar en torno a la importancia para con el daño ambiental judicial de los límites o valores límite administrativos, también llamados estándares o parámetros administrativos, entre otras denominaciones, fijados por normas administrativas.

Cuando analiza los valores límite administrativos o estándares permitidos o parámetros administrativos —o sea cual sea la denominación que se les pudiera dar—, el profesor español Embid Tello comienza por advertir que “bajo el disfraz de derecho ambiental, encontramos frecuentemente técnicas protectoras de las actividades contaminantes” (13). Y lo explica de varias formas, todas de gran importancia, como cuando indica que esas técnicas protectoras de actividades contaminantes se centran en trasladar el daño ambiental o la contaminación efectivamente producida a la mera “superación de determinados estándares fijados por el ordenamiento de la técnica, cuyo ejemplo paradigmático (...) son los valores límites” (14). De ma-

(13) EMBID TELLO, Antonio, “La creciente dependencia técnica del derecho ambiental. ¿Avance o retroceso en la protección frente a la contaminación industrial?”, RDAMB. 35, julio-sept. 2013, p. 153.

(14) *Ibidem*.

nera tal que el “ilícito jurídico se traslada desde el terreno del daño o riesgo producido efectivamente hacia la superación de determinados estándares fijados por la técnica” (15).

Estos valores límite administrativos o estándares o parámetros fijados administrativamente nos hacen recordar que Esteve Pardo resalta el surgimiento de un “paraordenamiento” de la técnica, construido extramuros del ordenamiento jurídico (16).

Por lo que se advierte, “[e]s así como se está produciendo hoy en día el traslado de poder decisorio desde instancias democráticas hacia instancias tecnocráticas, porque el poder decisorio no es de quien pondera, sino de quien establece los imponderables” (17), donde los “imponderables” son los valores límite o parámetros administrativos. Y también se advierte que “[l]a constante remisión jurídica a normas técnicas ha sido cuestionada por la doctrina desde la perspectiva de la capacidad de instancias no legitimadas democráticamente para emanar derecho” (18). Lo que en este tema es más grave, en la medida que nos hallamos ante un derecho de rango constitucional, que involucra directamente derechos humanos como surge claro de muchos fallos y doctrina como también de la opinión consultiva 23/17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (19).

(15) *Ibidem*.

(16) Véase ESTEVE PARDO, José, “Técnica, riesgo y derecho: tratamiento del riesgo tecnológico en el derecho ambiental”, Ed. Ariel, Madrid, 1999, p. 156.

(17) EMBID TELLO, Antonio, ob. cit., p. 159.

(18) *Ibidem*, nota al pie nro. 32 p. 159, donde cita como datos bibliográficos para esa afirmación los siguientes: ÁLVAREZ GARCÍA, Vicente, “Introducción a los problemas jurídicos de la normalización industrial: normalización industrial y sistema de fuentes”, RAP 147, 1998, ps. 307-336; ESTEVE PARDO, José, ob. cit., ps. 124 y ss.; CARRILLO DONAIRE, Juan Antonio, “El derecho de la seguridad y de la calidad industrial”, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2000, ps. 379 y ss., y TARRÉS VIVES, Marc, “Las mejores técnicas disponibles en materia ambiental: fórmulas para su determinación”, en ESTEVE PARDO, José (coord.), *Derecho del medio ambiente y Administración local*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Barcelona, 2006, 2ª ed.

(19) Puede consultarse FALBO, Aníbal, “La opinión consultiva 23/17 de la Corte Interamericana de Derechos

Diagramamos seguidamente varias consideraciones referidas al peso y la importancia de estos parámetros o valores límite administrativos resaltando, como lo expresa Embid Tello, “[e]l carácter ‘inidóneo’ de los valores límite para proteger el medio ambiente” (20). Este autor brinda varias referencias que explican ese carácter “inidóneo”, como las siguientes:

- Incertidumbre e ignorancia de las evaluaciones que decantan en valores límite, pues expresa: “las evaluaciones de riesgos de las que proceden están siempre sujetas a un cierto grado de incertidumbre e ignorancia” (21).

- Son acientíficos o no científicos. No se pueden determinar límites seguros. Limitados en tiempo —excluyen el largo plazo—, limitado número de sujetos y limitación de los instrumentos de análisis y evaluación; concretamente expresa: “Los científicos no pueden determinar límites seguros de exposición. Solo pueden determinar niveles bajo los cuales sus instrumentos limitados de medida no pueden detectar efectos adversos en un número finito y frecuentemente muy limitado de personas (usualmente en animales) y durante un tiempo también determinado, que suele excluir el largo plazo. Es por ello que desde ámbitos científicos se reconoce que el concepto de límites ‘seguros’ es acientífico” (22), y debe agregarse que son meros instrumentos políticos, no científicos, ya que, como el autor agrega, “[h]oy es usual que desde instancias científicas se recomiende reconocer la naturaleza política de los niveles máximos de agentes físicos y químicos a los que los seres humanos pueden ser expuestos” (23). A esto se agrega que lo acientífico de los valores lí-

Humanos y los daños individuales a seres humanos generados por el daño al ambiente”, Supl. Amb., LA LEY, 23/11/2018.

(20) EMBID TELLO, Antonio, ob. cit., p. 160.

(21) *Ibidem*, citando a MONTAGUE, Peter, “Reducing the Harms Associated with Risk Assessments”, *Environmental Impact Assessment Review*, 24, 2004, p. 740.

(22) EMBID TELLO, Antonio, ob. cit., con cita de CASTLEMAN, Barry I. - ZIEM, Grace E., “Corporate Influence on Threshold Limit Values”, *American Journal of Industrial Medicine*, vol. 13, 1988, p. 556.

(23) EMBID TELLO, Antonio, ob. cit., p. 161.

mite se reconoció desde que se empezaron a aplicar en Estados Unidos, y por ello hasta los 70 se tuvieron como meras guías, como explica Embid Tello en el trabajo citado.

- No está claro que bajo cierto valor algún agente químico o físico sea inocuo o no nocivo; en concreto expresa que “[e]n realidad, no está claro ni siquiera que exista algo así como un valor límite a partir del cual un determinado agente físico o químico nocivo deja de serlo” (24). En sentido análogo, hace tiempo Elena Highton afirma con claridad: “no hay cálculos científicos que demuestren que la exposición a una sustancia contaminante en una concentración determinada sea segura” (25).

- No tienen en cuenta las particularidades ni de los sistemas ecológicos, ni de las personas, ni de la situación ambiental, ni de los bienes, entre muchas más. El citado autor expresa “dicho valor límite sería siempre difuso, al no tener en cuenta que las respuestas biológicas a la contaminación industrial varían de persona en persona y de momento en momento” (26).

- No tienen en cuenta un extremo de enorme importancia, lo acumulativo, ni tampoco lo combinado pues los valores límite o estándares administrativos permitidos no tienen en cuenta la acción combinada de químicos, u otros elementos ni la contaminación acumulativa, en concreto expresa: “más importante: los valores límite, por su propia naturaleza, no pueden tener en cuenta los principales problemas de la contaminación industrial: la acción combinada

(24) *Ibidem*, p. 160. Y aclara en la nota al pie: “Por ejemplo, el amianto es cancerígeno en cualquier dosis y lo mismo sucede con la radiación nuclear. Véase KARMEL, Philipp E., “The Threshold Limit Values Controversy”, *New York Law Journal* del 03/01/2008, www.lawjournalnewsletters.com/issues/ljn_prodiability/26_9/news/150135-1.html (25/06/2013), o con el ozono troposférico. COM (2005) 446, del 21/09/2005.

(25) HIGHTON, Elena, “Reparación y prevención del daño al ambiente. ¿conviene dañar? ¿Hay derecho a dañar?”, en *Derecho de daños*, Ed. La Roca, Buenos Aires, 1993, parte 2a., p. 807.

(26) EMBID TELLO, Antonio, ob. cit., ps. 160-161, donde indica que se consulte a REED GIBSON, Pamela, “Chemical and Electromagnetic Exposures as Disability Barriers: Environmental Sensitivity”, *Disability & Society*, vol. 24, nro. 2, 2009, p. 197.

de los químicos y, sobre todo, la contaminación acumulativa” (27).

Cabe consignar aquí que el efecto acumulativo de los elementos nocivos para el ambiente, que como explica el autor citado no contemplan siquiera los valores límite o parámetros administrativos, ha sido destacado por la propia Corte federal en “Salas” (28) como en otros muchos precedentes posteriores.

- Son meras guías dudosas, no permiten tener por corroborada la inexistencia de daño ambiental si no son superados. Embid Tello afirma en el trabajo citado: “El significado que desde el derecho debería asignarse a los valores límite de emisiones es el de guías o recomendaciones y no el de estándares regulatorios ni mucho menos el de prueba pericial. Para considerar probado o rebatido el nexo causal entre una actividad y un daño, los jueces deberían atender a pruebas relativas al caso concreto que están juzgando” (29). Y también expresa: “El reconocimiento de un valor absoluto a los estándares fijados por la ciencia implica el desapoderamiento del derecho para suministrar soluciones propias a los conflictos ambientales; y este movimiento va de la mano de una irresponsabilidad creciente de los poderes públicos para ejercer las tareas para las cuales existen: regular, decidir y juzgar. Los valores límite significan, así, un traslado del poder público a instancias no representativas, carentes de responsabilidad y a menudo financiadas por una de las partes interesadas en las regulaciones ambientales y sanitarias” (30). Incluso, “[h]ace ya veinte años que un estudio del Oak Ridge National Laboratory constataba que la situación mundial de creciente degradación ambiental y sanitaria se debía a los métodos de evaluación y gestión de riesgos utilizados y, en particular, a la política de valores límite, al suponer esta una legalización de la contaminación” (31).

(27) EMBID TELLO, Antonio, ob. cit., p. 161.

(28) CS, 26/03/2009, “Salas Dino y otros c. Salta, Provincia y Estado Nacional s/ amparo”, Fallos 332:663.

(29) EMBID TELLO, Antonio, ob. cit., p. 165.

(30) *Ibidem*, p. 167.

(31) *Ibidem*, ob. cit., p. 164, con cita de TRAVIS, Curtis C. - HESTER, Shen T., “Global Chemical Pollution”, *En-*

Por otro lado la cuestión puede observarse desde otro ángulo que lleva a la misma conclusión, en el sentido de que los valores límite administrativos o parámetros administrativos carecen de peso y valor en una causa judicial, incluso aplicarlos para decidir judicialmente, otorgándoles valor regulatorio, implica violar la Constitución Nacional, la provincial y la LGA, entre otras normas del bloque normativo ambiental.

Pues los parámetros administrativos o valores límite administrativos que fija y utiliza la Administración Pública, son, en un caso judicial por daño ambiental, no solo de rango *infra legem* y claramente infraconstitucionales, quedan ubicados por fuera y muy por debajo y en contra de las adjetivaciones, las pautas y los objetivos legales y constitucionales. Además, son autorizaciones para contaminar el ambiente y perjudicar la salud, la vida y la calidad de vida de las generaciones presentes y futuras, son acientíficos, no son conclusiones científicas seguras; el paso del tiempo va demostrando que son insuficientes y demasiado laxos, a lo sumo son meras guías o recomendaciones con débil y de mínimo peso o valor para la justicia que se destaca en la conclusiones en el punto siguiente.

También es muy relevante el art. 29 de la LGA que escinde, divide y separa claramente la responsabilidad civil de la administrativa. Ya que confirma lo que venimos indicando.

Solo para dar ciertos ejemplos, podemos indicar que el hecho de que no se ultrapasen ciertos valores límite administrativos no garantiza necesariamente ni de manera automática que el ambiente cumpla con la exigencia constitucional de ser “sano”, o que, aun cuando no se superen los valores límite o parámetros administrativos puede existir una “alteración relevante que modifique negativamente el ambiente, sus recursos, el equilibrio de los ecosistemas, o los bienes o valores colectivos”, que es como define al daño ambiental la ley 25.675 General del Ambiente, en su art. 27.

Ante todo ello, ya podemos afirmar que los valores límite administrativos ni limitan ni au-

tomatizan ni condicionan a los poderes— deberes ambientales del juez. Por el contrario, siguen incólumes, en la medida que los valores límites administrativos no anulan, ni disminuyen, ni suspenden la facultad de averiguación y ponderación judicial cuando no son ultrapasados o sobrepasados.

En concreto: si los valores límites o parámetros administrativos son superados existe daño ambiental judicial, pero si no son superados el juez igualmente debe actuar sus deberes-poderes ambientales y averiguar, investigar y ponderar entre otros extremos si existe una “alteración relevante que modifique negativamente el ambiente, sus recursos, el equilibrio de los ecosistemas, o los bienes o valores colectivos” como determina la LGA en su art. 27 y si cumple con el ambiente al que se tiene derecho según las adjetivaciones del art. 41 de la CN.

En realidad, lo que define el enfoque y la decisión judicial relativa a la existencia o corroboración de daño ambiental judicial son los datos normativos fijados por la CN en su art. 41 y los brindados por la LGA y ciertos artículos del Cód. Civ. y Com., sumado al Acuerdo de Escazú, articulados en simultánea complementariedad maximizadora o en pos de la optimización de la tutela ambiental.

Se ha de considerar entonces que esos valores o parámetros administrativos significan meras “guías o recomendaciones y no (...) estándares regulatorios ni mucho menos (...) prueba pericial” (32).

De tal forma, podemos afirmar que si estos parámetros no son ultrapasados o superados, operan con “particular energía” (33) las facultades y los deberes judiciales de investigación, averiguación, corroboración y ponderación, que no pueden ser limitados, menos aún anulados, por esos valores límite o parámetros administrativos.

El daño ambiental judicial acontece —o puede acontecer— aun cuando no se superen o ul-

(32) EMBID TELLO, Antonio, ob. cit., p. 164.

(33) Para usar una clara definición de las especiales facultades del juez en casos ambientales usadas por la Corte federal en “Mendoza” (20/06/2006, Fallos 329:2316).

Environmental Science and Technology, vol. 51, 5, 1999, ps. 9-10.

trapasen los límites o valores o parámetros administrativos. No solo porque el ambiente debe ser “sano” y “equilibrado” y no comprometer a las “generaciones futuras”, como dispone la CN —y eso no se logra necesariamente con solo cumplir con un parámetros o valor límite administrativo que está legalizando el daño y la contaminación—, sino también porque la LGA no ata ni subsume ni condiciona el daño ambiental a la superación de límites administrativos, sino a la alteración negativa relevante. Lo que se confirma con la articulación o complementación maximizadora de esos datos normativos con el Cód. Civ. y Com. y el Acuerdo de Escazú.

Brindemos algunos ejemplos relativos al abordaje de uno solo de los términos utilizados por la LGA en su art. 27: la alteración (34).

Entre otros abordajes equivalentes, a solo título de ejemplo podemos indicar que tal alteración se deberá interpretar desde una óptica tanto actual, como futura —o dentro de una racionalidad transtemporal (35)—, que también exige sopesar además los efectos retardatarios, tanto como los que ya resultan evidentes, e incluso los combinados de varias sustancias o elementos y acumulados a lo largo del tiempo que pueden existir, ni tampoco, para dar un último dato, no debe dejar de evaluarse la contaminación de base que puede hallarse ya en la zona.

Todos estos son extremos que exceden lo que fijan los valores límite o estándares administrativos. Por eso, el abordaje y la cognición de la “relevancia” —como de lo relevante o de lo negativo o de lo significativo— representa un extrasistema del administrativo de límites tolerables, valores límites, parámetros o estándares.

En lo relativo a la exigencia de “relevante” de un daño ambiental judicial, cabe indicar que no es relevante si es “ínfimo” (36). Si es más que

(34) Pero que puede extenderse a los otros, como a lo “relevante”, lo “negativo” o “significativo” de esa alteración.

(35) SOZZO, Gonzalo, “Derecho privado ambiental. El giro ecológico del derecho privado”, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2019, p. 163.

(36) LORENZETTI, Ricardo L. - LORENZETTI, Pablo, ob. cit., p. 324 quienes indican allí que “existiría un umbral mínimo de aceptación de modificaciones negativas

ínfimo, ingresa dentro del concepto de daño ambiental judicial. Y el daño ambiental puede ser más que “ínfimo” aunque se cumplan los valores límites administrativos, como surge de lo desarrollado en este punto.

De esa forma, se observa que la “alteración” o la “relevancia” como pautas definitorias del daño ambiental en la LGA resultan ser nociones que no están condicionadas ni definidas por valores límite o estándares administrativos, pues ambas pautas imponen un análisis que excede ese marco tecnocrático administrativo, ya que ingresa dentro de un enfoque civil y constitucional.

Incluso en el daño ambiental judicial opera el paradigma ambiental (37), que vuelve a debilitar la fuerza judicial de los valores límite administrativos.

Si bien el análisis de la cuestión permite mayores indagaciones, finalizamos aquí con esta primera aproximación, indicando por último que tanto la “alteración”, la “relevancia” y lo “negativo”, como lo “sano” y lo “equilibrado” —solo para destacar ciertos datos normativos legales y constitucionales ya señalados— requieren ser enfocados también desde y hacia la noción de sustentabilidad, ya que, como lo ha establecido la Corte federal, se ha de “asegurar que el ejercicio de la industria lícita sea sustentable (arts. 1º, 2, 4 de la Ley General del Ambiente)” (38).

La sustentabilidad, como se ha visto, es un enfoque que no tienen ni pueden tener los índices numéricos que establecen los valores límite o estándares administrativos.

al ambiente por debajo del cual no habría daño, ya que se trataría de actividades cuyo impacto es ínfimo”.

(37) MORALES LAMBERTI, Alicia, “Justicia hídrica ambiental”, RDAMB. 66, abril-junio 2021, p. 32. La utilización judicial del paradigma ambiental es explicada con gran profundidad en LORENZETTI, Pablo, “La Corte Suprema ratifica el paradigma ambiental como método para la tutela efectiva de los bienes colectivos”, RDAMB. 66, abril-junio 2021, ps. 60 y ss.

(38) CS, “Barrick”, Fallos 342:917. Se trata, como lo explica Sozzo, de internalizar dentro del derecho subjetivo —como por ejemplo el de ejercer industria lícita— la sustentabilidad, como una función del derecho subjetivo (SOZZO, Gonzalo, “El giro ecológico del abuso del derecho”, RDAMB. 51, p. 1).

IV. Conclusiones

Son muchas las conclusiones que pueden proyectarse de lo reseñado, algunas ya las hemos esbozado. Aquí solo resaltamos tres que entendemos básicas:

1. El daño ambiental judicial queda subsumido dentro de un sistema de responsabilidad ambiental-civil regido por la optimización —o maximización— complementaria de las normas que provienen de lo ambiental y de lo civil sumadas al art. 41 de la CN que también define fuertemente al daño ambiental, a lo que se agregan las del Acuerdo de Escazú.

2. El daño ambiental judicial puede configurarse aun cuando no se superen regulaciones —o normas— administrativas que establezcan estándares, límites permisibles o parámetros o valores límite en la materia.

3. Si se superan o ultrapasan los referidos límites permisibles, o parámetros o valores límite o estándares administrativos, no puede dudarse de que existe daño ambiental, pero si no se superan, ello no significa que no exista daño ambiental judicial y, por lo tanto, aparecen las atribuciones y los deberes de la justicia para in-

dagar, investigar, corroborar y ponderar si existe o un daño ambiental, conforme surge de la complementariedad maximizadora de las normas aludidas en el punto 1.

Dicho de otra forma: a) si se superan los límites permisibles, o parámetros o valores límite o estándares de tipo administrativo, existe daño ambiental; b) si no se superan, puede o no existir daño ambiental, activándose las potestades y los deberes judiciales de indagación, investigación, corroboración y ponderación con base en las reglas de la Ley General del Ambiente y el Cód. Civ. y Com. integradas simultáneamente con la regulación constitucional del art. 41 y las del Acuerdo de Escazú.

Nunca podría pensarse que la Justicia está atada o se halla limitada o cercenada por regulaciones administrativas que fijen valores límite o estándares o parámetros administrativos, que deroguen todas las normas que regulan el daño ambiental judicial que hemos indicado. En realidad, lo que ocurre es todo lo contrario. Tiene la potestad pero especialmente el deber judicial de indagar, corroborar y ponderar si, aun cuando se cumplan esos valores límite o estándares administrativos, se configuran los extremos normativos que definen el daño ambiental.

Daño ambiental

Lylían Elizabeth Toledo de Girón (*)

Sumario: I. Introducción.— II. Reparación del medio ambiente.— III. La responsabilidad por daño ambiental.— IV. La evaluación del riesgo.— V. Hechos conocidos.— VI. Hechos en los que existe incertidumbre.— VII. Valoración económica del daño ambiental.— VIII. Medidas de reparación por daño ambiental. Responsabilidad civil por daño ambiental. Reparación civil.— IX. Problemas que plantea la aplicación del Código Civil a la responsabilidad ambiental. La prescripción de la acción por responsabilidad por daño ambiental.— X. Reparación del daño ambiental (*in natura*) y reparación económica.— XI. Seguros ambientales.— XII. Bibliografía.

I. Introducción

En las últimas décadas, el derecho ambiental ha cobrado gran interés y especialmente el establecimiento de acciones para reparar los daños cometidos en contra de la naturaleza y la forma en que ha de repararse el daño causado.

Esta acepción tiene dos elementos: el primero se relaciona con los sistema de reparación que han de establecerse en favor de las personas que han sido afectadas en sus patrimonios y sus derechos; el segundo, con los mecanismos de reparación o restauración que han de efectuarse para resolver el daño material concreto del ambiente.

Es incuestionable que dentro de un daño ambiental se ven afectados los elementos naturales y los personales. De tal forma que la Constitución, cuando estipula los mecanismos de garantía de los derechos, establece la reparación en cumplimiento de los derechos humanos afectados y la restauración en cumplimiento de los derechos de la naturaleza. Estas acepciones

conducen a analizar el enfoque diferenciado que involucra el concepto de reparación por un atentado contra el ambiente.

Antes de llegar a este nivel es necesario plantear algunas precisiones para entender la dimensión del establecimiento de un sistema de reparación que se diferencia notablemente de lo que tradicionalmente se ha conocido como mitigación.

II. Reparación del medio ambiente

La reparación es el acto jurídico por el cual, una vez establecida la responsabilidad, sea por el criterio objetivo o subjetivo, se ha de fijar la enmienda correspondiente al valor del bien dañado; previamente se requiere la valoración de los daños para fijar el monto de las indemnizaciones; el problema surge cuando el objeto de la cuantificación económica, es el medio ambiente. ¿Cómo establecer un valor para este bien? ¿Qué consideraciones se han de tener en cuenta? ¿Cómo se justifica una cuantía frente a un bien invaluable?

En este sentido, la reparación ambiental es el proceso jurídico-práctico por el cual, a partir de la determinación valorativa de un bien que ha sufrido deterioro por un daño ambiental, el agente dañoso debe indemnizar efectivamente al o a los afectados.

Guido Tawil sostiene que “es no solo el resarcimiento pecuniario propio del ordenamiento civil, sino también la restitución de los ambien-

(*) Universidad de San Carlos de Guatemala, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Escuela de Estudios de Postgrado; profesora de la Maestría en Derecho Ambiental (Universidad de San Carlos de Guatemala, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Escuela de Estudios de Postgrado); cierre de Pensum de Doctorado en Derecho. Derecho Ambiental, patrocinado por la USAID y HED en cooperación con el Centro Payson para el Desarrollo Internacional de la Escuela de Derecho de la Universidad de Tulane en Nueva Orleans, Luisiana; exsecretaria del Sistema Guatemalteco de Ciencias del Cambio Climático (SGCCC).

tes ecológicamente dañados o deteriorados, a su estado anterior”.

De acuerdo con estos antecedentes se podría afirmar que la reparación es el conjunto de medidas orientadas a restituir los derechos (de las personas y de la naturaleza) afectados por distinto tipo de desastres o prácticas industriales destructivas y mejorar la situación de las víctimas, así como promover reformas políticas que impidan la repetición de los hechos.

III. La responsabilidad por daño ambiental

El marco jurídico legal ambiental de Guatemala ha establecido algunas vías mediante las cuales es posible que los daños ambientales sean reparados tanto *in natura*, como patrimonial. En tal sentido, existen tres vías principales para este propósito: administrativas, civiles y penales, que se analizarán más adelante.

IV. La evaluación del riesgo

El riesgo es un concepto íntimamente relacionado con el daño, y en atención a la evaluación de ese riesgo, deben estudiarse tanto los acontecimientos internos como externos de origen natural o artificial.

Alfredo Cabezas Ares y Carmen Fernández Cuesta, manifiestan (1):

“El riesgo medioambiental significativo de una organización se define como el peligro generado, directa o indirectamente, que puede provocar un daño ambiental superior a un umbral establecido con anterioridad”.

En la identificación de riesgos ambientales que pueden dar lugar a un daño es necesario delimitar la unidad de estudio.

Sí, el nivel de riesgo de una instalación y del establecimiento en el que se ubica depende de la densidad de muchos factores como la población limítrofe, la sensibilidad de su entorno, la superficie que ocupa la instalación, el número medio de trabajadores, la cantidad media de materiales manipulados al día, etcétera.

(1) En su tratado medio ambiente y gasto ambiental, *Revista Técnica Contable*.

Otro factor para tener en cuenta, acerca del riesgo del daño ambiental, es la intensidad de este, que está directamente relacionada con las eventuales pérdidas económicas que se soportarían de materializarse el daño. Es leve si dichas pérdidas pueden ser asumidas por la organización, grave si las pérdidas requieren cierto endeudamiento por parte de la organización o catastrófico cuando las pérdidas son tan elevadas que ponen en peligro la continuidad de la empresa.

En relación con la valoración del riesgo medioambiental, algunos autores afirman que, una vez analizados los factores de riesgo, es importante realizar la valoración de las consecuencias económico-financieras que ocasiona; para ello es necesario distinguir entre los hechos conocidos y aquellos en los que exista incertidumbre.

V. Hechos conocidos

Son aquellos en los que se conoce la naturaleza, la cuantía y la fecha de ocurrencia. Ejemplos:

- La transferencia de un riesgo ambiental mediante la contratación de un seguro.
- Actuaciones habituales para reducir o reparar daños al medio ambiente: gestión de residuos, reducción del ruido, protección del suelo.
- Deterioro del valor de un activo.
- Aumento de valor de un activo.
- Responsabilidades a terceros.

VI. Hechos en los que existe incertidumbre

Son aquellos en los que no se conoce con exactitud su ocurrencia o cuantía. Se distinguen dos tipos:

- Provisiones u obligaciones: son pasivos cuya ocurrencia es cierta o probable, mientras que su cuantía o vencimiento presenta cierta incertidumbre pero puede estimarse.
- Contingencia u obligaciones: su ocurrencia es posible, pero altamente improbable, o su cuantía no puede estimarse con fiabilidad.

El riesgo debe ser un factor de referencia al estudiar el daño ambiental, pero no necesariamente afecta al instituto de la valoración de dicho daño, por ser algo meramente preventivo.

VII. Valoración económica del daño ambiental

Una vez centrados los conceptos de medio ambiente y de daño ambiental se tienen los elementos de juicio básicos para abordar el análisis de la valoración del daño ambiental, que siempre resulta problemática y permanece casi inexplorada doctrinalmente.

Dentro del espinoso asunto de la responsabilidad ambiental, uno de los temas más conjeturales es la valoración del daño ambiental, que repercute en la dificultad de conseguir la cobertura financiera del posible responsable.

Como es sabido, existen dos sistemas de reparación del daño ambiental:

- El sistema subjetivo, en el cual el causante del daño responderá siempre que existan elementos subjetivos de culpabilidad o negligencia. Es el sistema que impera en países como Italia, Francia, Reino Unido, Nueva Zelanda y Holanda, entre otros. Se trata de un mecanismo en el cual, para reparar el daño ambiental, se tiene en cuenta el comportamiento de los sujetos causantes de dichos daños.

- El sistema objetivo, en el cual el causante del daño responderá aunque no haya habido culpa o negligencia por su parte, y solo podrá excluir su responsabilidad probando que el daño se debió a una fuerza mayor inevitable e irresistible. Es el sistema que impera en Estados Unidos y Alemania; responde más a una adecuada necesidad de protección ambiental, en la cual no existen excusas ni atajos, sino que prima la defensa del entorno sobre otros derechos secundarios. Es el sistema menos imperfecto para abordar la reparación ambiental, cuya primera fase es la individualización de la responsabilidad.

Si ambos sistemas sirven para personalizar la responsabilidad del agente causante del daño ambiental, ninguno de ellos soluciona el problema estrella del sistema de responsabilidad ambiental, que es cómo se repara el daño una vez identificado su causante.

Garrigues Solares, en el V Congreso Mundial del Derecho de Seguros, Ecuador, expresó “que el seguro tradicional de daños materiales ofrece

resistencia a cubrir los daños causados por contaminación, por la dificultad de probar la causalidad entre el daño y el hecho que lo provoca, y porque las pólizas exigen que el daño sea imprevisto, repentino y momentáneo y ninguna de esas características aplican cuando la causa del daño es la contaminación de la atmósfera o del agua de los ríos”.

Una de las principales características del riesgo de contaminación es la dificultad que, desde el punto de vista técnico, presenta el cálculo de la tasa de siniestralidad, la cual consiste en evaluar la probabilidad de ocurrencia del siniestro y cuantificar sus consecuencias financieras, para poder determinar la prima aplicable a cada asegurado.

No obstante, hay que decir que el aseguramiento de riesgos ambientales encierra indudable interés público por dos motivos fundamentales: la necesidad individual de los empresarios que desarrollan actividades potencialmente contaminantes, ya que la progresiva y cada vez más presente sensibilización social ambiental incrementa el riesgo de enfrentar una demanda o incluso una querrela en caso de contaminación; y por interés de las autoridades, ya que si se tiene la póliza de seguro que viene a ser un elemento fundamental para sanar los daños al entorno y para dotar a la regulación de un mecanismo de seguridad financiera y, a la vez, de eficaz incentivo a la prevención.

VIII. Medidas de reparación por daño ambiental. Responsabilidad civil por daño ambiental. Reparación civil

La reparación civil por daño ambiental se refiere a la obligación que surge de una persona natural o jurídica, pública o privada, de reparar el daño que produjo al ambiente, razón por la cual dicho responsable tendrá la obligación de realizar acciones positivas o de indemnizar a los perjudicados para restablecer o al menos disminuir los efectos negativos causados.

Esta responsabilidad civil nace de uno de los principios del derecho ambiental, el que menciona que es responsabilidad del contaminador, pagar por los daños que causa, conocido tam-

bién como principio contaminador-pagador. Sin embargo, la aplicación de este principio no es absoluta, tratándose dentro del contexto de la reparación por daño ambiental.

En el Libro Blanco de la Comunidad Europea se llega a la conclusión de que “La opción más adecuada es la adopción de una directiva comunitaria que contemple, por un lado la responsabilidad objetiva (sin culpa) por los daños derivados de actividades peligrosas reguladas por la legislación comunitaria (que cubra, con circunstancias eximentes y atenuantes, tanto los daños tradicionales como los daños causados al medio ambiente) y que también regule, por otro, la responsabilidad basada en la culpa en los casos de daños a la biodiversidad derivados de actividades no peligrosas”.

Se entendería, entonces, que mediante este tipo de medidas se puede lograr que los contaminadores dejen de contaminar, pues los costos que la reparación ambiental representa, pueden elevar sus utilidades. Sin embargo, la tendencia que existe (en países desarrollados) es que la mayoría de las empresas se han internalizado los costos por futuros daños ambientales dentro de sus presupuestos productivos, de modo que el pago de indemnizaciones para satisfacer demandas patrimoniales o para la reparación ambiental, están establecidas previamente, incluso por medio de la contratación de seguros contra siniestros, típicos en los contratos petroleros y mineros.

Este es un problema que queda resuelto si la reparación de este tipo de daño se busca mediante la restauración del bien ambiental dañado y no mediante la equivalencia del dinero. Es decir, que se apunte a privilegiar la reparación en especie que restaure el hábitat o el equilibrio de los valores ecológicos, o sea que obligatoriamente tenga que invertirse en la reparación del ecosistema. Pero la citada norma europea indica “si la restauración no es técnicamente posible, o solo lo es en parte, la evaluación de los recursos naturales tiene que basarse en el coste de soluciones alternativas que tengan como meta la reposición de recursos naturales equivalentes a los que se han destruido, con objeto de recuperar el grado de conservación de la naturaleza y la biodiversidad”.

Uno de los problemas más importantes que presenta la reparación por el sistema civil es que considera que, para que exista responsabilidad civil, debe existir un daño ambiental concreto y dicho daño debe ser atribuido a una persona en particular. Otra problemática dentro del campo civil es la determinación o imputación de la responsabilidad, que plantea muchas dificultades debido a que, en la mayoría de los casos, los daños ambientales tienen una pluralidad de autores contaminantes y es difícil determinar a quién o a quiénes se puede imputar el hecho.

Al respecto de este análisis, la reparación civil dentro de Guatemala implica, en primer lugar, responder pecuniariamente ante el daño, con el objeto de pagar los costos que la recuperación demande. La responsabilidad civil debe ser probada, para ello los Estados han empleado mecanismos de judicialización civil en la cual se determine los grados de responsabilidad y la cuantía que representa. El mecanismo utilizado para este propósito son las acciones o juicios civiles por daños y perjuicios, que no se diferencian de la ordinaria reparación patrimonial. Por ejemplo, el resultado de activar una acción civil por daño ambiental en Guatemala es recibir una indemnización que cubra el patrimonio afectado, los derechos vulnerados y la recuperación de los ecosistemas degradados. Lo cual lleva a formular propuestas que empiecen a cambiar los métodos de calcular la reparación de los ecosistemas, pues generalmente las pericias judiciales no establecen los montos suficientes para recuperar los espacios degradados ni para subsanar los derechos transgredidos.

Se constató que la reparación del daño ambiental implica, por un lado, realizar acciones para reparar los componentes de la naturaleza destruidos y, en la misma acción, establecer montos de indemnización por el agravio ocasionado. Por esta razón, la reparación civil del daño ambiental ha sido tratada en un principio como responsabilidad civil, lo que implica una problemática, ya que no se cuenta con una valoración del daño ambiental causado.

¿Reparación ambiental o reparación civil? Sería importante establecer es un sistema de responsabilidad por el daño ambiental que lo diferencie del daño civil tradicional, de modo que los sistemas de reparación sean diferentes

y atiendan a la solución de las dimensiones de derechos tutelados: derecho de la salud de las personas en relación con un ambiente de calidad; y derechos de la naturaleza en relación con los derechos de mantener y regenerar sus ciclos vitales. Por ello, cada día el daño ambiental tiene una especificidad propia que lo distingue del daño tradicional personal o patrimonial.

Ahora bien, autores diferencian el daño material patrimonial devenido de una contaminación ambiental, del daño propiamente ecológico cuando no existe afectación patrimonial de por medio; como puede suceder con los daños causados en zonas de áreas naturales protegidas, extinción de especies o contaminación del mar, etc., que sin embargo, no dejan de tener un elemento de afectación difusa sobre las personas que coexisten y a veces dependen de esos ecosistemas.

El daño ecológico es el que trae consigo una afectación para el conjunto de los elementos de un sistema y que por su carácter indirecto y difuso no permite en tanto al derecho a la reparación, el daño ambiental es un daño causado a un interés colectivo carente de materialidad y de titularidad colectiva, mientras que el daño civil constituye una afectación directa a las personas o a sus bienes. Si bien es cierto, debe tomarse en cuenta que muchas veces la producción de un daño al ambiente suele venir acompañado de la generación de daños de carácter civil, cuando por ejemplo, da como resultado de un daño medioambiental se ve afectada directamente la salud o a los bienes de las personas, sin embargo, en un caso nos referiremos al daño ecológico puro, mientras que en el otro hablamos de lo que podemos llamar daño civil por influjo medioambiental.

Estas premisas permiten observar que los sistemas jurídicos aún no han reconocido de forma clara una especificidad del daño ecológico puro, sino que se le trata como daño civil.

Las leyes fundamentales muestran una tendencia a establecer las bases con arreglo a las cuales el legislador deberá regular el daño ambiental y sus efectos, que básicamente expresan los siguientes principios: i) el daño ambiental de tipo individual o colectivo, público y privado, debe ser reparado; ii) esta reparación debe es-

tar constituida indispensablemente por la obligación de dejar las cosas al estado en el cual se encontraban antes de que ocurriera el daño en la medida de lo posible; y iii) considerando también la indemnización por daños y perjuicios ocasionados, incluyendo los que queden fuera de la recomposición que se hiciera.

IX. Problemas que plantea la aplicación del Código Civil a la responsabilidad ambiental. La prescripción de la acción por responsabilidad por daño ambiental

La acción indemnizatoria por daño civil, conforme al art. 1508 del Cód. Civil, prescripción extintiva, prescribe a los cinco años, y el art. 1513 del mismo cuerpo normativo indica que la responsabilidad por delito o falta, prescribe en un año. Ahora bien, ¿es razonable aplicar el mismo plazo de prescripción a la acción por responsabilidad ambiental? El daño ambiental es de naturaleza compleja, debe ser estudiado en forma especializada y de acuerdo con ello determinarse un plazo distinto al daño civil tradicional por las siguientes consideraciones, según Carlos de Miguel Perales en su tratado la responsabilidad civil por daños al medio ambiente (2):

“Para iniciar una acción indemnizatoria por daño ambiental es necesario tener conocimiento del daño; eso implica que el perjudicado tiene que conocer (o estar en disposición de conocer) estos tres elementos daño, causa y causante para poder ejercitar la acción. Pero en varias ocasiones no es fácil conocer la causa del daño o no se puede identificar a su autor y se dificulta el ejercicio de la acción”.

El daño ambiental se presenta de diferentes formas: puede ser continuo, permanente, progresivo y sobrevenido. Respecto a este último, Perales señala que se da una conducta dañosa, que produce unos ciertos daños; pero al cabo del tiempo surgen, de esa misma conducta, unos daños distintos, lo que dificulta, en estos casos, determinar el momento a partir del cual debe iniciarse el cómputo del plazo de prescripción; lo que tendría que estar señalado cada caso en particular.

(2) DE MIGUEL PERALES, Carlos, *La responsabilidad civil por daño al medio ambiente*. Segunda edición revisada y actualizada. Madrid España: Editorial Civitas. 1997; Ed. Bosch, 2001.

“Es necesario determinar el plazo de prescripción de la acción del daño ambiental puro que afecta el interés difuso y el plazo de prescripción de la acción del daño ambiental consecutivo que afecta el interés particular, obviamente son plazos distintos”.

Respecto del primero, tratadistas como el doctor Mario Peña Chacón, en “Caso de estudio: daño ambiental y prescripción”, sostiene que “[l]a imprescriptibilidad de las acciones de responsabilidad por daño ambiental puro o de naturaleza colectiva puede ser sustentada en tres distintos argumentos jurídicos, por una parte, el carácter de derecho humano fundamental que posee la protección ambiental a nivel constitucional y del derecho internacional de los derechos humanos, por otra, la naturaleza pública de los bienes ambientales de naturaleza colectiva, y por último, a las similitudes que guarda el daño ambiental de naturaleza colectiva con los delitos de lesa humanidad”.

X. Reparación del daño ambiental (*in natura*) y reparación económica

La forma ideal de reparar el daño ambiental en doctrina se denomina reparación *in natura*; consiste en la restitución del bien dañado al estado en que se encontraba antes de sufrir el daño. También se menciona la reparación *restitutio in pristinum*, es lo más apropiado porque engloba la prevención de futuros daños. La reparación consiste en restablecer al estado anterior al hecho dañoso el medio ambiente con sus componentes, así como la implicación pecuniaria derivada del daño. De no ser técnica ni materialmente posible el restablecimiento, el juez deberá prever la realización de otras tareas de recomposición o mejoramiento del ambiente o de los elementos afectados.

Como lo manifiestan Acosta, Cáceres, Bayugar y Gherzi, en “Derecho y reparación de daño” (Ed. Universidad, Buenos Aires), “La norma refiere que en la responsabilidad por daño ambiental, debe haber una reparación *in natura*, la restauración de los recursos naturales dañados; pero, en caso de que ello fuera materialmente imposible, la reparación sería pecuniaria, el resarcimiento económico tiene carácter subsidiario, siendo aplicable únicamente si la reparación en especie no es posible. En el caso

concreto del ambiente, donde primordialmente se trata de proteger el ambiente en sí mismo, la reparación en especie deberá buscarse con el mayor esfuerzo posible”, lo que hace distinto al daño ambiental del daño civil tradicional, porque en él siempre se busca la reparación económica. Estos autores señalan que “la reparación *in natura* tiene sus excepciones, basado en ciertos hechos” y estos son:

- No procede la reparación *in natura* cuando se está frente a un supuesto de imposibilidad de reparación.

- Se equiparan al primer supuesto aquellos casos en que, si bien no es imposible, la reparación *in natura* es muy costosa.

Si bien la norma dispone que la reparación del daño ambiental debe ser una reparación *in natura*; pero en el país aún no existe una sentencia judicial que resuelva en ese sentido; para ello es necesario precisar cómo se debe realizar tal reparación y en qué consiste la realización de otras tareas de recomposición o mejoramiento del ambiente o de los elementos afectados, finalmente, cómo determinar que la reparación fue adecuada; asimismo, respecto de la reparación económica se debe regular de qué manera el juez cuantifica el daño ambiental, ¿cuánto cuesta un árbol como un bien ambiental que presta el servicio de extracción de carbono y alberga biodiversidad?

La reparación civil podría ser viable con seguros ambientales, o los fondos de compensación para lograr un avance en la reparación de daños al medio ambiente y por consiguiente un avance en su protección, por lo que veremos estos elementos a continuación.

XI. Seguros ambientales

Los seguros ambientales son útiles para disminuir los riesgos de daño al medio ambiente y para obtener compensaciones adecuadas en el caso de afectaciones consumadas. Aunque son práctica común en otros países, en Guatemala aún no se difunden sus beneficios y no se llevan a cabo.

En Guatemala existe un gran número de ejemplos de capital natural que se encuentran

en peligro constante, como consecuencia de las actividades económicas que se realizan en torno a ellos. Por hacer referencia a la actividad minera, que constituye uno de los problemas sociales, económicos y políticos de gran difusión ya que se ven afectadas grandes cantidades de tierra y comunidades de forma constante en la realización de las actividades cerca de ellas.

XII. Bibliografía

ACOSTA, Francisco – CÁCERES, Juan – BAYUGAR, Martín – GHERSI, Sebastián, “Derecho y reparación de daño”, Ed. Universitaria, Buenos Aires, 2001.

AGUILAR GRETHEL, Iza A., “Manual de derecho ambiental”, UICN, Centro de Derecho Ambiental de la Unión Mundial para la Naturaleza, San José de Costa Rica, 2005, t. I.

CAFFERATTA, Néstor A., “Daño ambiental colectivo: Régimen legal. A la luz de la Ley 25.675 General del Ambiente”. <http://www.iada.org.ar/eventos/anteriores/7congresoarg2004/Varios/Dano%20Ambiental%20Colectivo-Prof.%20Cafferatta.doc>.

CAFFERATTA, Néstor A., “Daño ambiental/jurisprudencia”, LA LEY, 2003-D, 1339.

DE MIGUEL PERALES, Carlos, “La responsabilidad civil por daño al medio ambiente”, Ed. Civitas - Bosch, Madrid, 1997, 2ª ed., 2001.

EMBID IRUJO, José Miguel, “Los grupos de sociedades en el derecho comunitario y en el español”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* N° 599, julio-agosto 1990.

GARRIGUES SOLARES, “Memorias del V Congreso Mundial del Derecho de Seguros”, Ecuador, 2005.

Libro Blanco de la Comunidad Europea, ed. V, 2013, www.libroblancoeuropeo.com.

PEÑA CHACÓN, Mario, “El principio de no regresión en el derecho comparado, latinoamericano”, Libro en línea, San José de Costa Rica, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, PNUD 2013.

PEÑA CHACÓN, Mario, “Caso de estudio: daño ambiental y prescripción”. http://www.cica.es/aliens/gimadus/19/06_mario_penia_chacon.html.

PRINCIPIOS DE DERECHO AMBIENTAL

El Acuerdo de Escazú como superpresupuesto mínimo en el sistema de fuentes del derecho ambiental argentino

José Alberto Esain (*)

Sumario: I. Introducción.— II. Primera parte: la historia y el contexto para la adopción del Acuerdo.— III. Segunda parte: el Acuerdo de Escazú y el sistema de fuentes ambiental en la Argentina.— IV. Tercera parte: breve exégesis del contenido del Acuerdo de Escazú.— V. Conclusiones.

“El mejor modo de prever el futuro es inventarlo”.

Francis FORD COPPOLA.

I. Introducción

El presente trabajo pretende hilvanar algunas ideas respecto al Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe, adoptado en Escazú (Costa Rica) el 4 de marzo de 2018 (Acuerdo de Escazú o Acuerdo, en adelante). En esa línea de acción, desandaremos primero la historia y el contexto para su adopción del Acuerdo; segundo, el modo en que se ha trastocado el sistema de fuentes en materia ambiental en la Argentina con la llegada del mencionado instrumento internacional; tercero, abordaremos una visión somera sobre sus contenidos; para finalmente arribar a algunas conclusiones.

El Acuerdo de Escazú trata sobre la llamada *doctrina de los tres accesos* que nace con el principio 10 de la Declaración de Río 1992: acceso a la información, a la participación y a la justicia en materia ambiental. En perspectiva, representa

una aspiración por una *democracia ambiental*, por una mejora del ejercicio de ciudadanía ambiental, revistiendo el Acuerdo de garantía para la protección de bienes y derechos colectivos.

II. Primera parte: la historia y el contexto para la adopción del Acuerdo

La historia del Acuerdo de Escazú es tributaria del principio 10 de la Declaración de Río 1992 que dice: “El mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todos los ciudadanos interesados, en el nivel que corresponda. En el plano nacional, toda persona deberá tener acceso adecuado a la información sobre el medio ambiente de que dispongan las autoridades públicas, incluida la información sobre los materiales y las actividades que encierran peligro en sus comunidades, así como la oportunidad de participar en los procesos de adopción de decisiones. Los Estados deberán facilitar y fomentar la sensibilización y la participación de la población poniendo la información a disposición de todos. Deberá proporcionarse acceso efectivo a los procedimientos judiciales y administrativos, entre estos, el resarcimiento de daños y los recursos pertinentes”.

(*) Máster en Derecho Ambiental (Univ. del País Vasco). Profesor titular de Derecho Ambiental y de los Recursos Naturales (Univ. FASTA). Docente del Seminario de Derecho Ambiental (UdMP).

Desde esa fecha en adelante fueron muchos los acuerdos que se abocaron al tema (1):

- 1992. Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (2).

- 1992. Programa 21 (3).

- 1994. Conferencia Mundial sobre el Desarrollo Sostenible de los Pequeños Estados Insulares en Desarrollo (Bridgetown, 1994) (4).

- 1996. Declaración de Santa Cruz de la Sierra (5).

- 1998. Convención sobre el acceso a la información, la participación ciudadana y el acceso a la justicia en la toma de decisiones en asuntos ambientales (Convención de Aarhus) (6).

(1) Seguimos en el listado la descripción y el texto del Informe de la CEPAL, Acceso a la información, participación y justicia en temas ambientales en América Latina y el Caribe. Situación actual, perspectivas y ejemplos de buenas prácticas, publicación de las Naciones Unidas, Santiago de Chile, 2013, ps. 13/15.

(2) La Declaración es un compromiso no vinculante acordado por 178 gobiernos en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (Cumbre para la Tierra, Río de Janeiro [Brasil], 1992). El principio 10 de la Declaración plantea que el mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de una ciudadanía informada y que deberá proporcionarse acceso efectivo a los procedimientos judiciales y administrativos, entre estos, el resarcimiento de daños y los recursos pertinentes.

(3) Plan de acción no vinculante en pro del desarrollo sostenible aprobado por los países en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (Cumbre para la Tierra, Río de Janeiro [Brasil], 1992). Los caps. 23 a 40 tratan de temas relacionados con el acceso a la información y la participación de la sociedad civil en la toma de decisiones.

(4) En el programa de acción aprobado en esta conferencia (Programa de Acción de Barbados) se reconoce en varios puntos la importancia de la participación del público en la toma de decisiones (capítulo 10) y se insta a los Estados participantes a aplicar medidas para su promoción.

(5) En ella, los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos (OEA) se comprometieron a apoyar y promover, como requisito fundamental del desarrollo sostenible, una amplia participación de la sociedad civil en el proceso de toma de decisiones, incluyendo políticas y programas y su diseño, implementación y evaluación.

(6) Es un instrumento regional vinculante, cuyas funciones de secretaría están a cargo de la Comisión Económica para Europa (CEPE), que proporciona estándares

- 2000. Estrategia Interamericana para la Promoción de la Participación Pública en la Toma de Decisiones en Materia de Desarrollo Sostenible (7).

- 2000. Declaración Ministerial de Malmö (8).

- 2002. Plan de Aplicación de las Decisiones de la Conferencia de las Naciones Unidas para el Desarrollo Sostenible (Johannesburgo) (9).

mínimos para que los países adopten en sus legislaciones nacionales. Los tres pilares de la Convención son el acceso a la información, la participación y la justicia en la toma de decisiones para el ambiente. Entró en vigor el 30 de octubre de 2001. Hasta la fecha se han hecho partes en el Convenio 45 países, con muy diferentes niveles de desarrollo económico. Si bien es un instrumento regional, la Convención de Aarhus está abierta para la adhesión de países que no CEPAL - Serie Medio Ambiente y Desarrollo N.º 151 Acceso a la información, participación y justicia en temas ambientales... 14 son miembros de la CEPE. La adhesión requiere que los países modifiquen sus leyes nacionales para alinearse con los postulados de la Convención.

(7) La Estrategia promueve una serie de principios, pero no obliga a adoptarlos, y en ella se fomenta la participación pública transparente, eficaz y responsable en la toma de decisiones y en la formulación, adopción e implementación de políticas para el desarrollo sostenible en América Latina y el Caribe. La Estrategia fue aprobada por los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos (OEA).

(8) En el Foro Ambiental Mundial a Nivel Ministerial celebrado en Malmö (Suecia), los ministros de medio ambiente reunidos bajo el auspicio del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA) acordaron una declaración en la que reconocieron la necesidad de fortalecer el rol de la sociedad civil a través de la libertad de acceso a la información ambiental para todos, la amplia participación en la toma de decisiones ambientales y el acceso a la justicia en este ámbito. 2001. Acuerdo Marco sobre Medio Ambiente del Mercosur: en su art. 1º los Estados partes reafirman su compromiso con los Principios enunciados en la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de 1992. En su art. 6º establece el deber de los Estados partes de implementar, entre otras acciones, la de brindar, en forma oportuna, información sobre desastres y emergencias ambientales que puedan afectar a los demás Estados partes y, cuando fuere posible, apoyo técnico y operativo.

(9) El párrafo 164 del Plan de Implementación señala que todos los países deberían promover la participación pública, incluso mediante medidas encaminadas a proporcionar acceso a la información en lo que respecta a la legislación, los reglamentos, las actividades, las políticas y los programas. También deberían promover la plena participación pública en la formulación y aplicación de

- 2002. Iniciativa Latinoamericana y Caribeña para el Desarrollo Sostenible (ILAC) (10).

- 2003. Protocolo sobre registros de emisiones y transferencias de contaminantes (Protocolo de Kiev) (11).

- 2005. Declaración de Mauricio y Estrategia de Mauricio para la ejecución ulterior del Programa de Acción para el Desarrollo Sostenible de los Pequeños Estados Insulares en Desarrollo (12).

- 2006. Corte Interamericana de Derechos Humanos (13).

políticas de desarrollo sostenible. Las mujeres deberían poder participar plenamente y en un pie de igualdad en la formulación de políticas y la adopción de decisiones.

(10) Fue adoptada en 2002 por los gobiernos de América Latina y el Caribe en el marco de la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible de Johannesburgo. Su objetivo principal es evaluar el progreso y adoptar acciones efectivas hacia el desarrollo sostenible en los países de la región. En 2003, el Foro decidió apoyar un proyecto para producir indicadores ambientales nacionales, así como los indicadores económicos, sociales e institucionales requeridos para evaluar el progreso alcanzado en la ejecución de la ILAC. Entre los indicadores incluidos para evaluar los aspectos institucionales se incluyen la elaboración de informes del estado del medio ambiente y la existencia de consejos nacionales de desarrollo sostenible.

(11) Instrumento vinculante de seguimiento de la Convención de Aarhus sobre registro de emisiones y transferencia de contaminantes, aprobado por los países de la Comisión Económica para Europa (CEPE) en 2003. A la fecha ha sido firmado por la Unión Europea y 39 Estados y ratificado por 22.

(12) En la Declaración, los pequeños Estados insulares en desarrollo reafirman su adhesión a los principios de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo. En la Estrategia, en tanto, reafirman la importancia de la igualdad entre los géneros y de promover el acceso pleno y en igualdad de condiciones de la mujer y el hombre a la participación política a todos los niveles y a los programas y sistemas de adopción de decisiones en pro del desarrollo sostenible. Agregan que, con el necesario apoyo de la comunidad internacional, los pequeños Estados insulares en desarrollo deben seguir tratando de mejorar las estructuras legislativas, administrativas e institucionales para formular y aplicar estrategias, políticas y planes de desarrollo sostenible, incorporar la dimensión del desarrollo sostenible en la formulación y aplicación de las políticas generales y facilitar la participación de la sociedad civil en todas las iniciativas relacionadas con el desarrollo sostenible.

(13) En 2006, la Corte Interamericana de Derechos Humanos dio otro importante paso a nivel internacional

- 2006. Declaración de Santa Cruz+10 (14).

- 2010. Directrices para la Elaboración de Legislación Nacional sobre el Acceso a la Información, la Participación del Público y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales del PNUMA (Directrices de Bali) (15).

- 2010. Declaración de Santo Domingo para el Desarrollo Sostenible de las Américas (16).

- 2011. Conclusiones de la Reunión Regional Preparatoria de América Latina y el Caribe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible (17).

en la promoción de los derechos de acceso, al reconocer el derecho de acceso a la información pública como un derecho humano fundamental protegido por los tratados de derechos humanos, que debe ser respaldado por los Estados (Véase Corte Interamericana de Derechos Humanos, "Claude Reyes and Others v. Chile", 19 de septiembre de 2006, series C núm. 151", párr. 77, TR LALEY AR/JUR/15354/2006.

(14) En ella los países de la OEA reafirmaron su compromiso con el Principio 10 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo.

(15) El propósito de estas directrices voluntarias, aprobadas en el 25º período de sesiones del Consejo de Administración del PNUMA, es proporcionar una orientación general a los Estados que lo soliciten sobre el fomento del cumplimiento efectivo de los compromisos contraídos en relación con el Principio 10 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de 1992, en el marco de su legislación y procesos nacionales.

(16) En ella los Estados miembros de la OEA se comprometieron a promover la participación ciudadana y pública como elemento clave del proceso decisorio en materia de políticas de desarrollo sostenible.

(17) En la oportunidad los países de la región señalaron que es necesario alcanzar compromisos para, entre otras cosas, la implementación cabal de los derechos de acceso a la información, participación y justicia ambientales consagrados en el Principio 10 de la Declaración de Río. 2012. Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible (Río+20): En el documento final de la Conferencia, denominado "El futuro que queremos", los países recalcaron que la participación amplia del público y el acceso a la información y los procedimientos judiciales y administrativos son esenciales para promover el desarrollo sostenible (párr. 43). Alentaron, CEPAL - Serie Medio Ambiente y Desarrollo N.º 151 Acceso a la información, participación y justicia en temas ambientales... 15 asimismo, la adopción de medidas a nivel regional, nacional, subnacional y local para promover el acceso a la información, la participación del público

- 2012. Declaración sobre la Aplicación del Principio 10 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo: impulsada en el marco de la Conferencia de Río+20 (18).

- 2013. Primera Cumbre de la Comunidad de Estados Latinoamericanos y Caribeños (CELAC) (19).

- 2013. Cumbre CELAC-UE: En la Declaración de Santiago, se señala (20).

El Acuerdo de Escazú integra una díada junto a la Convención de Aarhus; son dos instrumentos regionales legales vinculantes que esculpen una democracia ambiental con base en las garantías para el ejercicio de una ciudadanía activa (21).

en la adopción de decisiones y el acceso a la justicia en asuntos ambientales, cuando proceda.

(18) En ella los países signatarios señalan que es necesario alcanzar compromisos para la implementación cabal de los derechos de acceso a la información, participación y justicia ambientales, consagrados en el Principio 10 de la Declaración de Río de 1992. Por ello, manifiestan su voluntad de iniciar un proceso que explore la viabilidad de contar con un instrumento regional abierto a todos los países de la región y con la significativa participación de toda la ciudadanía interesada, con el apoyo de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) como secretaria técnica.

(19) El art. 60 de la Declaración de Santiago señala: "valoramos las iniciativas para la implementación regional del Principio 10 de la Declaración de Río 1992, referido a los derechos de acceso a información, participación y justicia ambiental, como una contribución relevante para la participación de la comunidad organizada comprometida con el desarrollo sostenible".

(20) "reconocemos la importancia de aplicar el Principio 10 de la Declaración de Río 1992 en la Cumbre de la Tierra y reiteramos la importancia de impulsar iniciativas en esta materia". Se reitera asimismo el derecho de los ciudadanos a participar en la formulación, implementación y seguimiento de las políticas públicas (Fuente: Comisión Económica para América Latina y el Caribe -CEPAL- sobre la base de documentos oficiales de las Naciones Unidas e información del Instituto de Recursos Mundiales -WRI-).

(21) "Es, con diferencia, el desarrollo más impresionante del Principio 10 de la Declaración de Río, que hace hincapié en la necesidad de la participación ciudadana en los temas ambientales y en el acceso a la información sobre el ambiente en poder de las autoridades públicas. Como tal, es la iniciativa más ambiciosa que se haya emprendido jamás en la esfera de la democracia ambiental bajo

El recorrido para la adopción del Acuerdo de Escazú fue arduo y se remonta a la Convención de Río +20 (2012). Recuerda Carlos de Miguel que "el objetivo del Acuerdo de Escazú, inicialmente enfocado en garantizar la implementación plena y efectiva de los derechos de acceso, incorporó aspectos de equidad intra e intergeneracional, así como el derecho de cada persona al desarrollo sostenible. La Agenda 2030, al fundamentarse en prerrogativas, fue una implícita referencia para reforzar el vínculo entre derechos humanos, derechos de acceso y derecho a un medio ambiente sano y al desarrollo sostenible que caracteriza el Acuerdo" (22). Entre 2012 y 2014 la CEPAL, como órgano regional de Naciones Unidas encargado de empujar la celebración de un acuerdo, se encargó de elaborar los informes y diagnósticos sobre la materia. El Plan de Guadalajara acordó (2013) el modo de participación del público interesado, creó dos grupos de trabajo (uno para la elaboración de un instrumento regional y otro con foco en las capacidades de cooperación). La Decisión de Santiago de Chile (2014) dio inicio a la fase de negociación de un Acuerdo Regional. Nueve rondas fueron necesarias para lograr el texto. Tras casi seis años de trabajo conjunto entre representantes de gobierno y público, y con el apoyo de numerosos expertos y la CEPAL como secretaria técnica, el 4 de marzo de 2018 en Escazú, Costa Rica, los delegados debidamente acreditados adoptaron el Acuerdo Regional haciendo realidad el sueño. Con el Acuerdo adoptado, se abrió a firma el 27 de septiembre de 2018, en la sede de las Naciones Unidas en Nueva York.

III. Segunda parte: el Acuerdo de Escazú y el sistema de fuentes ambiental en la Argentina

Para avanzar en el segundo punto, plantearemos la siguiente tesis: el Acuerdo de Escazú

los auspicios de las Naciones Unidas". Kofi A. ANNAN, ex secretario general de las Naciones Unidas (1997-2006) [en línea] <http://aarhusclearinghouse.unece.org/about/>.

(22) Para conocer los pormenores de la negociación y aprobación del Acuerdo de Escazú, se puede consultar el meduloso aporte de DE MIGUEL Carlos, "Acuerdo de Escazú: pacto para la economía y democracia del siglo XXI" en PRIEUR, Michel - SOZZO, Gonzalo; NÁPOLI, Andrés, "Acuerdo de Escazú. Hacia la democracia ambiental en América Latina y el Caribe", Universidad del Litoral, Santa Fe, 2020, ps. 20/35.

es un *componente central del derecho federal ambiental*, mutando el sistema de fuentes y sus procedimientos de control e implementación.

El primer aspecto para indagar el acierto de la tesis propuesta pasa por verificar el funcionamiento del sistema de fuentes ambientales en la Argentina. En ese tren debemos verificar la influencia que los convenios internacionales tienen en la estructura, los requerimientos de ingreso como fuente interna, su jerarquía y vinculación con el resto de los componentes.

En Argentina las fuentes que provienen del derecho internacional público —como el Acuerdo de Escazú— tienen jerarquía *supralegal*, es decir, superior a las leyes, pero inferior a la Constitución Nacional. Esto deriva en primer lugar del texto histórico del art. 27, CN, pero sobre todo, a partir de la reforma de 1994, del primer párrafo, art. 75.22, CN que dispone “los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes”. En este aspecto es interesante recordar que el instrumento internacional ingresa como fuente interna de derecho a partir de un *acto complejo* que ocupa a los poderes ejecutivo y legislativo del Gobierno Nacional. Este se compone de estas etapas: a) negociación y b) firma del instrumento por el Poder Ejecutivo (art. 99.11, CN); c) aprobación del Congreso (art. 75.22, CN); y d) ratificación (art. 99.11, CN). El Acuerdo de Escazú negociado y firmado el 4 de marzo de 2018 y aprobado mediante ley 27.566. El Congreso desde hace tiempo ha adoptado la costumbre de sancionar leyes para aprobar tratados, pero el acto que incluye dicha ley no es un acto legislativo, sino que simplemente comporta la aquiescencia para que el Poder Ejecutivo cumpla en sede internacional con la ratificación del tratado. El 22 de enero de 2020 fue ratificado por la Argentina mediante depósito del correspondiente instrumento en Secretaría.

De todos modos, la vigencia del Acuerdo, como fuente de derecho internacional e interna también depende, y sobre todo, del sistema que el propio instrumento compone. Esto quiere decir que, aunque aprobado por ley, ratificado por el Poder Ejecutivo y, debidamente depositado, puede que un acuerdo no adquiera vigencia, pues no se han dado las condiciones que él dispone para ello. En el caso del Acuerdo de Escazú, su art. 22.1 dispone: “El presente Acuer-

do entrará en vigor el nonagésimo día contado a partir de la fecha en que haya sido depositado el *undécimo instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión*” (el destacado nos pertenece). El 22 de enero de 2021 se alcanzaron las ratificaciones necesarias, por lo que el Acuerdo de Escazú pasó a ser fuente en el derecho internacional público (y también para nuestro sistema interno) el 22 de abril de 2021 (23).

En algún momento en el debate parlamentario en el marco del Congreso de la Nación, algunos expositores plantearon la necesidad de elevar el rango del Acuerdo a jerarquía constitucional conforme lo reglado por el tercer párrafo, art. 75.22, CN. La Ley 27.566 que aprobó Escazú no incluía ese punto. En caso de que el Congreso proyectara dicha nueva “cotización” para el Acuerdo Escazú, la ley que lo reordene deberá ser votada por una mayoría especial (“dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara”) (24).

Respecto a la cuestión de la jerarquía “supralegal” también debe considerarse la vinculación del Acuerdo con las pautas ambientales de máxima jerarquía que derivan —sobre todo— del art. 41, CN. Demos un ejemplo: el principio de “no regresión” (art. 3.g del Acuerdo) deberá integrarse *en el marco del desarrollo sostenible* que regula el primer párrafo del art. 41, CN. Esto limita potenciales interpretaciones manipulativas (25) de este que lo consideren en términos *absolutos*, obligando a considerarlo con contornos y límites precisos (26).

(23) Para verificar estos aspectos se puede consultar el sitio del Tratado a cargo de la Comisión Económica para América Latina (CEPAL): <https://www.cepal.org/es/acuerdodeescazu>

(24) Dispone el art. 75.22.3, CN: “Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán el voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional”.

(25) Sobre la interpretación manipulativa de la constitución se puede consultar SAGÜÉS Néstor Pedro, “La interpretación judicial de la Constitución”, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006, p. 165/6.

(26) Para considerar un texto de este principio se puede ver el preámbulo de la Ley 7/2021 de España sobre Cambio Climático que dice: “Desde el punto de vista medioambiental, este principio de no regresión se define

Finalmente, respecto a la *operatividad* de las normas internacionales en el derecho interno, la mención expresa de los Tratados en el art. 31, CN obliga a considerarlos de *aplicación inmediata*, independientemente del carácter operativo o programático de sus normas (27). La jurisprudencia ha sido zigzagueante en este punto, aunque se ha impuesto la tesis según la cual, como cualquier instrumento (ley decreto, tratado), pueden existir normas que requieran para su aplicación desarrollo posterior. Una ley requiere en algunos artículos un decreto reglamentario para su operatividad, un decreto, una resolución. Puede que en algunos aspectos un tratado necesite de las leyes para su desarrollo; esto será casuístico. De todos modos, esto no es óbice para considerar al Tratado de aplicación inmediata, aspecto que es independiente del carácter *programático* u *operativo* de las normas que este contiene (28).

como aquel en virtud del cual la normativa, la actividad de las Administraciones Públicas y la práctica jurisdiccional no pueden implicar una rebaja o un retroceso cuantitativo ni cualitativo respecto de los niveles de protección ambiental existentes en cada momento, salvo situaciones plenamente justificadas basadas en razones de interés público, y una vez realizado un juicio de ponderación entre los diferentes bienes jurídicos que pudieran entrar en contradicción con el ambiental". Para considerar una bibliografía sobre este tema se puede consultar: ESAIN, José Alberto, "Progresividad, gradualidad, no regresión y el derecho humano fundamental al ambiente", en CAFFERATTA, Néstor (dir.) Revista de derecho ambiental, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, número 35, julio septiembre 2013; REAL FERRER, Gabriel, "El principio de no regresión ambiental a la luz del paradigma de la sostenibilidad", p. 11; ARAGAO, Alexandra, "A proibição do retrocesso como garantia da evolução sustentável do direito ambiental" ambos en PEÑA CHACÓN, Mario (Editor), El principio de no regresión ambiental en Iberoamérica, Gland, Suiza, UICN, 2015 entre otros trabajos al respecto.

(27) MANILI, Pablo Luis, ob. cit., ps. 178/179.

(28) La Corte no siempre consideró del mismo modo a los instrumentos internacionales como fuentes internas operativas. En "Alonso" (Fallos 186:258) en el año 1940 entendió que una ley interna (la Ley 9688 de accidentes de trabajo) no se podía entender derogada ipso facto por la ratificación posterior de un convenio internacional, dado que el mismo preveía que los Estados partes se comprometían a aplicar sus disposiciones a futuro (no en forma actual). Según esta doctrina, cuando una norma contenida en un tratado no es operativa, sino programática, requiere —por su propia estructura normativa— de otra norma que la reglamente para su aplicación a casos individuales por los jueces. Así la norma del

Vale la pena aclarar que, como bien señala la doctrina más calificada, incluso las normas programáticas poseen un margen de aplicación, desde que impiden que se dicten normas opuestas, a las que, en todo caso, convierten en inconstitucionales. Ante la falta de vigencia sociológica, no se les quita la vigencia normológica, cuya subsistencia permite aplicarlas en cualquier momento; y sirven como pautas de interpretación para aplicar el derecho vigente (29).

tratado no desplaza a una norma legal anterior. En otros casos la Corte consagró la operatividad directa de la norma internacional: en "Quebrachales Fusionados" de 1927 (Fallos 150:84) se aplicó la Convención de Bruselas sobre abordaje entendiendo que esas normas habían sido incorporadas al Código de Comercio por la ley que aprobó la ratificación del tratado. Lo mismo en "Compañía Mihnovich" (Fallos 165:144) de 1932 ratificó la doctrina. En "Editorial Nogueir" (Fallos 252:262) de 1962 se aplicó directamente una norma de un tratado (Convención de Ginebra sobre Derechos de Autor) considerándose la modificatoria de la ley nacional 11.723 de propiedad intelectual. En "Eusebio F." (Fallos 310:1080) de 1987 se retoma la doctrina "Alonso", pues al considerar "programático" el art. 17.5 Pacto de San José de Costa Rica (PSJCR, en adelante) sobre derechos y libertades entendió que los derechos y libertades reconocidos en él deben ser específicamente incorporados al derecho interno de los Estados mediante disposiciones legislativas o de otra índole. Recordemos lo que sucedió con el derecho de rectificación antes del leading case "Ekmekdjian c/ Sofovich", cuando la Corte en "Costa" (1987, Fallos 310:508) "Sánchez" (1988, Fallos 311:2553) y Ekmekdjian c/ Neustadt" (1988, Fallos 311:2497) interpretaba al derecho de rectificación o respuesta contenido en el PSJCR como "no operativo" dependiente de la ley del Congreso que lo reglamente. En "Ekmekdjian c/ Sofovich" (1992, Fallos 315:1492) esto se cambia, pues se considera operativo el derecho mencionado directamente desde la fuente internacional. Esta doctrina se consolidó en "Servini de Cubría" (1992, Fallos 317:771), "Arce" (1997, Fallos 320:2145), "Petric" (1998, Fallos 321:885) (todo en MANILI, Pablo Luis, ob. cit., ps. 179/184).

(29) Dice Bidart Campos: "Cuando una norma de la constitución necesita desarrollo legislativo y este no ha sido suministrado por el legislador, la norma constitucional tiene —por lo menos mientras tanto— un contenido esencial que siempre es aplicable y siempre debe ser aplicado. En ese mismo intervalo de tiempo, las normas programáticas surten los siguientes efectos: a) impiden que se dicten normas opuestas, a las que, en todo caso, convierten en inconstitucionales; b) la falta de vigencia sociológica (por desuso o por no reglamentación en tiempo razonable) no les quita la vigencia normológica, cuya subsistencia permite aplicarlas en cualquier momento; c) sirven como pautas de interpretación para

El Acuerdo de Escazú entonces resulta de *aplicación inmediata*, aunque algunos de sus contenidos sean *operativos*, mientras otros requieren de un *desarrollo legislativo o administrativo* posterior interno. Enumeraremos algunos para poder comprender qué queremos decir:

- *Derechos*: el reconocimiento de derechos que el acuerdo comporta resulta *operativo* para todo el sistema interno argentino. Algunos ejemplos: a) *derecho de acceso a la información ambiental*, aunque la ley 25.675 (LGA en adelante) en su art. 16 ya lo tenía previsto; b) *derecho de participación ciudadana* en los procesos de toma de decisiones ambientales, el que está previsto en el art. 19 en su versión limitada de *derecho a opinar*; y c) *derecho de acceso a la justicia en asuntos ambientales*, el que aparece reglado en el art. 32, LGA como pauta de "acceso irrestricto a la jurisdicción"; d) *derecho a vivir en un medio ambiente sano* (30), que no es mencionado en la LGA pero que tiene fuente en el primer párrafo del art. 41, CN y e) *derecho al desarrollo sostenible*, con fuente indirecta (pues así no se lo menciona) en el primer párrafo del art. 41, CN (31). Los dos últimos derechos en favor de cada persona y de las generaciones presentes y futuras (art. 1º, Acuerdo de Escazú).

- *Criterio de participación temprana*: el art. 7.4, AE que dispone la necesidad de "asegurar que la

aplicar el derecho vigente. Hay cláusulas programáticas que por su formulación dejan un plazo para el congreso para reglamentarse, en otros casos se ha impuesto el deber de reglamentación inmediata. (BIDART CAMPOS, Germán, "Manual de la Constitución Reformada", Ediar, Buenos Aires, t. I, p. 19).

(30) JORDANO FRAGA, Jesús, "El Derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado: elementos para su articulación expansiva", estudio realizado en el marco del Proyecto de investigación "Medio ambiente y Derecho", PB 1190/1993 subvencionado por la DGCYT del Ministerio de Educación y Ciencia, publicado en "Humana lura de derechos humanos", suplemento de la revista Persona y Derecho, núm. 6, 1996, ps. 121-152.

(31) Nosotros hemos hablado del principio de desarrollo sostenible: ESAIN, José Alberto, "La Corte Suprema, el principio de desarrollo sostenible y el estado ambiental de derecho", en Justicia y transparencia, justicia y división de poderes, justicia y federalismo, justicia y desarrollo humano, ROSATTI, Horacio (et. al.), Asociación Argentina de Derecho Constitucional, Resistencia, 2017, ps. 457/484.

participación del público sea posible desde etapas iniciales del proceso de toma de decisiones, de manera que las observaciones del público sean debidamente consideradas y contribuyan en dichos procesos", es plenamente operativo como *criterio*, pero obligando a las autoridades a adoptar formas de participación en los procesos ambientales en las etapas "iniciáticas". Este aspecto aparece en el art. 21, ley 25.675 general del ambiente (LGA en adelante), cuando habla de que "la participación ciudadana deberá asegurarse, principalmente, en los procedimientos de evaluación de impacto ambiental y en los planes y programas de ordenamiento ambiental del territorio, en particular, en las etapas de *planificación* y evaluación de resultados" (el destacado nos pertenece) (32). Es un contenido que se impone de modo aditivo, pues no se verifica norma contradictoria; es decir, que regle la participación solo en instancia final. Este art. 7.4, Acuerdo de Escazú, impondrá la necesidad de agregar el criterio de *participación temprana* de modo directo con el riesgo de nulificarse la decisión final para los supuestos en que no se implemente de este modo.

- *Acciones específicas para público directamente afectado*: dice el art. 7.16, AE que "[l]a autoridad pública realizará esfuerzos por identificar al

(32) Para profundizar este tema se puede consultar FALBO, Aníbal J., "La evaluación de impacto ambiental en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación", LA LEY 19/02/2021, 1; CHERUSE, Florencia (revisión MARCHESI, Guillermo Hernán), "Herramientas administrativas para la Protección Ambiental", en Manual de actuación ambiental integral en Argentina, LLORET Juan Sebastián (coord.), Fundación Expoterra, Sea Shepherd Legal, Rede Latinoamericana de Ministerio Público Ambiental, 2021, ps. 81 y ss.; LIBER, Martín y PINTO, Mauricio, "La evaluación de impacto ambiental. Una aproximación desde la legislación ambiental y sectorial argentina", RINALDI, Gustavo, "La evaluación ambiental estratégica"; ANDINO, Mónica Marcela "La evaluación de impacto ambiental municipal en la Provincia de Mendoza" todos en PINTO, Mauricio y LIBER, Martín (dirs.), La evaluación de impacto ambiental: su régimen jurídico, Lajouane, Buenos Aires, 2012; MARCHESI, Guillermo - RINALDI, Gustavo, "Evaluación ambiental estratégica: el rol del Poder Judicial en su implementación", RD Amb 44, 79; MARCHESI, Guillermo, "La difícil misión de poner en marcha un procedimiento: La Evaluación de Impacto Ambiental", RD Amb 38, 153; MARCHESI, Guillermo, "Instrumentos de política y gestión ambiental: algunas reflexiones a diez años de la sanción de la ley 25.675", RD Amb 31, 111.

público directamente afectado por proyectos y actividades que tengan o puedan tener un impacto significativo sobre el medio ambiente, y promoverá acciones específicas para facilitar su participación". Este aspecto, aunque no esté previsto en las normas internas de participación debe considerarse. La norma es operativa y obliga a las autoridades de todo el país a varias cosas: a) identificar al público directamente afectado; b) promover acciones específicas de participación para esos grupos.

- *Garantías institucionales en materia de acceso a la justicia en asuntos ambientales*: el art. 8.3 incluye una nómina de garantías de tipo *institucional*, las que sirven para facilitar el derecho de acceso a la justicia. Son marcos, son pisos o plafones que permiten que el derecho que ha sido reglado en los primeros artículos pueda verificarse, implementarse. En esta lógica menciona el art. 8.3 en los incs. a) "órganos estatales competentes con acceso a conocimientos especializados en materia ambiental"; y b) "procedimientos efectivos, oportunos, públicos, transparentes, imparciales y sin costos prohibitivos". Estamos aquí ante normas programáticas, que obligan al país a disponer de *órganos* que pueden ser Secretarías (33), Tribunales Ambientales instancias internas del Ministerio Público, Fiscalías ambientales (34), pero que no se pueden implementar sino a través de una ley propia. Lo mismo para los procedimientos judiciales que necesitan la regulación específica.

(33) Un ejemplo de institucionalidad alternativa es el dado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en Argentina, creando la Secretaría de Juicios Ambientales mediante Acordada 8/2015.

(34) En Chile mediante ley 20.600 del 28 de junio de 2012 se crearon los Tribunales Ambientales. En El Salvador se crea mediante Decreto 684 de la asamblea legislativa la "Jurisdicción Ambiental". Esta estará a cargo, en Primera Instancia, de Juzgados Ambientales y en Segunda Instancia, de una Cámara Ambiental. En Costa Rica la Ley Orgánica del Ambiente 7554 de 1995 establece la creación del Tribunal Ambiental Administrativo, con sede en la ciudad de San José de Costa Rica y con competencia en todo el territorio nacional (art. 109). En Brasil tenemos la ley 7.347 del año 1985 que crea la Acción Civil Pública de responsabilidad por daños causados al medio ambiente (enumera también otras materias como consumidor, bienes y derechos de valor artístico, estético, histórico y turístico). En Argentina, en la Provincia de Jujuy mediante ley 5899 se crea el Fuero Ambiental y las Fiscalías Ambientales de la Provincia de Jujuy.

- *Garantías procesales en materia de acceso a la justicia en asuntos ambientales*: el resto de los incisos del numeral 3 del art. 8° incluyen garantías que son *directamente operativas* para los procedimientos judiciales ambientales de todo el país. Lo mejor para su operatividad sería que estén incluidas en leyes específicas, pero, de todos modos, la claridad de los dispositivos obliga al operador judicial a adaptar sus decisiones en la materia. Repasemos los puntos: el inciso c) de *legitimación activa*, en el país está regulado con una enorme generosidad en el tercer párrafo del art. 30, LGA y desarrollado por la jurisprudencia (35). En el caso del inciso d) el sistema del art. 32, LGA oficia de cobertura suficiente; el inciso e) en cambio, agrega a nuestro art. 32, LGA la "inversión de la carga de la prueba" y la "carga dinámica de la prueba" elementos que no están mencionados. En cuanto al inc. f) estamos ante un aspecto omitido por los artículos "procesales" de la ley marco argentina (arts. 30, 32 y 33, LGA): "mecanismos de ejecución" y de "cumplimiento oportuno" tanto de "decisiones judiciales" como "administrativas". Estos aspectos de *operatividad directa* obligan a reordenar la actividad judicial ambiental.

En conclusión: el Acuerdo de Escazú es *fuerza interna del derecho federal argentino*, de jerarquía *superior a las leyes e inferior a la Constitución Nacional (supralegal)*, de *aplicación directa e inmediata, operativa* en los aspectos que no

(35) Desde el leading case "Katan" de 1983 ("Katan, Alberto E. y otro c/ Gobierno Nacional -Poder Ejecutivo", 10/05/1983, Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso-administrativo Federal Nro. 2, en LA LEY, 1983-D, 576), pasando por "Schroeder" (CNFed. Contencioso Administrativo sala III, septiembre 8- 1994, autos "Schroeder Juan y otros c/Estado Nacional Secretaría de Recursos Naturales s/aparo") hasta "Mendoza Beatriz" de 2006 (Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros y otros s/Daños y Perjuicios (Daños Derivados de la Contaminación Ambiental del Río Matanza-Riachuelo)" M. 1569. XL. ORI20/06/2006 Fallos: 329:2316), la justicia argentina ha consolidado una buena doctrina judicial en la materia. Para un repaso de estos aspectos en la jurisprudencia se puede consultar ESAIN, José Alberto, "La Justicia para el desarrollo sostenible: jurisprudencia ambiental en doscientos años de Argentina", en Informe Ambiental Anual 2010: Premio de Monografía Adriana Schiffrin, octava convocatoria / Martha Alonso de Vidal [et al.]; edición literaria a cargo de María Eugenia Di Paola y Federico Sangalli, Fundación Ambiente y Recursos Naturales, Buenos Aires, 2010, p. 107.

requieran desarrollo posterior, y *programática* en los que sí lo necesiten.

III.1. El Acuerdo de Escazú como superpresupuesto mínimo, integrativo del bloque federal de presupuestos mínimos de protección ambiental

Avancemos en un análisis del Acuerdo dentro del *sistema de legalidad ambiental* (36). En este convive una panoplia de normas que conforman un *sistema normativo*, que es *nacional* porque proviene del orden jurídico de excepción y de *protección ambiental*. Lo integran reglas constitucionales; de jerarquía constitucional (CIDH); internacionales, de integración; leyes nacionales (de presupuestos mínimos, de fondo, federales estrictas); decretos (reglamentarios, autónomos, de necesidad y urgencia, delegados); resoluciones, etc. En el presente debemos develar el rol que cumple el Acuerdo en esa estructura, su ubicación, su poder “disciplinante” hacia los órdenes internos (provinciales o municipales). Para esto repasaremos el comportamiento que posee la estructura interna, sobre todo el que denominamos *bloque de presupuestos mínimos*, que es una parte de esas fuentes ambientales. Volveremos sobre el punto al abordar la noción de *complementariedad federal ambiental*.

El *federalismo ambiental* en nuestro país impone una regla básica que divide competencias legislativas entre el orden jurídico nacional y los órdenes jurídicos locales (provincias y Ciudad Autónoma de Buenos Aires) en el tercer párrafo del art. 41, CN. Según su texto, le corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección ambiental (PMPA en adelante) y a las provincias (se omite la CABA, aunque se le aplica el mismo sistema) las necesarias para *complementarlas*. Esto implica dos competencias legislativas: por un lado, la nacional, normando de modo unificado para todo el país las reglas de derecho ambiental, representando el piso de protección y; por el otro, la local de dictar *normas complementarias* para cada orden jurídico local (para su ámbito territorial y personal de validez), las que serán válidas siempre que dispongan un grado de pro-

(36) Ver para esta noción el cap. 2 de ESAIN, José Alberto, "Competencias ambientales", Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008.

tección más alto que la base normativa nacional (37).

Este funcionamiento de *complementariedad* expresa dos vectores: el *positivo* es la posibilidad de que los órdenes locales ejercitando esa competencia de *optimizar* decidan una política propia, considerando sus particularidades ambientales; el *negativo*, que los órdenes locales no pueden proteger menos, pues en ese caso la norma es inválida. La norma local que perfore los PMPA viola la *complementariedad* (art. 41, CN), la *congruencia* (art. 4º, LGA) y la *supremacía federal* (art. 31, CN). La Corte ha desaplicado la norma local que protege menos en casos específicos (38), dotando entonces a los PMPA de fuerza normativa, de un poder derogatorio de las normas locales *no maximizantes* (39).

Volvamos al *sistema de legalidad ambiental*. Este se compone de todas las reglas aplicables a la materia. Es el género, inclusivo de especies o conjuntos parciales de normas. Uno de esos conjuntos lo llamaremos *bloque de presupuestos mínimos*, que se compone de las normas que responden al mandato del tercer párrafo del art. 41, CN.

No todas las normas ambientales argentinas son *presupuestos mínimos*. Incluso muchas de ellas se autodenominan de ese modo, pero internamente algunos artículos no responden a dicho mandato. Esto, porque existe derecho ambiental *federal, de fondo, de adhesión*. Que no es ni *mínimo* ni “complementable”. Es una porción —no mayoritaria—, pero que represen-

(37) Para una explicación sobre este punto se puede consultar CAFFERATTA Néstor (dir.), CAFFERATTA, Néstor - LORENZETTI, Pablo - RINALDI, Gustavo - ZONIS, Federico, "Tratado jurisprudencial y doctrinario de derecho ambiental", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2012; ESAIN, José Alberto, "Ley 25.675 general del ambiente, comentada, concordada y anotada", Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2020, en el comentario a los arts. 6º, 23, 24 y 25.

(38) Los casos en que esto se ha implementado son "Martínez" (2016, Fallos: 339:201) y "Mamani" (2017, Fallos: 340:1193).

(39) Ver al respecto ESAIN, José Alberto, "Ley 25675 general del ambiente, comentada, concordada y anotada", ob. cit., ps. 455/458; y ESAIN, José Alberto, "El control de complementariedad en materia ambiental. Los presupuestos mínimos ambientales", LA LEY, 2017-E, 409.

ta una amplia gama de regulaciones (40). Por este motivo, no todos los componentes del *sistema de legalidad ambiental* son parte del *bloque federal de presupuestos mínimos*. La gran diferencia es que en este último espacio las pautas pueden ser *complementadas, optimizadas*, ellas son *operativas y derogan* los contenidos de los órdenes locales que establezcan niveles de protección menores a los mínimos. Esta función es identitaria del *bloque*.

Explicemos la noción de *bloque normativo*, aplicada al conjunto de normas que componen los presupuestos mínimos. Lo llamamos *bloque federal de presupuestos mínimos de protección ambiental*; y la noción no es antojadiza. Estamos ante un *complejo de fuentes diversas*, pero esto no alcanza para colmar la definición. Recordemos que el concepto *bloque de constitucionalidad* fue ideado por los autores franceses y difundido por todo el mundo (41).

(40) El mencionado derecho ambiental de fondo no es susceptible de complemento, por imperio del principio de unidad de legislación (art. 75.12, CN). Algo similar sucede con el "derecho ambiental indirecto", o el derecho ambiental pre-1994, que se compone de leyes de adhesión. Es decir, dictado en tiempos que el mandato de presupuestos mínimos no existía, por lo tanto, son leyes federales estrictas, que solo regulan situaciones federales quedando sujeta a la posible extensión al territorio local previa adhesión de las provincias. Estos instrumentos, por dicho motivo no son homologables a los presupuestos mínimos y tampoco integran el bloque mencionado, sino el sistema de legalidad ambiental. Ejemplos de derecho ambiental de fondo son la regulación de la responsabilidad por daño ambiental es derecho civil (arts. 27/31 LGA) en diálogo con las normas del Código Civil y Comercial (art. 1708 y subsiguientes Cód. Civ. y Com.). En derecho penal ambiental los arts. 55/58 ley 24051, que es incipiente, pero que podría enriquecerse en caso de aprobarse alguno de los proyectos que se debaten en el Congreso (Ver ESAIN, José Alberto, "Delitos ambientales: formas de tipificación en los proyectos en debate en el congreso", en NAPOLI, Andrés y ESAIN José Alberto (dirs.), Suplemento de Derecho Ambiental, La Ley, Buenos Aires, agosto 2021). Ejemplo de derecho ambiental de adhesión son: ley 22.421 de Fauna, ley 24.051 de Residuos Peligrosos. De Derecho ambiental federal es la ley 22351 de Parques Nacionales, la ley 25018 de Residuos Radiactivos.

(41) Pablo Manili explica respecto a origen de la noción de bloque de constitucionalidad que "Claude Eméri (EMERI, Claude, "Le bloc de constitutionnalité", en *Revue de Droit Public*, París, 1970, p. 638) comentó una decisión del Consejo Constitucional de ese país, adoptada en 1969 y referida a la reforma del reglamento de

Rubio Llorente (42) explica que la expresión se utiliza para aludir a ciertas normas en razón de su naturaleza o estructura, pero en realidad el

la Asamblea Nacional. En ese artículo el autor advierte que la constitucionalidad de ese reglamento fue juzgada no solamente en relación con la Constitución, sino también con referencia a una ordenanza que regula el funcionamiento de las asambleas parlamentarias y, para describir ese conjunto de normas que eran tenidas en cuenta por el Consejo Constitucional, además de la propia Constitución, utilizó por primera vez la expresión *bloque de constitucionalidad*. El autor denominó así a la suma de Constitución Nacional más "los principios de organización del parlamentarismo limitado"; y expresó su asombro, por cuanto las ordenanzas de referencia son emanadas del Poder Ejecutivo y, no obstante ello, fueron utilizadas por el Consejo Constitucional como pautas de referencia para controlar la constitucionalidad de las leyes emanadas del Parlamento. No obstante, en Francia comúnmente se sostiene que el creador de la frase fue Louis Favoreu, y así se enseña en los manuales de derecho constitucional más difundidos (PACTET, Pierre, "Institutions Politiques. Droit Constitutionnel", París, Colin, 1997, ps. 83 y 478. En el mismo sentido: RENOUX, Thierry S. - de VILLIERS, Michel, "Code Constitutionnel", París, Litec, 1994, p. 452; ROUSSILLON, Henri - ESPLUGAS LABATUT, Pierre, "Le Conseil Constitutionnel", París, Dalloz, 2015, 8ª ed., p. 45), que atribuyen a ese autor la paternidad de la expresión y lo han transformado en cita obligada al momento de hablar del bloque. En realidad, Favoreu fue quien más trabajó y difundió el concepto en varios trabajos (FAVOREU, Louis - RUBIO LLORENTE, Francisco, "El bloque de la constitucionalidad", Civitas-Universidad de Sevilla, Madrid, 1991, p. 19), en los que sostenía que "...la noción ha sido utilizada de forma regular, en la doctrina, a partir del estudio que dedicamos al principio de constitucionalidad, en el que se empleaba esta expresión para explicar las consecuencias resultantes de la decisión fundadora de 16 de Julio de 1971" (FAVOREU, Louis, "Le Principe de Constitutionnalité: Essai de définition d'après la jurisprudence du Conseil Constitutionnel", en *Mélanges Eisenman I*, París, Cujas, 1975, p. 33)". De todos modos, el mismo autor advierte que la noción pudo ser inspirada en una vieja idea de Maurice Hauriou en su monumental obra de 1927 principios de derecho público y constitucional (ver 2ª ed., trad. de Ruiz del Castillo, Carlos, Madrid, Reus, 1927, p. 296), donde se dice que "las libertades públicas no constan en la Constitución escrita, pero forman parte de la superlegalidad constitucional porque constituyen un elemento de la legalidad constitucional que está por encima de la misma Constitución escrita" (el destacado nos pertenece) (todo en MANILI, Pablo Luis, ob. cit., ps. 29/30).

(42) RUBIO LLORENTE, Francisco, "El bloque de constitucionalidad", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 9, Núm. 27, septiembre-diciembre 1989, ps. 9/37.

aspecto normativo que parece tomar en cuenta la mayor parte de las decisiones que la emplean no es este, sino el de la *función*. Esto nos lleva a considerar idóneo pensar en un bloque de presupuestos mínimos, pues su *definición es funcional*, desde que *identifica normas* que por *supremacía federal* y *complementariedad derogan los contenidos locales que protegen menos* (conf. arts. 31 y 41, CN).

Es *bloque* en términos de *conjunto* o *estructura*, pues se conforma de normas de diversas fuentes y jerarquías, que disponen relaciones de intercambio entre sí, pero que hacia afuera irradian el mismo efecto: la *complementariedad*. Es indistinto el rango o especie del componente que la provoque. Todo ese *conjunto de normas federales* son *PMPA*; y visto desde los órdenes locales, son *básicas*, aunque internamente posean diferente jerarquía. Es un *conjunto* que “*irradia complementariedad por supremacía federal*” (art. 41 vía 31, CN).

En cuanto a la primera cuestión, debemos considerar que la Constitución Nacional dispone un mandato para el Gobierno Nacional (tercer párrafo del art. 41, CN) que puede alojarse en una amplia gama de instrumentos, pues el texto refiere a “*normas*” y, considerando que siempre que el constituyente quiere definir una especie, lo hace —ver el primer párrafo del mismo art. 41, CN donde dice “*ley*” para la reglamentación del daño ambiental—, entonces queda establecido que los PMPA pueden alojarse en normas de diferente tipo y jerarquía. Por regla general deben ser leyes, pero también se admiten —excepcionalmente— otras modalidades: decretos, resoluciones, e incluso convenios internacionales. Por este motivo, los PMPA son un *bloque*, un compuesto de normas que internamente deben ordenarse.

En esa relación interna las fuentes son diversas. En orden jerárquico aparece la *Constitución Textual* (Nivel 1.a) en sus arts. 41 y 43, pero también otras normas como el art. 124, que tienen aplicación directa al sistema; los *convenios internacionales sobre derechos humanos con jerarquía constitucional* (Nivel 1.b) derivados del art. 75.22, segundo y tercer párrs.; los *instrumentos internacionales en general* (primer párr., art. 75.22, CN) y los *de integración* (art. 75.24, CN), con jerarquía supralegal (Nivel 2), los que en materia ambiental tienen una enorme difusión

y prolífica atención; las leyes de PMPA de la Nación (Nivel 3); los decretos del PEN (de todas las especies), (Nivel 4) (conforme arts. 99, incs. 1, 2 y 3, CN y 76, CN).

Hacia afuera, todo este bloque de PMPA funciona como *piso normativo* del que las provincias y la CABA dependen para la construcción de sus normativas locales complementarias. La regla es que su ejercicio legisferante no puede contradecir los presupuestos mínimos, comportando el estándar de contradicción el disponer un nivel de protección menor que la norma del bloque. Pero, al mismo tiempo, sobre esas materias las provincias poseen capacidad legisferante, siempre que esta comporta una optimización de la protección básica.

A diferencia del *bloque de constitucionalidad*, el de presupuestos mínimos no aspira a la altura mayor. Pero sí posee alguna prosapia, la que irradia sobre los órdenes locales por la pauta de *complementariedad* con base constitucional (art. 41.3, CN) sumada a la *supremacía federal* (art. 31, CN). Derivado de ello se impone la necesidad de que los órdenes locales adapten sus contenidos a estas normas, bajo pena de nulidad. Pero la noción de *bloque* también permite pensar en una sistemática útil para explicar las relaciones entre sus diversos componentes federales. En este sentido, emergen dos dinámicas: una *interna* entre las diversas fuentes federales y otra *externa* respecto a normas locales complementarias. En la primera las fuentes serán gobernadas por una relación jerárquica, mientras que en la segunda las pautas serán de *complementariedad* y *supremacía federal*. El *bloque* es “de presupuestos mínimos de protección ambiental”, porque está integrado por normas que offician (en su relación externa) como piso normativo en cumplimiento del mandato del tercer párrafo del art. 41, CN. Finalmente, es “federal”, porque la Corte argentina ha sostenido que los PMPA contienen *derecho federal* (ver consid. 3 de “Mamani”, 2017, Fallos: 340:1193) susceptible de recurso extraordinario federal, es decir *en sentido estricto*.

Resta considerar el modo en que encajan los instrumentos internacionales que son parte del sistema de legalidad ambiental y del bloque federal de PMPA. Repasaremos las relaciones *internas* y *externas* entonces.

En el *ámbito interno* del bloque de PMPA, el Acuerdo de Escazú —como todos los instrumentos internacionales de protección del ambiente, por su jerarquía *supra legal*—disciplina a las demás fuentes de rango inferior: en nuestro caso, las leyes, decretos y demás normas propias de la Administración Públicas Nacional (resolución, disposición, etc.). En nuestro tema esto quiere decir que, si un punto determinado del Acuerdo de Escazú tiene una previsión no contenida en una ley de presupuestos mínimos, la segunda debe leerse incorporando el contenido del primero. En caso de colisión, es decir, si existe un aspecto regulado por el Acuerdo de Escazú que contradice una disposición de una ley de presupuestos mínimos, el contenido del Acuerdo se impone y la norma debe armonizarse o, en caso de colisión insalvable, desaplicarse la ley en ese punto.

En la *relación externa* del bloque de PMPA el Acuerdo de Escazú obliga como si fuera un presupuesto mínimo que irradia sus contenidos como base normativa para los órdenes locales que no pueden desconocerse. Los órdenes locales deberán adaptar sus contenidos internos a las nuevas pautas del Acuerdo. Esto sucede con todos los instrumentos internacionales en su vinculación con los PMPA. En materias donde no exista ley de presupuestos mínimos, pero sí un convenio internacional, las provincias deberán considerar esas pautas como piso a ser complementado. Así, los órdenes autónomos dispondrán de márgenes de optimización más amplios que aquel que suele disponerse si existiera una ley. Recordemos que los convenios internacionales tienen un grado de indeterminación en su regulación más amplio que la ley. Por este motivo cuando una provincia complementa un convenio, optimiza una norma que admite quizá un abanico de opciones que la ley limite. Si posteriormente el Congreso decidiera dictar la ley de PMPA en esa materia seguramente se decidirá por alguna de las opciones normativas. Si ella es diferente de la que tomaron los órdenes locales, estos últimos deberán readaptarse (43).

(43) Germán BIDART CAMPOS decía al respecto que, "en cuanto a los tratados internacionales a cargo del Estado federal, no cabe duda de que disponen de espacio amplio para asegurar mayor protección que la surgida de los presupuestos mínimos de la ley interna argenti-

Arribamos en este punto a una de las diversas conclusiones del presente trabajo: el Acuerdo de Escazú oficia como *superpresupuesto mínimo*, pues *modifica el piso federal*, por ser de *jerarquía superior a las leyes (supralegal)*, reconduciéndolas, así como a los demás instrumentos que integran el *bloque federal de PMPA*. Por la materia que lo compone, el Acuerdo tendrá *directa* influencia sobre el acceso a la información (modificando las leyes 25.675, 25.831), participación ciudadana y acceso a la justicia, pero también *indirecta* sobre las leyes que utilizan herramientas que internamente incorporan estos elementos. Además, por ser un nuevo PMPA, modifica y enriquece los 24 órdenes locales (23 provincias y CABA). Lo mismo para los órdenes municipales donde también los PMPA son operativos, en el marco de sus competencias (ver CS "Telefónica Móviles", Fallos 342:1061).

III.2. La aplicación directa e indirecta

Conforme el llamado de atención que hacemos, el Acuerdo de Escazú, entendemos, operará de varios modos. Recordemos que la introducción de una nueva fuente obliga a analizar de modo sobreviniente al resto del sistema, sobre todo las que están por debajo en jerarquía. Normas que se leían con un sentido en su origen, a partir del 22 de abril del 2021 deben reinterpretarse (44). Así, el sistema normativo

na. Como la Constitución sitúa según pauta general del art. 75.22 y como los tratados también prevalecen sobre todo el derecho provincial es muy fácil —al menos desde la visión doctrinaria— aseverar que tanto las normas sobre presupuestos mínimos como las complementarias provinciales deberán subordinarse a los tratados, los que tampoco podrán ser menoscabados ni minorizados por convenios internacionales celebrados por las provincias. Este aspecto recién señalado implica asimismo que lo que debe respetarse es un piso, y no un techo, de manera que las provincias siempre gozarían de disponibilidad competencial para deparar más tutela ambiental, a título de la complementariedad que nuestra Constitución concede a las normas locales" ("El artículo 41 de la Constitución y el reparto de competencias entre el Estado federal y las provincias", DJ, 709, 1997-2, 709/710).

(44) Este mecanismo se denomina inconstitucionalidad, en el tiempo lo analiza la doctrina constitucional respecto a la introducción de nuevos contenidos. Bidart Campos suele mencionar a la dinámica de las estructuras normativas como un fenómeno que provoca que una norma válida en un momento pretérito, con el tiempo y las nuevas regulaciones, requiera una nueva exége-

previo a Escazú en muchos contenidos debe ser releído.

Pensemos en la ley 25.675 general del ambiente (sobre todo los arts. 16, 19, 20, 21 sobre información y participación) que deberían reconsiderarse desde las mandas del Acuerdo de Escazú. La regulación del EIA (arts. 11/13, LGA), del OAT (arts. 9° y 10, LGA), del juicio ambiental (arts. 30, 32 y 33, LGA), educación (arts. 14 y 15, LGA), instrumentos económicos (arts. 8°, 22 y 26, LGA), son todos espacios donde los tres accesos deberán incorporarse necesariamente. Sufren internamente una relectura desde esta manda superior en jerarquía a las leyes. Los *principios de derecho ambiental* que trae el art. 3° del Acuerdo de Escazú, que deben “maridarse” con los del art. 4°, LGA. Algunos contenidos se repiten, pero en otros casos la pauta internacional completa aspectos que la LGA no incorporaba, como por ejemplo la “no regresión”. Pensemos que este principio —en una visión restrictiva— no se aplicaría más allá de los ámbitos de los tres accesos. Pero las materias objeto de esos accesos resultan tan expansivas, que obligan a una lectura generosa del principio y de los demás (45).

El resto del plantel de leyes de presupuestos mínimos sufrirán una “inflación” de los tres accesos: pensemos en la EIA o el OAT de la ley 26331 de Bosques Nativos (46); la gestión de aguas (ley 25.688) o las aguas congeladas (ley 26.639) (47) para mencionar algunas.

sis (ver BIDART CAMPOS Germán, “Manual...”, ob. cit., ps. 36/37).

(45) Para una actualización sobre los principios de derecho ambiental se puede consultar SORO MATEO, Blanca - JORDANO FRAGA, Jesús (dirs.) “Viejos y nuevos principios del derecho ambiental”, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021.

(46) Para un análisis al respecto ver SERAFINI, Gustavo, “Reseña de dificultades y desafíos que enfrenta la Ley 26.331 frente a la constante deforestación”, en El Dial del día 7 de abril de 2021 (Homenaje al Dr. Mario Valls).

(47) Ver para profundizar PINTO, Mauricio, “El régimen jurídico de los ríos interprovinciales en Argentina”, Lajouane, Buenos Aires, 2014; LIBER, Martín, “Derecho de aguas. Estudio sobre el uso y dominio de las aguas públicas”, UN Cuyo, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2010.

El Acuerdo de Escazú se integrará también al resto del sistema de legalidad ambiental que excede el bloque de presupuestos mínimos.

Ingresa sus contenidos sobre el Código Civil y Comercial de la Nación. Esto en primer lugar, porque el propio Código dispone en su art. 1°, Cód. Civ. y Com. que serán *fuentes* para regular los “casos” regidos por el Código “*tratados de derechos humanos* en los que la República sea parte...”. Completa el cuadro el art. 241 bajo el título “Jurisdicción”, donde se dispone que “[c]ualquiera sea la jurisdicción en que se ejerzan los derechos, debe respetarse la *normativa sobre presupuestos mínimos* que resulte aplicable”. Siendo el Acuerdo de Escazú un superpresupuesto mínimo y tratado de derechos humanos, de jerarquía superior a las leyes, tendrá la capacidad de reconducir los contornos regulados por este Código. Son varios los aspectos que se enriquecen. Pensemos por ejemplo en una sentencia en los términos del art. 1713, Cód. Civ. y Com. para la acción preventiva; allí se dispone la necesidad de disponer obligaciones de dar, hacer o no hacer, ponderando los criterios de menor restricción posible y de medio más idóneo para asegurar la eficacia en la obtención de la finalidad. A estos aspectos deberíamos agregarle algunas previsiones del art. 8.3 del Acuerdo de Escazú: “d) la posibilidad de disponer medidas cautelares y provisionales para, entre otros fines, prevenir, hacer cesar, mitigar” o “f) mecanismos de ejecución y de cumplimiento oportunos de las decisiones judiciales y administrativas que correspondan”, entre otros puntos.

Otros contenidos del Código Civil y Comercial sobre los que incidirá Escazú son el ejercicio abusivo de derechos [art. 14 incorporando el llamado *ecoabuso del derecho* por Gonzalo Sozzo (48)] y la limitación del ejercicio de derechos individuales considerando bienes colectivos del art. 240, Cód. Civ. y Com. (49). Escazú obliga a incorporar criterios nuevos de poblaciones, actores relevantes o directamente afectados, adoptar dispositi-

(48) Ver SOZZO, Gonzalo, “Derecho privado ambiental. El giro ecológico del derecho privado”, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2019.

(49) Ver LORENZETTI, Ricardo - LORENZETTI, Pablo, “Derecho ambiental”, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2019.

vos nuevos para el ejercicio del poder de policía sobre los derechos individuales.

Desde la *función externa*, el Acuerdo de Escazú por regla de *complementariedad, congruencia y supremacía federal* (arts. 31, 41.3, CN, y 4º, LGA) modificará los contenidos de la normativa local (provincial, de CABA o municipal) referida al *debido proceso legal ambiental* (50), es decir, acceso a la información, participación ciudadana y acceso a la justicia. Las leyes o normas referidas a procedimiento administrativo de las 23 jurisdicciones provinciales, de la CABA o de los municipios, deberá considerar los aspectos del Acuerdo; las autoridades (nacionales, locales, regionales, municipales) quedan obligadas por Escazú. Los procedimientos judiciales, administrativos, deben aceptar estos aspectos.

Una nueva conclusión se alumbró: *los componentes del sistema de legalidad ambiental mutan con el desembarco del Acuerdo de Escazú*. En la *relación interna del bloque*, el sistema se modifica tanto en las normas del Código Civil y Comercial (arts. 14, 240, 241 entre otros), las normas penales ambientales, las leyes federales ambientales (25.018 de energía nuclear en los aspectos ambientales, 24.804 de actividad nuclear, 23.879 de represas entre otras), todos aspectos que por jerarquía reciben los contenidos.

En cuanto a la *relación externa del bloque*, el Acuerdo de Escazú se aplica en todos los ámbitos locales; esto es, provincias, CABA, municipios, análisis que debería emprenderse en cada espacio local en un trabajo que excede el presente.

III.3. Eficacia del Acuerdo de Escazú mediante control de complementariedad

En nuestro sistema de complementariedad ambiental existen dos planos de análisis: a) la teoría (complementariedad y supremacía federal); y b) la efectividad mediante el ejercicio de un *control judicial de complementariedad*. Mediante el segundo se torna vigente la supremacía del derecho federal contenido en el bloque de presupuestos mínimos. Ello se hace mediante resoluciones judiciales que, al verificar aspectos

locales que perforan los PMPA, desaplican el primero por no complementario y violatorio de la supremacía federal.

Hemos dicho que “la relación entre las normas ambientales dictadas por el orden jurídico nacional y los órdenes jurídicos de los Estados miembros de la federación argentina, es decir, las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y, dentro de aquellas, los municipios, posee singulares características, las que se pueden resumir en la tipología que adoptan: *concurrencia complementaria*. Esta lógica, que tiene base en el art. 31 y el tercer párrafo del art. 41, CN, funciona en términos teóricos para poder calificar una norma como complementaria o no. Pero este esquema abstracto requiere su correlato práctico, que importa un sistema jurídico mediante el cual la norma que se dicte en contravención de la regla de complementariedad pueda ser desaplicada, corregida, para darle vigencia al texto constitucional que dispone de una estructura de fuentes particular” (51).

Los presupuestos mínimos son normas que poseen una doble función: por un lado, son directamente operativos, y aplicables por los jueces nacionales y provinciales de todo el país en las causas ambientales junto al derecho local complementario. Pero, por otra parte, son piso normativo obligatorio, porque las autoridades locales deben considerarlos al momento de dictar su derecho autónomo, el que debe adecuarse, ser complementario a ese piso, protegiendo más. Decimos “normativo”, porque, en términos de Konrad Hesse (52) y Germán Bidart Campos (53), los presupuestos mínimos poseen fuerza normativa, es decir, capacidad derogatoria o fuerza disciplinante de las normas locales que, protegiendo menos, violan los arts. 31 y 41, CN.

El ingreso del Acuerdo de Escazú en el bloque federal de PMPA provoca un “reverdecimiento”

(51) Ibidem, p. 455.

(52) HESSE, Konrad, “La fuerza normativa de la Constitución”, cap. III en CRUZ VILLALÓN, Pedro (selección y traducción), Escritos de derecho constitucional, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2012, ps. 77/94.

(53) BIDART CAMPOS, Germán, “El derecho de la Constitución y su fuerza normativa”, Ediar, Buenos Aires, 1995.

(50) Ver para profundizar el concepto, ESAIN, José Alberto, “Ley 25.675 general del ambiente, comentada, concordada y anotada”, ob. cit. comentario al art. 16.

del material que los jueces deben considerar “piso” a la hora de ejercitar el *control de complementariedad*. La novedad normativa (el ingreso de una fuente supralegal) obliga a reinterpretar el derecho local desde estándares más altos, derivados del instrumento internacional.

IV. Tercera parte: breve exégesis del contenido del Acuerdo de Escazú

El Acuerdo de Escazú tiene un contexto y una poética expresados en su objeto, inscriptos en el *derecho al medio ambiente sano y al desarrollo sostenible* (art. 1°). El sistema regional adelantó esta tesis en la Opinión Consultiva 23/17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Este art. 1° del Acuerdo de Escazú reviste trascendencia, pues otorga el marco de sus contenidos. Si vamos a un análisis particularizado, podríamos decir que estamos ante un instrumento que regula la garantía del *debido proceso legal ambiental* (54).

IV.1. El debido proceso legal ambiental y el Acuerdo de Escazú

Hemos dicho que “uno de los aspectos centrales del derecho al ambiente como derecho humano fundamental resulta ser la forma en que se reconoce la *garantía del debido proceso*”. Recordemos que uno de los avances más importantes de nuestra civilización ha sido la decisión de adoptar un Estado de derecho y, como su derivación, consensuar entre todos los ciudadanos que la forma en que dicho Estado adopta las decisiones debe estar prevista previamente por ley, siguiendo determinadas pautas internas que aseguren básicamente la 'audición' del potencial afectado y la posibilidad de su defensa con la capacidad de expresar la propia opinión respecto al punto objeto de conflicto. Esta garantía ha sido reconocida por la mayor parte de los sistemas occidentales a lo largo de los siglos XIX y XX. Nuestra Constitución federal la adopta en el art. 18 y desde 1994 la rodea de normas provenientes de los instrumentos internacionales (universales y regionales) de derechos humanos que poseen jerarquía constitucional (conf.

(54) MARCHESI, Guillermo, "Hacia la construcción del derecho humano al ambiente en Latinoamérica. Comentario al fallo de la Suprema Corte de Justicia de México en el caso 'Laguna del Carpintero'", RDAMB 60, 587.

segundo párr. del art. 75.22, CN). En materia de derechos de incidencia colectiva el proceso no puede desconocer el derecho del ciudadano a opinar sobre la gestión de los bienes como el ambiente. Por este motivo las garantías de debido proceso legal y defensa en juicio se traducen en materia ambiental con columnas propias de la disciplina: el acceso a la información y la participación ciudadana (55).

El proceso ambiental no resulta ser una sucesión de actos arbitrarios o casuales, sino una serie de pasos dirigidos a expresar la voluntad de la Administración en la gestión del entorno. Para ello, el Estado no actúa de cualquier modo, sino con particulares perfiles: actos concatenados con foco en satisfacer intereses colectivos. La emisión de la voluntad estatal entonces no puede darse de forma espontánea, sino siguiendo pautas específicas. Básicamente dos vectores gobiernan el *debido proceso legal ambiental*: el acceso a la *información* y la *participación* ciudadana. Estos son aditamentos que no formaban parte de la garantía en otras épocas, pero que emergen en el contexto de los derechos de pertenencia colectiva. Se suma a ello el *acceso a la justicia ambiental*.

En la doctrina nacional Hutchinson y Falbo describen el procedimiento administrativo como aquel, conforme al cual, la Administración debe formar su voluntad y concluir manifestándola a través de una decisión concreta (acto, reglamento, contrato, etc.) (56).

Todo esto ha sido reflejado en la doctrina judicial. Cronológicamente la primera noticia llega de la Suprema Corte bonaerense, que dice respecto a los elementos participación y acceso a la información: “Lejos de implicar una mera ortodoxia procesal vacía de sentido, tales recaudos constituyen el resguardo de un bien jurídico distinto al medio ambiente —aunque ligado a su protección— y su inobservancia se proyecta como una lesión al 'derecho a participar' que subyace en el art. 41 de la Ley Fundamental, y

(55) ESAIN, José Alberto, "Ley 25.675 general del ambiente, comentada, concordada y anotada", ob. cit., comentario al art. 16.

(56) HUTCHINSON, Tomás - FALBO, Aníbal, "Derecho administrativo ambiental en la Provincia de Buenos Aires", Ed. Platense, La Plata, 2011, p. 220.

que la Carta provincial plasmó expresamente en el art. 28 como deber del Estado de 'garantizar el derecho a solicitar y recibir la adecuada información, y a participar en la defensa del ambiente'" (57). Para la Corte bonaerense la participación y el acceso a la información son derechos diferentes del derecho al ambiente. Se relacionan con este, pero no son idénticos. Merecen observancia ambos por separado. Por este motivo, la EIA no puede desconocerlos. En los procesos que se inicien por violación de estas garantías entonces —según esta doctrina— no importará si existe contaminación. Esto lo expresa el ministro al decir que "las normas infringidas imponen la observancia de los recaudos que han sido omitidos, con prescindencia de toda valoración sobre los eventuales efectos que la obra pudiere producir en el entorno" (el destacado nos pertenece). Del texto del voto se puede considerar al proceso de toma de decisión ambiental como un *iter* que ineludiblemente debe contener estos ingredientes. Sin acceso a la información, sin participación, no hay proceso. Son estos aspectos pasos ineludibles, recaudos que constituyen el resguardo de un bien jurídico distinto del ambiente y que podríamos describir —completando "Rodoni"— como *ciudadanía ambiental, como parte de un Estado ambiental de derecho*.

La segunda noticia deviene del *leading case* "Mamani". Recordemos desde el punto de vista del *debido proceso legal ambiental* por qué tiene tanta trascendencia este resolutorio. Dice la Corte en el consid. 7: "Que las *irregularidades del procedimiento* de evaluación de impacto ambiental que caracterizaron este pedido de desmonte revisten carácter de *suficiente gravedad* para justificar la *nullidad de las autorizaciones*" (el destacado nos pertenece). En los considerandos que siguen se analizan estos vicios que incluyen cuestiones específicas (errores en los metrajes autorizados, o desatención a inspecciones relacionadas a los permisos y autorizaciones), pero, entre otras cuestiones, la

(57) SC Buenos Aires, causa A. 68.965, "Rodoni, Juan Pablo y otros c/ Municipalidad de Bahía Blanca. Amparo. Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley", 03/03/2010, anotado por MARCHESI, Guillermo H., "El procedimiento de Evaluación de Impacto Ambiental y la Participación Ciudadana como obligaciones de insoslayable cumplimiento", Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012.

sentencia se refiere a la falta de acceso a la información y participación ciudadana.

El consid. 9 es bien explícito: "Que, finalmente, no surge de las constancias de la causa que se hayan celebrado las audiencias públicas antes del dictado de las resoluciones cuestionadas, sino que únicamente existe prueba de la publicación realizada en el Boletín Oficial provincial, en oportunidad del dictado de la resolución 239-DPPAyRN-2009. Al respecto, la Constitución Nacional asegura a todos los habitantes el derecho a gozar de un ambiente sano y el acceso a la información ambiental (art. 41). De su lado, la Ley General del Ambiente 25.675 establece que toda persona tiene derecho a ser consultada y a opinar en procedimientos administrativos que se relacionen con la preservación y protección del ambiente (art. 19); al tiempo que para concretar ese derecho, la norma regula el deber de las autoridades para institucionalizar procedimientos de consultas o audiencias públicas como instancias obligatorias para la autorización de actividades que puedan tener efectos negativos sobre el ambiente (art. 20), haciendo especial énfasis en la participación ciudadana en los procedimientos de evaluación de impacto ambiental y en los planes y programas de ordenamiento ambiental del territorio (art. 21)". Este considerando es de enorme trascendencia, pues en él la Corte ha dado nacimiento al concepto de *debido proceso legal ambiental*. Este aspecto neurálgico de la disciplina y sus pautas internas deben gobernar el modo de tratar la toma de decisión en la materia. Si repasamos los hechos de "Mamani", básicamente la Corte decide anular las autorizaciones de desmonte en Jujuy, porque ellas se habían tomado sin considerar el *acceso a la información y la participación ciudadana*, en buen español; las reglas del "debido proceso legal ambiental", decimos nosotros.

Esta estructura tiene base en el *Estado ambiental de derecho* (58) que obliga a redefinir las pautas internas de toma de decisión de la Administración, del Poder Legislativo y del Ju-

(58) Hemos escrito varios aportes al respecto (ver ES-AIN José Alberto, "El Estado ambiental de derecho" en Rev. Juris Plenum. Direito Administrativo, FLÁVIO Augustin (Editor), 195 Juris Plenum. Direito Administrativo, Editora Plenum, Año IV, n. 13 (jan./mar. 2017), Caxias do Sul, 2017).

dicial, fijando aspectos que obligatoriamente deberán gobernar la actividad del Estado moderno para dar respuesta ya no solo sustancialmente sino formalmente al reconocimiento del derecho al ambiente. No interesa solo el qué, sino el cómo se decide. Esto significa que la protección del ambiente como derecho de incidencia colectiva se dará mediante procedimientos que aseguren estas instancias internas que elevan el grado de consenso en la toma de decisión, acercando nuestro modelo de democracia a las consensuales, alejándola de los modelos por mayorías.

Como se puede ver, estamos ante una cuestión estructural que congloba el contenido del Acuerdo de Escazú, con una lógica estructurante.

IV.2. Los tres accesos en el Acuerdo de Escazú

El acuerdo abarca las tres nociones que el Principio 10 de Río 92 denominaba *doctrina de los tres accesos: información, participación, y justicia*. Se define el “derecho de acceso” como “derecho de acceso a la información ambiental, el derecho a la participación pública en los procesos de toma de decisiones en asuntos ambientales y el derecho al acceso a la justicia en asuntos ambientales” (art. 2°).

Enumera el Acuerdo de Escazú principios que deberían estructurar el debido proceso legal ambiental: a) principio de igualdad y principio de no discriminación; b) principio de transparencia y principio de rendición de cuentas; c) principio de no regresión y principio de progresividad (59); d) principio de buena fe; e) principio preventivo; f) principio precautorio; g) principio de equidad intergeneracional; h) principio de máxima publicidad; i) principio de soberanía permanente de los Estados sobre sus recursos naturales; j) principio de igualdad soberana de los Estados; y k) principio *pro persona*.

El Acuerdo abunda en obligaciones que asumen los Estados en materia de “acceso a la información ambiental” (art. 5°) (60); “Participación

(59) Novedades sobre este principio ver en MARCHESE, Guillermo, “Evitación de pandemia como fundamento de la no regresión”, RDamb 65, 304.

(60) Para profundizar este aspecto ver MARCHESI, Guillermo Hernán, “El acceso a la información ambien-

pública en los procesos de toma de decisiones ambientales” (art. 7°) (61); y “Acceso a la justicia en asuntos ambientales” (art. 8°). Se sostiene este sistema mediante el aseguramiento de los derechos de los “Defensores de los derechos humanos en asuntos ambientales” (art. 9°); y el “Fortalecimiento de capacidades” (art. 10).

Dejaremos para otro trabajo el análisis específico respecto a estos contenidos. Varios de ellos han sido desarrollados en nuestro aporte *Ley general del ambiente, comentada, concordada y anotada* (Abeledo Perrot, 2020). Al él nos remitimos.

V. Conclusiones

Arribando a este punto, entendemos que podemos dar por abonadas algunas cuestiones respecto al Acuerdo de Escazú:

1. Es fuente interna como todo instrumento de derecho internacional público, a partir de que adquiere vigencia conforme el propio sistema que el Acuerdo posee (art. 22.1). Esto sucedió el 22 de abril de 2021, cuando en sede internacional adquirió vigencia.

2. Su proceso para el ingreso como fuente interna se produjo por la negociación, firma, aprobación (mediante ley 27.566) y ratificación mediante depósito en sede internacional.

3. Como todos los convenios internacionales, goza de jerarquía supralegal; es decir, superior a las leyes, pero inferior a la Constitución Nacional (conf. arts. 27 y 75.22.1, CN).

4. En el espacio específico de las fuentes de derecho ambiental el Acuerdo —por su jerarquía supralegal— reordena el sistema de legalidad ambiental desde el nivel de las leyes (Códigos de fondo), decretos, resoluciones, etc.

5. Como integrante del bloque federal de presupuestos mínimos de protección ambiental, el

tal. Necesidad de una ley reglamentaria”, en SAIJ, Buenos Aires, 2003.

(61) FALBO, Aníbal, “Los mecanismos de participación previstos en el Acuerdo de Escazú”, en PRIEUR, Michel - SOZZO, Gonzalo - NÁPOLI, Andrés, Acuerdo de Escazú. Hacia la democracia ambiental en América Latina y el Caribe, Universidad del Litoral, Santa Fe, 2020, ps. 218 y ss.

Acuerdo reordena todas esas fuentes; y desde allí, como un superpresupuesto mínimo a los sistemas locales que, por complementariedad y supremacía federal, deben incorporar sus contenidos.

6. En los aspectos previstos por el Acuerdo que no posean normas de PMPA, los órdenes locales podrán complementar con mayor libertad, directamente desde el instrumento internacional.

7. Ante una fuente local que perfora contenidos del Acuerdo se deberá activar el control judicial de complementariedad, que es el rudimento que el sistema tiene previsto para dotar de efectividad a las reglas de complementariedad, congruencia y supremacía federal.

En países como Argentina, con fuerte descentralización interna, el Acuerdo de Escazú posee un rol trascendente como *componente destacado del bloque federal de presupuestos mínimos*, una suerte de *superpresupuesto mínimo*, ordenando los órdenes locales, obligando al ejercicio judicial del control de complementariedad, verificando la armonización entre el Acuerdo y los sistemas locales. Pero no solo esto; por su jerarquía superior a las leyes, Escazú adquiere un rol significativo reacondicionando la aplicación de las leyes nacionales, tanto de presupuestos mínimos como los códigos de fondo (Civil y Comercial, de Minería, Penal), así como las leyes federales estrictas, de adhesión, etc.

Se abre un horizonte nuevo, desafiante para el operador jurídico ambiental de todo el país desde que el Acuerdo resulta directamente aplicable al orden nacional como los órdenes

locales (provincias, CABA, municipios). Ante incumplimientos en estos aspectos, el desafío se trasladará al operador judicial que, además, tiene otro desafío por delante: hacer efectivos los aspectos del acuerdo sobre acceso a la jurisdicción ambiental. Como vemos, todos estos complementes, tal como la sistémica obliga, se reordenan, reconducen entre sí.

El Acuerdo representa un trascendente paso para solidificar una ciudadanía moderna en los términos de T. H. Marshall. Su temática es la *garantía del debido proceso legal ambiental* en el espacio de los bienes y derechos colectivos. Aquella se expresa de un modo diferente a como lo hace en estructuras de derechos individuales. Aquí prima el *acceso a la información*, la *participación* y la *justicia*. Estamos ante un espacio que dialoga con temáticas novedosas: audiencias públicas, procesos y tribunales especializados, sentencias y procesos estructurales, legitimaciones activas generosas, etc. Son estándares que, por la referida posición que el Acuerdo ocupa, regarán de contenidos bisoños la realidad nacional, provincial y municipal. Este fue el cometido perseguido por quienes pergeñaron Escazú: transformar el modo de abordar la conflictividad ambiental en Latinoamérica.

A cincuenta años de aquella gran obra (*El padrino*), vale la pena recordar aquella frase de Coppola respecto a que “[e]l mejor modo de prever el futuro es inventarlo”. Pues Escazú intenta esculpir el porvenir, representando una nueva poética, la del *derecho ambiental moderno*, en el marco del *derecho sostenible*.

Los cincuenta años del derecho ambiental

Carlos Aníbal Rodríguez (*)

Sumario: I. Bodas de oro del derecho ambiental.— II. La evolución del derecho ambiental.— III. El derecho ambiental como derecho autónomo.— IV. Colofón.

I. Bodas de oro del derecho ambiental

Este año 2022 marca las bodas de oro del derecho ambiental, este joven derecho que simultáneamente es el que más creció de todos los derechos, tanto en el orden nacional como en el internacional.

Corría el año 1972 y la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano se celebró en Estocolmo (Suecia) del 5 al 16 de junio de 1972. Asistieron a ella representantes de 113 Estados Miembros de las Naciones Unidas, así como miembros de los organismos especializados de la Organización.

Los documentos de la conferencia se basaron en un gran número de informes presentados por gobiernos y organizaciones no gubernamentales e intergubernamentales, entre ellos 86 informes nacionales sobre problemas ambientales (Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, Estocolmo, 5 a 16 de junio de 1972, A/CONF.48/14).

La Conferencia estableció un Grupo de Trabajo sobre la Declaración sobre el Medio Humano y tres comisiones principales con el fin de estudiar los seis temas sustantivos del programa, a saber: planificación y ordenación de los asentamientos humanos desde el punto de vista de la

calidad del medio; aspectos educacionales, informativos, sociales y culturales de las cuestiones relativas a la calidad del medio; ordenación de los recursos naturales y sus relaciones con el medio; el desarrollo y el medio; definición de los agentes contaminantes de vasta importancia internacional y lucha contra ellos; y consecuencias institucionales en el plano internacional de las propuestas de acción. El 16 de junio de 1972, después de examinar y debatir los informes de las comisiones principales y del Grupo de Trabajo, la Conferencia aprobó por aclamación, con la salvedad de las observaciones y reservas hechas, la Declaración sobre el Medio Humano, compuesta por un preámbulo y 26 principios.

La Declaración se basó en el texto del proyecto de declaración presentado por la Comisión Preparatoria y revisado y modificado por el Grupo de Trabajo sobre la Declaración sobre el Medio Humano y por la Conferencia en sesión plenaria.

La Conferencia aprobó también 109 recomendaciones para la acción sobre el medio en el plano internacional. El informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano (A/CONF.48/14 y Corr.1), que contenía la Declaración, fue transmitido al Consejo Económico Social y a la Asamblea General por el secretario general (E/5217 y A/8783, respectivamente).

Preceden a la Conferencia de Estocolmo la Conferencia de la Biosfera celebrada en París en 1968, donde implícitamente surgió la definición de desarrollo sostenible, llevada a la Conferencia cuatro años después, la que fue objeto de consideración en la Conferencia de Aspectos Ecológicos para el Desarrollo Internacional efectuada en diciembre de 1968 en Washington.

(*) Abogado; doctor en Derecho (UNNE); máster en Derecho Ambiental; especialista en Derechos Humanos (Universidad del País Vasco); magíster en Derecho Fundiario y Empresa Agraria (UNNE); exjuez de la Cámara Civil y Comercial de Corrientes; exdirector de Asuntos Jurídicos del Senado de Corrientes; exsecretario académico y exvicedecano de la Facultad de Derecho (UNNE); profesor titular por concurso de Derecho Agrario y Ambiental y de Economía Política (UNNE).

La respuesta a estos puntos fue que la Asamblea General de las Naciones Unidas (AG en adelante), mediante res. 2398/XXIII del 3 de diciembre de 1968, convocó a la realización de una Conferencia Internacional, la que habría de realizarse en Estocolmo en 1972. En esa misma resolución, la AG encomendó al secretario general de la organización que recogiera datos sobre la situación del medio ambiente en todo el mundo y propusiera las medidas de protección pertinentes.

El Informe de U Thant, publicado el 26 de mayo de 1969, titulado "El hombre y su medio ambiente", enunció dos características propias de la futura idea de desarrollo sostenible: la interdependencia ecológica espacial y el interés común de los países desarrollados y de aquellos en vía de desarrollo en preservar el medio humano.

Para dar a los países en desarrollo una oportunidad de defender su vocación de desarrollo frente a la tendencia a limitarlo que se insinuaba, la Asamblea General de las Naciones Unidas dispuso realizar cuatro reuniones regionales preparatorias con miras a conciliar las políticas nacionales relativas al medio ambiente con los planes de desarrollo (res. 2657 XXV AG/12/1970).

La correspondiente al área latinoamericana consistió en un seminario celebrado en México del 6 al 11 de septiembre de 1971. Las otras se hicieron en Founex, Bangkok y Addis Abeba.

La CEPAL actuó como coorganizadora del Seminario, lo que le permitió imprimirle sus puntos de vista sobre la integración de la variable ambiental del desarrollo. Las conclusiones del seminario fueron, en síntesis:

a) Los problemas ambientales de los países en desarrollo son más, mayores y más graves que los que aquejan a los desarrollados, que fueron impulsores de la conferencia.

b) Para mantener los problemas ambientales de América Latina es necesario mantener el proceso de desarrollo acelerado. En consecuencia, corresponde fijar también metas ambientales de cada etapa del desarrollo.

c) Es necesario hacer consideraciones ambientales a la planificación del desarrollo económico y social, pero evitando la adopción de

critérios y normas de conservación de los países avanzados, que pueden resultar inadaptables y generar un costo social desproporcionado.

d) Debe evitarse que normas ambientales inadecuadas o mal aplicadas puedan poner obstáculos adicionales a las corrientes internacionales de financiamiento del desarrollo.

Es decir, las bases del desarrollo sostenible (1).

La presidencia de la Conferencia estuvo en cabeza del ministro de Agricultura sueco, Ingemund Bengtsson, y contó con la participación de 1.200 delegaciones de 110 países.

La Secretaría General de la Conferencia se le asignó al exdirector general de la Agencia Canadiense para el Desarrollo Internacional, Maurice Strong, uno de los principales promotores del encuentro.

Los debates de la Conferencia de Estocolmo fueron precedidos por la publicación de un informe oficioso elaborado por más de un centenar de científicos de todo el mundo, y de cuya redacción final se responsabilizaron René Dubos y Bárbara Ward. Ese informe, denominado "Una sola Tierra: el cuidado y conservación de un pequeño planeta", se publicó en diez lenguas y fue puesto a disposición de todos los delegados (2).

Así, se proclama:

"1. El hombre es a la vez obra y artífice del medio ambiente que lo rodea, el cual le da el sustento material y le brinda la oportunidad de desarrollarse intelectual, moral social y espiritualmente. En la larga y tortuosa evolución de la raza humana en este planeta se ha llegado a una etapa en que, gracias a la rápida aceleración de la ciencia y la tecnología, el hombre ha adquirido el poder de transformar, de innumerables maneras y en una escala sin precedentes, cuanto lo rodea. Los dos aspectos del medio ambiente humano, el natural y el artificial, son

(1) VALLS, Mario, "Derecho ambiental", Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008, ps. 133-134.

(2) MADIEDO, Mariano C., "Fuentes del derecho ambiental", en TORRES, Sergio G. - MADIEDO, Mariano C. (coord.) *Derecho Ambiental*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2019, p. 57.

esenciales para el bienestar del hombre y para el goce de los derechos humanos fundamentales, incluso el derecho a la vida misma.

"2. La protección y mejoramiento del medio ambiente humano es una cuestión fundamental que afecta al bienestar de los pueblos y al desarrollo económico del mundo entero, un deseo urgente de los pueblos de todo el mundo y un deber de todos los gobiernos".

Y se establecen los principios:

"Principio 1. El hombre tiene derecho fundamental a la libertad, la igualdad y el disfrute de condiciones de vida adecuadas en un medio ambiente de calidad tal que le permita llevar una vida digna y gozar de bienestar, y tiene la solemne obligación de proteger y mejorar el medio ambiente para las generaciones presentes y futuras. A este respecto, las políticas que promueven o perpetúan el apartheid, la segregación racial, la discriminación, la opresión colonial y otras formas de opresión y de dominación extranjera quedan condenadas y deben eliminarse.

"Principio 2. Los recursos naturales de la tierra incluidos el aire, el agua, la tierra, la flora y la fauna y especialmente muestras representativas de los ecosistemas naturales, deben preservarse en beneficio de las generaciones presentes y futuras, mediante una cuidadosa planificación u ordenación, según convenga.

"Principio 3. Debe mantenerse y, siempre que sea posible, restaurarse o mejorarse la capacidad de la tierra para producir recursos vitales renovables.

"Principio 4. El hombre tiene la responsabilidad especial de preservar y administrar juiciosamente el patrimonio de la flora y la fauna silvestres y su hábitat, que se encuentran actualmente en grave peligro por una combinación de factores adversos. En consecuencia, al planificar el desarrollo económico debe atribuirse importancia a la conservación de la naturaleza, incluidas la flora y la fauna silvestres".

Coincidimos con Esain en que Estocolmo 1972 es el acta de nacimiento del derecho ambiental (3).

(3) ESAIN, José A., "Reseña histórica del nacimiento del derecho ambiental en las conferencias internacionales y

II. La evolución del derecho ambiental

Podemos hablar de distintas etapas de la evolución del derecho ambiental:

En una primera etapa, una serie de regulaciones normativas de *recursos naturales específicos* (v.gr., agua, bosques, fauna, electricidad, energía, etc.); se trata de normas pragmáticas "de uso" antes que "de protección", en las que predomina el sesgo civilista (es decir, privatista).

En una segunda etapa, a partir de la exégesis de las normas regulatorias que los rigen, surgen una serie de *derechos de recursos naturales específicos* (v.gr., del agua, forestal, de la fauna, de la energía, del petróleo).

En una tercera etapa, a partir de la concatenación normativa y de los principios que inspiran la regulación de los derechos naturales en particular, surge el *derecho de los recursos naturales*, en plural, aunque con la misma impronta fragmentaria observable en la etapa anterior, en la medida en que la pluralidad será entendida como una mera sumatoria de los componentes individuales.

En la cuarta etapa, a partir de la percepción holística del ambiente y como una impronta que vira progresivamente hacia "la protección" (aunque compatible con "ciertos usos"), surge el *derecho ambiental*, penetrado de un sesgo "publicista" y con vocación "internacionalista" (4).

Lorenzetti habla de distintas etapas:

La primera fue "retórica", puesto que, en los años setenta, el movimiento ambientalista sembró las primeras palabras, símbolos y utopías, poco conocidas hasta entonces.

La segunda fue "analítica", en el sentido de que identificaron problemas, se los estudió, y se fueron elaborando modelos para tratarlos. En el área jurídica esto significó un impresionante movimiento de calificación de nuevos supuestos de regulación, leyes de todo tipo en los Estados, Constituciones "verdes", y tratados internacionales de amplio contenido.

su vinculación con los modelos de desarrollo", RDAMB, nro. 39, jul.-sept. 2014, ps. 167-196.

(4) ROSATTI, Horacio, "Derecho ambiental constitucional", Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2004, p. 30.

La tercera es, a nuestra opinión “paradigmática”, en cuanto a lo que está cambiando es el modo de ver los problemas y las soluciones proporcionadas por nuestra cultura. No es solo una nueva disciplina, como se suponía en las etapas anteriores, puesto que estamos ante una cuestión que incide en el planteamiento de las hipótesis, y es, fundamentalmente una mudanza epistemológica (5).

Los fundamentos y principios del derecho ambiental están ligados a la teoría de los derechos humanos fundamentales, no solamente para defender nuestro ambiente actual, sino para defenderlo en nombre de las generaciones futuras.

En tal sentido fueron esenciales los fundamentos de los fallos de los tribunales, tanto nacionales como internacionales, en particular la Corte Interamericana de los Derechos Humanos (6) y la jurisprudencia de nuestra propia Corte Suprema de Justicia (7).

(5) LORENZETTI, Ricardo L., "Teoría del derecho ambiental", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2008, p. 2.

(6) "63. De esta manera, el derecho a un medio ambiente sano como derecho autónomo es distinto al contenido ambiental que surge de la protección de otros derechos, tales como el derecho a la vida o el derecho a la integridad personal."64. Ahora bien, además del derecho a un medio ambiente sano, como se mencionó previamente, los daños ambientales pueden afectar todos los derechos humanos, en el sentido de que el pleno disfrute de todos los derechos humanos depende de un medio propicio. Sin embargo, algunos derechos humanos son más susceptibles que otros a determinados tipos de daño ambiental (*supra* párrs. 47 a 55). Los derechos especialmente vinculados al medio ambiente se han clasificado en dos grupos: i) los derechos cuyo disfrute es particularmente vulnerable a la degradación del medio ambiente, también identificados como derechos sustantivos (por ejemplo, los derechos a la vida, a la integridad personal, a la salud o a la propiedad), y ii) los derechos cuyo ejercicio respalda una mejor formulación de políticas ambientales, también identificados como derechos de procedimiento (tales como derechos a la libertad de expresión y asociación, a la información, a la participación en la toma de decisiones y a un recurso efectivo).

"66. La Corte considera que, entre los derechos particularmente vulnerables a afectaciones ambientales, se encuentran los derechos a la vida, integridad personal, vida privada, salud, agua, alimentación, vivienda, participación en la vida cultural" (Corte IDH, opinión consultiva OC-23/17 del 15/11/2017 solicitada por la república de Colombia medio ambiente y derechos humanos).

(7) "El reconocimiento de *status* constitucional del derecho al goce de un ambiente sano, así como la expresa y típi-

III. El derecho ambiental como derecho autónomo

El derecho ambiental fue creciendo en contenidos, partiendo de la base de que casi todas las constituciones del mundo han regulado las cuestiones ambientales.

En tal sentido, nuestra CN de 1994, en su art. 41 y juntamente con otros artículos constituye la base de nuestro derecho ambiental.

Así también las constituciones provinciales y las cartas orgánicas municipales han ampliado los derechos ambientales.

A partir de ello, el derecho ambiental se ha convertido en un derecho invasivo y transversal a todas las disciplinas jurídicas y también a las no estrictamente jurídicas.

Tan es así que Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe (Adoptado en Escazú, Costa Rica, el 04/03/2018), ratificado por ley 27.566 y con vigencia por los países firmantes de América Latina y el Caribe el 22/04/2021, con jerarquía superior a las leyes comunes (art. 27, Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, ratif. por ley 19.865), establece:

“Art. 10 - Fortalecimiento de capacidades (...).

“2. Cada Parte, con arreglo a sus capacidades, podrá tomar, entre otras, las siguientes medidas:

“a) formar y capacitar en derechos de acceso en asuntos ambientales a autoridades y funcionarios públicos;

ca previsión atinente a la obligación de recomponer el daño ambiental no configuran una mera expresión de buenos y deseables propósitos para las generaciones del porvenir, supeditados en su eficacia a una potestad discrecional de los poderes públicos, federales o provinciales, sino la precisa y positiva decisión del constituyente de 1994 de enumerar y jerarquizar con rango supremo a un derecho preexistente, que frente a la supremacía establecida en el art. 31 de la CN y las competencias regladas en el art. 116 de esta Ley Fundamental para la jurisdicción federal" (CS, 20/06/2006, "Mendoza, Silvia B. y otros c. Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios [daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza - Riachuelo]", M.1569.XI. original, Fallos 326:2316).

"b) desarrollar y fortalecer programas de sensibilización y creación de capacidades en derecho ambiental y derechos de acceso para el público, funcionarios judiciales y administrativos, instituciones nacionales de derechos humanos y juristas, entre otros

"d) Promover la educación, la capacitación y la sensibilización en temas ambientales mediante, entre otros, la inclusión de módulos educativos básicos sobre los derechos de acceso para estudiantes en todos los niveles educacionales."

Es destacar asimismo que el art. 241 del Cód. Civ. y Com. establece que, cualquiera sea la jurisdicción en que se ejerzan los derechos, debe respetarse la normativa sobre presupuestos mínimos (de protección ambiental) que resulte aplicable.

Y como el Cód. Civil es la base para la interpretación de nuestro derecho positivo, las leyes de presupuestos mínimos de protección ambiental deben respetarse en cuanto resulten aplicables a los códigos Civil, Comercial, Penal, de Minería y de Trabajo y de Seguridad Social (art. 75, inc. 12, CN), así como las demás leyes que de acuerdo con sus facultades dicte el Congreso Nacional y la legislación provincial (incluida la municipal).

La Corte Interamericana de los Derechos Humanos así lo ha reconocido expresamente al decir:

"203. La Corte ya se ha referido al contenido y alcance de este derecho, considerando diversas normas relevantes, en su opinión consultiva OC-23/17, por lo que se remite a dicho pronunciamiento. Afirmó en esa oportunidad que el derecho a un medio ambiente sano 'constituye un interés universal' y 'es un derecho fundamental para la existencia de la humanidad', y que 'como derecho autónomo (...) protege los componentes del (...) ambiente, tales como bosques, mares, ríos y otros, como intereses jurídicos en sí mismos, aun en ausencia de certeza o evidencia sobre el riesgo a las personas individuales. Se trata de proteger la naturaleza, no solo por su 'utilidad' o 'efectos' respecto de los seres humanos, 'sino por su importancia para los demás organismos vivos con quienes se comparte el planeta'. Lo anterior no obsta, desde luego, a que

otros derechos humanos puedan ser vulnerados como consecuencia de daños ambientales" (8).

De allí que podemos hablar de:

- Autonomía científica del derecho ambiental:

Existe claramente una autonomía doctrinaria nacional e internacional del derecho ambiental que lo hacen un "derecho propio" y diferenciado de los demás derechos que constituyen nuestro ordenamiento jurídico.

- Autonomía legislativa del derecho ambiental:

Partiendo de la normativa constitucional nacional (art. 41 y ccds., CN), las constituciones provinciales, las cartas orgánicas municipales y las normas dictadas en sus consecuencias.

Respaldadas por los tratados internacionales que reconocen al derecho ambiental, que como todos sabemos, son profusas.

- Autonomía didáctica del derecho ambiental:

Es claro que las normas de educación ambiental son obligatorias en todas las etapas de la enseñanza, tanto formal, como no formal.

1. Así lo dispone el art. 41 de la CN, que establece que la única materia cuya enseñanza es obligatoria es la educación ambiental y que se traduce en el ámbito académico por medio del derecho ambiental.

2. La ley 26.206 de Educación Nacional, en su art. 89, establece: "El Ministerio de Educación, Ciencia y Tecnología, en acuerdo con el Consejo Federal de Educación, dispondrá las medidas necesarias para proveer la educación ambiental en todos los niveles y modalidades del Sistema Educativo Nacional promover valores, comportamientos y actitudes que sean acordes con un ambiente equilibrado y la protección de la diversidad biológica; que propendan a la preservación de los recursos naturales y a su utilización sostenible y que mejoren la calidad de vida de la población".

(8) Corte IDH, 06/02/2020, "Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina", fondo, reparaciones y costas, serie C, nro. 400.

3. La ley 24.521 de Enseñanza Superior dice:

“Art. 3º.- La Educación Superior tiene por finalidad proporcionar formación científica, profesional, humanística y técnica en el más alto nivel, contribuir a la preservación de la cultura nacional, promover la generación y desarrollo del conocimiento en todas sus formas, y desarrollar las actitudes y valores que requiere la formación de personas responsables, con conciencia ética y solidaria, reflexivas, críticas, capaces de mejorar la calidad de vida, consolidar el respeto al medio ambiente, a las instituciones de la República y a la vigencia del orden democrático”.

4. La ley nacional 27.621 de Educación Ambiental establece:

“Art. 2º.- (...) Educación Ambiental Integral (EAI): es un proceso educativo permanente, con contenidos temáticos específicos y transversales que tiene los diversos objetivos señalados en la norma.

“Se consagra a la Educación Ambiental Integral, como un proceso que tiene diversos objetivos y que se van elaborando durante todo el sistema educativo desde el preescolar, primario, secundario, terciario y universitario.

“Estrategia Nacional de Educación Ambiental Integral (ENEAI): es el instrumento de planificación estratégica y de la aplicación de una política pública nacional permanente y concertada que alcance a todos los ámbitos formales y no formales de la educación, de las Tecnologías de Información y Comunicación (TIC) y medios de comunicación.

“Estrategia Nacional para la Sustentabilidad en las Universidades Argentinas (ENSUA): es parte de la Estrategia Nacional de educación Ambiental Integral (ENEAI) y tiene como objetivo promover la gestión en las universidades públicas y privadas de todo el territorio nacional, a los fines de que dichas instituciones tengan herramientas para decidir incorporar la dimen-

sión ambiental en todos los ámbitos que hacen a la vida universitaria, desde lo curricular a la gestión edilicia, la extensión y la investigación, con miras a la construcción de una cultura ambiental universitaria”.

- Autonomía jurisdiccional:

Si bien es cierto es una asignatura pendiente, ya existen tribunales ambientales, como el de Jujuy y fiscalías ambientales.

Y si miramos el panorama en distintos países sudamericanos vemos que los tribunales ambientales son ya una realidad (por ejemplo, Chile).

En conclusión, por eso hablamos de un derecho autónomo, con autonomía científica, legislativa, didáctica y jurisdiccional del derecho ambiental.

Finalmente, tan grande es su contenido que han surgido del tronco común del derecho ambiental otros derechos como:

- a) el derecho del cambio climático;
- b) el derecho animal;
- c) el derecho de las energías renovables.

IV. Colofón

Hace más de 20 años, que, como cantaba Gardel —no es nada— abracé el estudio del derecho ambiental.

Y cuanto más lo estudio, sé que menos conocimiento tengo de esta rama del derecho colosal, que en cincuenta [50] años logró lo que ninguno (algunos, con miles de años de antecedentes como del derecho civil).

Hoy levanto mi copa simbólica para brindar por las bodas de oro de un derecho que en definitiva en forma prioritaria busca la calidad de vida de todos los habitantes de este bendito planeta Tierra y de las generaciones futuras.

DERECHO CONSTITUCIONAL AMBIENTAL

La efectividad de la tutela del medio ambiente desde la perspectiva convencional, constitucional y legal

El rol de los jueces

Hernán S. Viri (*)

Sumario: I. Introducción.— II. Opinión consultiva 23/17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: el derecho a un medio ambiente sano como parte de los derechos humanos.— III. El derecho ambiental contemplado en nuestra Constitución Nacional.— IV. El vínculo complementario que se suscita entre la Ley General del Ambiente y el rol de los jueces.— V. Epílogo.

*“Somos nosotros los primeros interesados en dejar un planeta habitable para la humanidad que nos sucederá. Es un drama para nosotros mismos, porque esto pone en crisis el sentido del propio paso por esta tierra.” ¿Qué tipo de mundo queremos dejar a quienes nos sucedan? Lo que está en juego es nuestra propia dignidad. Somos nosotros los primeros interesados en dejar un planeta habitable para la humanidad que nos sucederá” (**).*

I. Introducción

Resulta notorio y alentador saber que desde que se celebró la Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente en Estocolmo (1) hasta el día de hoy, la relevancia y la dimensión que han adquirido tanto la protección como la defensa del medio ambiente en el derecho internacional, en el ordenamiento nacional y en la normativa local se han ido ampliando y especializando.

Es que en un puñado de décadas se han multiplicado los plexos normativos programáticos y

los tratados internacionales sobre esta materia, concibiendo y erigiendo a su vez una importante cantidad de principios generales de corte medioambientalista, a la par de propiciar cada vez con mayor impulso la protección jurídica de los distintos elementos integrantes del medio ambiente.

Toda esta legislación y principios rectores tienen por objeto mejorar —o al menos no seguir dañando— el medio ambiente, entendiéndose como una vocación de preservar un mínimo grado de bienestar cualitativo y vinculado esencialmente ya no solo a los bienes ambientales para las generaciones presentes, sino también para proteger la calidad de vida de las generaciones futuras.

La Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas de Estocolmo destacó la responsabilidad de los Gobiernos y los deberes de los ciudadanos en preservar la calidad ambiental

(*) Juez federal titular del Juzgado Federal de Gualeguaychú; especialista en Derecho Penal y Procesal Penal por la Universidad de Palermo y docente en diversas universidades del país.

(**) Encíclica *Laudato Si'* del papa Francisco.

(1) El 16/06/1972.

no solo para las generaciones presentes, sino que ya desde su preámbulo, se refirió a las generaciones venideras de la siguiente manera: “Con un conocimiento más profundo y una acción más prudente, podemos conseguir para nosotros y para nuestra posteridad unas condiciones de vida mejores en un medio más en consonancia con las necesidades y aspiraciones del hombre (...). La defensa y el mejoramiento del medio humano para las generaciones presentes y futuras se ha convertido en meta imperiosa de la humanidad, que ha de perseguirse al mismo tiempo que las metas fundamentales ya establecidas de la paz y el desarrollo económico y social en todo el mundo, y de conformidad con ellas”.

Por su lado, la CS también ha dejado en claro que se debe considerar el interés de las generaciones futuras, cuyo derecho a gozar del ambiente está protegido por el derecho vigente (2).

Es que en efecto, nuestra CN garantiza como un derecho fundamental de todos los habitantes el de “gozar de 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” (3).

Pero además de la ya referida Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente en Estocolmo, existen otros instrumentos internacionales que, de manera amplia y decisiva, reconocen el derecho a un medio ambiente sano como una garantía inalienable, incluso incorporado como una unidad modular de los derechos humanos.

De esta forma, por un lado, nos encontramos con que el sistema interamericano lo incorporó en el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (4); y por otro lado, con el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Cultu-

rales —que por cierto en virtud de lo establecido por el art. 75, inc. 22, de la CN goza de jerarquía constitucional—, el que reconoce este derecho a un nivel de vida adecuado, a la vez que fija el deber de los Estados de adoptar las medidas apropiadas para asegurar este.

Así las cosas, la Corte Interamericana de Derechos Humanos reconoció la existencia de una relación innegable entre la protección del ambiente y la realización de otros derechos humanos, en tanto la degradación ambiental y los efectos adversos del cambio climático afectan su goce efectivo (5).

En este punto resulta relevante —debido a su claridad, consistencia y solidez— no dejar pasar por alto las consideraciones efectuadas en la opinión consultiva OC-23/17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ocasión en la cual abordó minuciosamente el contenido y alcance del medio ambiente como un verdadero derecho humano (6).

En ese mismo entendimiento, la Corte Internacional de Justicia ha dejado en claro que “el principio de prevención, en tanto norma consuetudinaria, tiene sus orígenes en la diligencia debida que se requiere de un Estado en su territorio (...). Un Estado está así obligado a usar todos los medios a su alcance a fin de evitar que las actividades que se llevan a cabo en su territorio, o en cualquier área bajo su jurisdicción, causen un perjuicio sensible al medio ambiente del otro Estado”.

Desde el punto de vista de la normativa nacional, se han sancionado varias leyes con especialidad en la materia que buscan la protección del medio ambiente.

Las más relevantes son sin dudas la Ley General del Ambiente (ley 25.675); la Ley de Gestión Integral de Residuos Industriales y de Actividades de Servicios (ley 25.612); el Régimen de Gestión

(5) Cfr. Corte IDH, 03/04/2009, "Kawas Fernández vs. Honduras".

(6) Ver Corte IDH, opinión consultiva OC-23/17, "Medio ambiente y derechos humanos (obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal - interpretación y alcance de los arts. 4.1 y 5.1, en relación con los arts. 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)", 15/11/2017.

(2) Ver CS, 03/12/2019, "Provincia de Buenos Aires c. Provincia de Santa Fe s/ sumarísimo".

(3) Art. 41, CN.

(4) Ver art. 11 del Protocolo de San Salvador, aprobado por la ley 24.658.

Ambiental de Aguas (ley 25.688); el Régimen de Libre Acceso a la Información Pública Ambiental (ley 25.831); la Ley de Presupuestos Mínimos de Protección Ambiental de los Bosques Nativos (ley 26.331); y el Régimen de Presupuestos Mínimos para la Preservación de los Glaciares y del Ambiente Periglacial (ley 26.639).

La jurisprudencia emanada de nuestro más alto tribunal ha instituido que el ambiente pertenece a la esfera social y trasciende la individual y, por tanto, su protección conlleva deberes a cargo de todos los ciudadanos, como correlato del derecho a disfrutar de un ambiente sano, para sí y para las generaciones futuras (7).

Y en este modelo social, el rol de los jueces como miembros del Poder Judicial es fundamental, puesto que corresponde a ellos buscar los caminos que permitan garantizar la eficacia de los derechos reclamados y evitar que estos sean vulnerados como objetivo fundamental y rector a la hora de administrar justicia y de tomar decisiones en los procesos que se someten a su conocimiento (8).

Todo ello —claro está— teniendo en cuenta un adecuado y delicado balance en miras de armonizar debidamente la tutela del ambiente y el desarrollo económico, tecnológico e industrial mediante un juicio de ponderación razonable, no debiendo buscar ninguna oposición entre ambos, sino todo lo contrario, pues deben tener en miras la complementariedad, ya que su tutela no significa detener el progreso, sino hacerlo más perdurable en el tiempo de manera que puedan disfrutarlo las generaciones futuras (9).

Precisamente, la idea de “desarrollo sustentable” consiste en tender un puente entre la indispensable preservación del medio ambiente y el necesario progreso de la sociedad: la clave de este nuevo desafío consistirá entonces en alcanzar y procurar una sana utilización de los recursos naturales para la satisfacción de las necesidades tanto actuales como futuras.

(7) Fallos 329:2316.

(8) Fallos 339:515.

(9) Ver CS, 02/07/2019, "Telefónica Móviles Argentina SA", disidencia de los jueces Maqueda y Rosatti.

II. Opinión consultiva 23/17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: el derecho a un medio ambiente sano como parte de los derechos humanos

La importancia primordial que reviste la opinión consultiva 23/17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos radica en que fue la primera oportunidad en la que dicho tribunal abordó de manera amplia y clara el alcance del derecho al medio ambiente sano con relación a otros derechos fundamentales entre los llamados derechos económicos, sociales y culturales, apareciendo de modo independiente o autónomo, pero a la vez intercomunicado.

Dicho caso llegó a estudio de la Corte, debido a la preocupación creciente que se tenía por las consecuencias que podría acarrear para los derechos humanos un canal transoceánico en Nicaragua, y preocupada por los efectos que podía tener para las personas que residen en la isla colombiana de San Andrés, Colombia solicitó en el año 2016 una opinión consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en torno a las obligaciones del Estado en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y la garantía de los derechos a la vida y la integridad personal.

De este modo, la Corte IDH, al ejercer una función consultiva que le es propia (como la de interpretar las normas de la Convención Americana), reconoció como un componente del sistema regional americano de los derechos humanos el derecho al ambiente de modo autónomo.

Concretamente, en el párr. 56 dejó sentado que “[e]n el sistema interamericano de derechos humanos, el derecho a un medio ambiente sano está consagrado expresamente en el art. 11 del Protocolo de San Salvador: 1. Toda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos. 2. Los Estados partes promoverán la protección, preservación y mejoramiento del medio ambiente”.

Agregó asimismo en el párr. 57 que “[a]dicionalmente, este derecho también debe considerarse incluido entre los derechos económicos, sociales y culturales protegidos por el art. 26 de la Convención Americana, debido a que bajo dicha norma se encuentran protegidos aque-

llos derechos que se derivan de las normas económicas sociales y sobre educación, ciencia y cultura contenidas en la Carta de la OEA, en la Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre (...) y los que se deriven de una interpretación de la Convención acorde con los criterios establecidos en su art. 29’.

En efecto, la Corte IDH estableció que el ejercicio de los derechos humanos está íntimamente vinculado con la protección del medio ambiente, reconociendo que el derecho a un medio ambiente saludable resulta clave para poder gozar de otros derechos fundamentales.

Incluso más, ahondó en ese razonamiento y aclaró que la violación al derecho poder gozar de un medio ambiente saludable podría afectar a otros derechos humanos, en particular, el derecho a la vida y la integridad personal, así como muchos otros, incluyendo el derecho a la salud, el agua y la vivienda, ciertos derechos procesales, el derecho a la información, la expresión, la asociación y la participación.

Ciertamente, el reconocimiento de la vinculación intrínseca que existe entre los derechos humanos y el medio ambiente, se ha patentizado no solo a través de la adopción de un nuevo derecho explícito al medio ambiente —singularizado como saludable y sostenible—; sino también por una creciente y mayor atención a los ya reconocidos, como por ejemplo, el derecho a la vida y a la salud.

Es que se ha advertido —con toda razón— que indudablemente la degradación ambiental impacta sobre los demás derechos fundamentales (como son la vida, la salud, la vivienda, la dignidad humana, etc.), menoscabando su pleno ejercicio y goce.

Por lo señalado sucintamente hasta aquí es que puede concluirse que esta valiosa opinión consultiva 23/17 de la Corte IDH da respuesta y brinda sustento a la garantía efectiva de poder contar con un medio ambiente sano y sostenible, otorgando así a las personas físicas y jurídicas la oportunidad y el derecho de exigir la debida protección; a la par que pone en cabeza de los Estados la obligación de atender esas demandas y proporcionarles en consecuencia una solución rápida y adecuada.

III. El derecho ambiental contemplado en nuestra Constitución Nacional

Si bien en la Constitución Nacional de 1853 no se encontraba previsto explícitamente el derecho ambiental, la reforma introducida en el año 1994 en esta materia implicó un real progreso sustantivo en el paradigma y la lógica con respecto al tema, puesto que hasta entonces todo lo referido a lo ambiental correspondía exclusivamente a la regulación de las provincias debido a la falta de delegación expresa de la materia en el gobierno federal y por imperio de aquel principio de delimitación de atribuciones otorgadas al gobierno central que establece que “lo no delegado queda reservado a las provincias”.

No obstante, es preciso aclarar que, si bien es cierto que en lo atinente al medio ambiente existen necesidades e inconvenientes comunes en todo el territorio nacional, cada región en particular puede verse afectada por problemáticas propias, por lo que requiere, en consecuencia, soluciones exclusivas para cada circunstancia.

A partir de ello, es que se ha decidido que en materia ambiental sea delegada la competencia al gobierno federal pero solo en lo que hace a los presupuestos mínimos de protección, fijando un piso que nunca podrá ser perforado, y otorgando a las provincias todas las atribuciones necesarias para que, según su realidad y localización en su ámbito geográfico, puedan complementar, extender y/o elevar ese estándar esencial establecido por la CN.

Tal como surge de la propia Carta Magna en su art. 123, “cada provincia dicta su propia constitución, conforme a lo dispuesto por el art. 5° asegurando la autonomía municipal y reglando su alcance y contenido en el orden institucional, político, administrativo, económico y financiero”, por lo que —en materia ambiental— la propia Ley Suprema se refirió a las competencias federales y provinciales sin aludir a las municipalidades, cuestión que deben reglamentar las provincias respecto de los gobiernos locales delegando lo que estimen oportuno pero siempre y cuando tengan en miras la armonía, coordinación y complementariedad imprescindibles, al establecer los respectivos regímenes legales.

De esta manera, a partir de la reforma introducida en el año 1994 por la Asamblea Consti-

tuyente, no solo la CN ha tutelado al ambiente de un modo palmario y concluyente, reconociendo el derecho a gozar de un ambiente sano y sustentable, enumerando y jerarquizando con rango supremo a un derecho preexistente (10), sino que también la CS ha admitido la existencia de un componente ambiental del Estado de derecho (11).

Siguiendo los lineamientos trazados por nuestro más alto tribunal, se puede asegurar que para la CN, el ambiente no es solo un objeto destinado al exclusivo servicio del hombre, del que puede apropiarse según sus necesidades y en función de la tecnología disponible como si fuera su propietario; sino que a partir de lo establecido en el art. 41 de la Carta Magna, existen deberes positivos en cabeza de los particulares y del Estado que tienen que cumplirse.

Tan es así que en nuestro derecho infraconstitucional —tanto en el ámbito público como en el privado— se desarrollan estos deberes de un modo coherente, por un lado, en la Ley General del Ambiente, y por otro, en el Código Civil y Comercial.

Por otra parte, el tribunal cimero también ha dejado en claro que el régimen federal consagrado por la Ley Suprema exige no descuidar el status autónomo de las entidades políticas por cuya voluntad y elección se reunieron los constituyentes argentinos, cuya consecuencia más evidente radica en reconocerles las atribuciones que, no habiendo delegado en el gobierno central, se han reservado expresamente, de conformidad con los arts. 121 y 122 de la norma fundamental, así como el ámbito propio de aquellas potestades que la Constitución atribuye de manera concurrente a la Nación y a las provincias, entre las cuales adquiere especial predicamento la tutela ambiental.

Y prosiguió aclarando la CS que, siendo el federalismo un sistema cultural de convivencia, cuyas partes integrantes no actúan aisladamente, sino que interactúan en orden a una finalidad que explica su existencia y funcionamiento, el ejercicio de las competencias constitucionalmente asignadas debe ser ponderado como una

interacción articulada. En ese sentido, ha destacado que “el sistema federal importa asignación de competencia a las jurisdicciones federal y provincial; ello no implica, por cierto, subordinación de los estados particulares al gobierno central, pero sí coordinación de esfuerzos y funciones dirigidos al bien común general, tarea en la que ambos han de colaborar, para la consecución eficaz de aquel fin; no debe verse aquí enfrentamientos de poderes, sino unión de ellos en vista a metas comunes (Fallos 330:4564, consid. 11 *in fine* y Fallos 304:1186; 305:1847; 322:2862; 327:5012; 340:1695, entre otros)”.

Finalmente, hizo hincapié en que “la funcionalidad del sistema federal constitucional argentino se funda en el principio de lealtad federal o buena fe federal, conforme al cual en el juego armónico y dual de competencias federales y provinciales —cuyo deslinde no impide en ocasiones plantear una zona de duda— debe evitarse que el gobierno federal y las provincias abusen en el ejercicio de esas competencias, tanto si son propias como si son compartidas o concurrentes, debiendo prevalecer en todo trance los intereses del conjunto federativo, para alcanzar cooperativamente la funcionalidad de la estructura federal *in totum* (Bidart Campos, Germán, ‘Tratado elemental de derecho constitucional argentino’, Ed. Ediar, 2007, t. 1-A, p. 695)” (12).

A raíz de lo desarrollado en los párrafos que anteceden y desde la perspectiva constitucional, se puede concluir que a partir del año 1994 y por la sanción del art. 41, se ha incorporado a nuestro bloque constitucional los principios universales admitidos como derechos humanos en lo concerniente al medio ambiente y la calidad de vida teniendo en cuenta las alteraciones que puedan sufrir el agua, la fauna, la flora, el paisaje, la salud de la población actual y futura, etcétera.

Del mismo modo, el constituyente puso punto final a las discusiones que se suscitaban hasta entonces en torno a las competencias en el ejercicio del poder de policía en materia ambiental. De este modo, le corresponderá al gobierno federal el dictado de la normativa básica

(10) Ver Fallos 326:2316.

(11) Ver Fallos 339:515.

(12) CS, 03/12/2019, “Buenos Aires, Provincia de c. Santa Fe, Provincia de s/ sumarísimo —derivación de aguas—”, Fallos 342:2136.

y esencial para la protección y tutela del medio ambiente en todo el país; mientras que a las provincias sancionar la legislación necesaria para complementarla según la particularidad y la problemática específica de cada región geográfica, siempre teniendo en miras que no se alteren o invadan una jurisdicción con la otra.

IV. El vínculo complementario que se suscita entre la Ley General del Ambiente y el rol de los jueces

Tras la reforma constitucional del año 1994, la ley 25.675 (13) vino a reglamentar el derecho previsto en el art. 41 de nuestra Carta Magna, al mismo tiempo que, de manera orgánica —y estableciendo solo presupuestos mínimos (14)—, coordinó y sistematizó todos los principios que regían en la materia.

Ciertamente, en virtud del contenido y la naturaleza jurídica de dicha ley, esta no agota en absoluto la regulación de cada uno de los elementos que aborda; sino todo lo contrario, en tanto y en cuanto “sus normas pasan por el prisma del principio de fundamentalidad —de origen constitucional— y que será imprescindible para entender la modalidad de esta ley (...). Quien no considere este insumo, quizás no comprenda la esencia y mecánica de este tipo de instrumento legislativo” (15).

Las facultades que otorgan el art. 32 (16) de la ley 25.675 a las autoridades judiciales intervinientes son propicias para que estas dispon-

(13) Ley General del Ambiente, sanc. 06/11/2002.

(14) Art. 1.- La presente ley establece los presupuestos mínimos para el logro de una gestión sustentable y adecuada del ambiente, la preservación y protección de la diversidad biológica y la implementación del desarrollo sustentable.

(15) Cfr. ESAÍN, José A., "Ley General del Ambiente 25.675", en PALACIO DE CAEIRO, Silvia (dir.) - CAEIRO PALACIO, Eduardo (coord.), *Tratado de derecho federal y leyes especiales*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2013, t. I, p. 556.

(16) Art. 32.- La competencia judicial ambiental será la que corresponda a las reglas ordinarias de la competencia. El acceso a la jurisdicción por cuestiones ambientales no admitirá restricciones de ningún tipo o especie. El juez interviniente podrá disponer todas las medidas necesarias para ordenar, conducir o probar los hechos dañosos en el proceso, a fin de proteger efectivamente el

gan todas las medidas necesarias para “ordenar, conducir o probar” los hechos dañosos en el proceso “a fin de proteger efectivamente el interés general” (17).

Y más aún, puesto que la CS ha indicado que es pertinente y ajustado a derecho disponer medidas preliminares previas a la definición de la cuestión de competencia cuando los hechos de la causa así lo justifican (18).

Siempre, de manera prioritaria e integrada —y a la luz de lo establecido por el art. 4º de la ley 25.675—, debe aplicarse el principio de prevención, y ante la duda el principio precautorio (19); que a la par explican, dan ahínco y sustentan la eventual anticipación de la respuesta jurisdiccional.

Todo ello se encuentra íntimamente vinculado con la operatividad y la efectividad que debe imperar y regir en el derecho ambiental, para que, precisamente, a partir de ello se pueda superar cualquier estado meramente simbólico y se accione concretamente sobre la realidad.

Con gran lucidez, nuestro más alto tribunal ha dejado en claro que “esta Corte ha sostenido

interés general. Asimismo, en su Sentencia, de acuerdo a las reglas de la sana crítica, el juez podrá extender su fallo a cuestiones no sometidas expresamente su consideración por las partes. En cualquier estado del proceso, aun con carácter de medida precautoria, podrán solicitarse medidas de urgencia, aun sin audiencia de la parte contraria, prestando debida caución por los daños y perjuicios que pudieran producirse. El juez podrá, asimismo, disponerlas, sin petición de parte.

(17) Fallos 339:142.

(18) CS, 26/04/2016, "Asociación Argentina de Abogados Ambientalistas de la Patagonia c. Provincia de Santa Cruz y otro s/ amparo ambiental".

(19) Art. 4º.- La interpretación y aplicación de la presente ley, y de toda otra norma a través de la cual se ejecute la política ambiental, estarán sujetas al cumplimiento de los siguientes principios: (...). Principio de prevención: Las causas y las fuentes de los problemas ambientales se atenderán en forma prioritaria e integrada, tratando de prevenir los efectos negativos que sobre el ambiente se pueden producir. Principio precautorio: 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.

que el reconocimiento de *status* constitucional del derecho al goce de un ambiente sano, así como la expresa y típica previsión atinente a la obligación de recomponer el daño ambiental (art. 41 de la CN) no configuran una mera expresión de buenos y deseables propósitos para las generaciones del porvenir, supeditados en su eficacia a una potestad discrecional de los poderes públicos, federales o provinciales, sino la precisa y positiva decisión del constituyente de 1994 de enumerar y jerarquizar con rango supremo a un derecho preexistente” (20).

Llegado a este punto, es relevante destacar que en lo que se refiere a este tópico, las medidas cautelares en materia ambiental obligan a una relectura de los mecanismos clásicos de dicho instituto procesal, dado que el principio precautorio y su operatividad permite minimizar las exigencias tradicionales para el otorgamiento de la medida cautelar.

Como consecuencia de ello, y a partir de esta nueva y moderna concepción finalista, se han podido tomar a tiempo las medidas necesarias para proteger efectivamente el ambiente.

En esta misma línea de pensamiento, la CS ha asegurado que “no puede dejar de señalarse que el particular ámbito de las demandas encuadradas en las prescripciones de la Ley General del Ambiente, la interpretación de la doctrina precedentemente enunciada debe efectuarse desde una moderna concepción de las medidas necesarias para la protección del medio ambiente, pues el art. 4º de esa ley introduce en la materia los principios de prevención del daño ambiental y de precaución ante la creación de un riesgo con efectos desconocidos y por tanto imprevisibles” (21).

Sin lugar a dudas, este propósito finalista que debe caracterizar a toda decisión judicial en torno a la medida cautelar ambiental que se plantea, obliga a que el Poder Judicial brinde una respuesta satisfactoria e idónea para lograr la operatividad y la efectividad del precepto constitucional previsto en el art. 41.

No solo por lo explicado precedentemente, sino también siguiendo a diferentes autores, se

(20) Fallos 329:2316.

(21) Fallos 333:748.

puede comprender entonces que a estos principios de precaución y de prevención se les confiere un nuevo componente que los robustece y consolida como tales, dado que la fórmula constitucional “recomponer” apunta a la idea de “restaurar, restablecer de nuevo el ambiente dañado” (22), a lo que no puede soslayarse aquella máxima que señala que “en conflictos ambientales la espera consume el bien jurídico protegido” (23), aunado a que —ciertamente— el daño ambiental en la mayoría de los casos es de muy compleja recomposición, y en muchas oportunidades hasta irreversible.

Al respecto, la doctrina ha entendido que el principio precautorio es una norma jurídica y no una mera declaración; un concepto jurídico indeterminado, un mandato de optimización que obliga a hacer lo posible para alcanzar el objetivo (24). Mientras que la jurisprudencia ha establecido que este principio produce una obligación extendida y anticipatoria a cargo del funcionario público correspondiente (25).

Y precisamente, esta obligación extendida y anticipatoria que le corresponde —por ejemplo— en el ejercicio de la Magistratura a los jueces, no debe verse como una intromisión indebida del Poder Judicial cuando lo único que se pretende es asegurar y proteger derechos o, en su caso, suplir desamparos en la medida que estos puedan verse vulnerados o menoscabados (26).

En este sentido, la CS ha echado luz sobre este nuevo entendimiento que debe regir en la materia y el cambio de paradigma que debe guiar todo proceso en el que se ventilen asuntos relativos al medio ambiente. En efecto, el tribunal cimero ha dejado en claro que se lleven adelante procesos en los que se tutele el derecho am-

(22) Ver BESALÚ PARKINSON, Aurora, “Responsabilidad por daño ambiental”, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2005, p. 269.

(23) LORENZETTI, Ricardo, “Teoría de derecho ambiental” Ed. La Ley, Buenos Aires, 2008, p. 149.

(24) *Ibidem*, p. 67.

(25) CS, 26/03/2009, “Salas, Dino y otro c. Provincia de Salta”, *Summa Ambiental*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2011, t. IV, p. 2591.

(26) Fallos 339:515.

biental, las reglas procesales que se apliquen deben ser interpretadas con un criterio amplio y flexible poniendo el acento en su carácter instrumental de medio a fin, puesto que se presenta una revalorización de las atribuciones del tribunal al contar con poderes que exceden la tradicional versión del juez espectador, y que un examen cerradamente literal de las normas rituales previstas para el clásico proceso adversarial de índole intersubjetivo sería frustratorio de los interés superiores en juego (27).

Frente a este nuevo modelo jurisdiccional, los jueces son llamados a realizar su tarea con una particular energía para que sean garantizados los mandatos constitucionales en trato (28), y para ello se encuentran dotados de tan amplias facultades que pueden dar debida respuesta y brindar una efectiva protección al medio ambiente: de esta forma pueden —por ejemplo— darle trámite ordinario a un amparo (29) o dividir las pretensiones a fin de lograr una rápida y concreta satisfacción en materia ambiental (30), siempre y cuando todas las decisiones que adopten tengan como propósito utilizar las vías procesales más expeditivas e idóneas a fin de evitar la frustración de este derecho fundamental (31).

En este contexto, tampoco se puede desconocer que existe una multiplicidad de casos en donde las circunstancias de tiempo, modo y lugar que son sometidas a estudio, a la espera de una decisión judicial, no resultan ser tan claras ni contundentes. Y es en tales situaciones en donde adquiere un trascendente valor el principio *in dubio pro natura* el que establece que en caso de duda, toda decisión que se adopte —ya sea en sede judicial o administrativa— deberá ser resuelta de manera tal que favorezca la protección y conservación del medio ambiente, dando preferencia a las alternativas menos perjudiciales, y no se emprenderán actividades cuando sus potenciales efectos adversos sean

desproporcionados o excesivos en relación con los beneficios derivados de ellos (32).

Y más aún, no debe pasarse por alto que es doctrina de la CS que ante el probable peligro de daño ambiental grave e irreparable, aun ante la falta de información o certeza científica al respecto, ello no debe ser utilizado como un motivo para postergar la adopción de medidas eficaces que impidan la degradación del medio ambiente (33).

V. Epílogo

Esta relativa nueva rama de la ciencia jurídica —aún en formación— que se denomina derecho ambiental y que se estructura sobre principios rectores propios —hallándose regulada en la legislación local, nacional y supranacional—, debido a la unidad de su problemática y por las características específicas intrínsecas que posee, permiten dotarla de una identidad propia dentro del sistema jurídico.

De esta manera, y por lo que he venido desarrollando a lo largo de este trabajo, se puede concluir que el derecho ambiental adquiere un carácter interdisciplinario (en el que se requiere para adoptar las medidas necesarias de protección la colaboración de otras disciplinas que estudian los aspectos físicos, químicos y biológicos del medio ambiente); un carácter supranacional (en tanto y en cuanto el derecho ambiental sobrepasa las fronteras de los Estados); su carácter de espacialidad singular (muchas veces debido a su especificidad, el derecho ambiental ha puesto en conflicto alguna normativa regulatoria que se adopta en los diferentes espacios en donde se desarrollan los fenómenos que impactan sobre el medio ambiente); su carácter finalista (el derecho ambiental sin dudas es de corte finalista, dado que su objeto es modificar o eliminar el impacto de las actividades humanas que resultan ser nocivas sobre los elementos naturales); tiene un carácter preventivo (puesto que esta rama del

(27) Fallos 331:1910.

(28) Fallos 326:2316.

(29) Fallos 327:2967.

(30) Fallos 329:2316.

(31) Fallos 327:2127 y 2413; 332:1394; 337:1361 entre muchos otros.

(32) CS, 11/07/2019, "Majul, Julio J. c. Municipalidad de Pueblo Belgrano y otros s/ amparo ambiental".

(33) CS, 02/07/2020, "Asociación Civil Protección Ambiental del Río Paraná Ctról. Contam. y Restauración del Hábitat y otro c. Carboquímica del Paraná SA y otro s/ incidente de medida cautelar".

derecho tiene un propósito fundamentalmente preventivo); un carácter sistemático (dado que la regulación de las conductas en trato no se realizan aisladamente, sino teniendo en cuenta el comportamiento de los elementos naturales y las interacciones e intervenciones del hombre con ellos); la supremacía de los intereses colectivos (siendo que la protección del

ambiente tiene como objeto mejorar la calidad de vida de las personas y lograr el desarrollo sostenible como legado para las futuras generaciones); y posee una sólida reglamentación técnica (en general, toda la normativa ambiental contiene prescripciones técnicas que determinan las condiciones precisas en que deben realizarse las actividades afectadas).

INSTRUMENTOS DE POLÍTICA AMBIENTAL

La construcción de indicadores jurídicos ambientales para observar el cumplimiento de las políticas ambientales

Marta S. Juliá (*)

María Eugenia Perez Cubero (**)

Sumario: I. Introducción.— II. Algunas consideraciones preliminares sobre los indicadores jurídicos ambientales.— III. Antecedentes en el proceso de construcción de indicadores ambientales.— IV. Análisis, significado y alcance de los indicadores.— V. Metodologías utilizadas.— VI. Algunas reflexiones finales sobre la construcción de indicadores para nuestro análisis.— VII. Bibliografía.

I. Introducción

El presente artículo se propone indagar en los diferentes tipos de indicadores ambientales existentes, a efectos de comprender la necesidad de construir indicadores propiamente jurídicos como una herramienta innovadora en la gestión ambiental.

La construcción de indicadores jurídicos como forma de observar el cumplimiento de las políticas públicas ambientales y su uso como instrumento de gestión requieren de una serie de aproximaciones teóricas y metodológicas

apropiadas para el abordaje de una temática de actualidad y envergadura, debido a la importancia de esta herramienta para complementar los indicadores científicos ambientales y de sostenibilidad en función de la evaluación de los objetivos de desarrollo sostenible en el marco de la Agenda 2030.

El análisis de los indicadores jurídicos ambientales y su observación demanda un trabajo de construcción teórica necesario para utilizar de manera adecuada los términos, ya que el contenido conceptual del vocablo es amplio y en ocasiones ambiguo.

Dado el uso amplísimo del término “indicador” en el lenguaje común, este puede resultar equívoco, puede tomarse como indicio, señal, como una herramienta estadística más, o como un tipo de magnitud con la que es posible medir en la práctica el comportamiento de determinadas variables. A menudo la referencia al término indicador resulta ambigua y es en función de su ámbito de aplicación como se resuelven cuestiones de vaguedad o ambigüedad (García Civico, 2011:6).

En este sentido consideramos algunas definiciones y precisiones que aportan los autores que

(*) Doctora en Derecho y Ciencias Sociales (Universidad Nacional de Córdoba); profesora titular efectiva en la asignatura Derecho Ambiental y de los Recursos Naturales (Facultad de Ciencias Económicas, Jurídicas y Sociales - Universidad Nacional de San Luis); directora PROICO 15-1020, "Derecho y política ambiental".

(**) Doctora en Ciencia Política (CEA-UNC); becaria posdoctoral (Conicet); profesora adjunta efectiva en la asignatura Derecho Ambiental y de los Recursos Naturales (Facultad de Ciencias Económicas, Jurídicas y Sociales - Universidad Nacional de San Luis); directora del Centro Interdisciplinario de Investigación y Vinculación en Estudios Ambientales; codirectora de PROICO 15-1020, "Derecho y política ambiental"; directora de la Red de Información y Educación Ambiental.

trabajan el tema, así: “Un indicador es una herramienta cuantitativa o cualitativa que muestra indicios o señales de una situación, actividad o resultado; brinda una señal relacionada con una única información, lo que no implica que esta no pueda ser reinterpretada en otro contexto (...). Cada indicador brinda información relevante y única respecto a algo: una señal que debe ser interpretada de una única manera, dado que tiene un solo objetivo.

“En este contexto, la medición tiene sentido porque reconocemos y podemos caracterizar a los conceptos en términos de una variedad de valores posibles de una variable, eventualmente numéricos, que serán el reflejo de la existencia de una diversidad, de diferencias relativas en la naturaleza del propio concepto, más o menos complejo, y a los que se les puede atribuir un valor —numérico— de acuerdo con una escala de medida. Por tanto, la misma naturaleza de la problemática que se plantee implica, desde su origen teórico-conceptual, la posibilidad de obtener y definir una medida del fenómeno estudiado.

“En el acto de la observación intentamos caracterizar las propiedades de los hechos observados, las distintas unidades de observación establecidas permiten ser identificadas con relación a alguna propiedad, esta propiedad actúa de criterio respecto al cual podemos constatar diferencias entre las distintas unidades, o poder ordenarlas, o establecer una unidad de comparación para determinar cuántas veces una cantidad está contenida en otra” (López Roldán y Fachelli, 2015:6).

La tarea de construcción teórica requiere de distintas aproximaciones al tema definiendo claramente qué y cómo se van a definir estos indicadores jurídicos, el sentido de considerarlos como un elemento central en las políticas ambientales así como en las propias gestiones gubernamentales para profundizar en el análisis.

En primer lugar, se van a considerar nociones preliminares sobre los indicadores jurídicos ambientales a efectos de poder dilucidar su importancia en el proceso de políticas públicas y en especial en la instancia de ejecución de las mismas. En segundo lugar, se analizan los antecedentes de indicadores ambientales, lo que

conducirá a visualizar el rol que ocupan los indicadores jurídicos, su presencia o ausencia, dentro de los indicadores técnicos ambientales. Con esa información, se busca en tercer lugar profundizar en el análisis, y en la búsqueda de un significado y alcance de la noción de indicadores jurídicos que será tomada para el presente artículo. En cuarto lugar se relevan las metodologías empleadas en el proceso de diseño de los indicadores, para poder así dar paso en el quinto apartado a algunas propuestas preliminares para la construcción de indicadores de nuestro análisis.

II. Algunas consideraciones preliminares sobre los indicadores jurídicos ambientales

Existen numerosos trabajos sobre indicadores ambientales en general, desde distintas disciplinas, con desarrollos diferentes de acuerdo con el interés, el objetivo o las temáticas desde las cuales se desarrollan. Los indicadores jurídicos ambientales no se encuentran tan desarrollados, si bien ya existen normativas que incorporan en su texto elementos para su determinación. Para tomar en cuenta los indicadores jurídicos ambientales es necesario observar las formas en que se incorporan referencias en las normativas y cómo pueden identificarse desde un texto específico.

En este sentido, “[e]l potencial de complementariedad de los indicadores jurídicos es especialmente claro cuando los indicadores se incorporan por referencia en una norma jurídica, o se utilizan para ampliar una norma jurídica, explicar su alcance, o dar una especificidad adicional respecto a ella” (Kingsbury, 2014).

Siguiendo esta línea, es de destacar la incorporación explícita y expresa que realiza el denominado Acuerdo de Escazú en relación con los indicadores jurídicos ambientales. Se trata del primer Acuerdo Regional vinculante sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe (en adelante, Acuerdo de Escazú), adoptado el 04/03/2018 en Costa Rica; es un gran hito en el desarrollo del derecho ambiental de la región. La Argentina lo ratificó mediante ley 27.566 el 16/10/2020 y con posterioridad México también lo ha ratificado alcanzando el número de 11 ratificaciones ne-

cesarias para su entrada en vigencia pasados 90 días desde el último depósito según lo establece el propio art. 22. Es así como entró en vigencia el 22/04/2021. Se configura como un tratado ambiental de segunda generación porque vincula expresamente la cuestión ambiental con los derechos humanos y garantiza asimismo los derechos procedimentales que son esenciales en el proceso de implementación de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible aprobada en septiembre de 2015 (Samaniego y De Miguel, 2018).

El Acuerdo de Escazú prevé en el art. 6º sobre “Generación y divulgación de la información ambiental”, en su apart. 7º, que “[c]ada parte hará sus mejores esfuerzos por publicar y difundir a intervalos regulares, que no superen los cinco años, un informe nacional sobre el estado del medio ambiente, que podrá contener (...) b) acciones nacionales para el cumplimiento de las obligaciones legales en materia ambiental”; y en su apart. 8º la realización de indicadores comunes que sirvan para evaluar la eficacia, la efectividad y el progreso de las políticas públicas ambientales en el cumplimiento de los compromisos nacionales e internacionales asumidos. Por su parte en el art. 15, donde se dispone la Conferencia de las Partes, el inc. 5º establece que ella “examinará y fomentará la aplicación y efectividad del presente Acuerdo”.

Todo ello supone un estándar y una primera exigencia de considerar los indicadores jurídicos como un instrumento de evaluación de políticas para el desarrollo de los informes nacionales, que deben realizar los diferentes países a partir de la firma y entrada en vigencia del Acuerdo.

Sostiene Michel Prieur que: “[a]l distinguir eficacia y efectividad, el Acuerdo de Escazú, más allá de las cuestiones semánticas, señala una distinción esencial. ‘Eficacia’ es la medida de la adecuación de los instrumentos jurídicos a los resultados concretos obtenidos sobre el terreno: ¿ha disminuido la contaminación? Esto se sabrá gracias a indicadores científicos que midan el nivel de descontaminación alcanzado comparándolo con los objetivos enunciados en la ley, lo que constituirá un indicador de rendimiento. ‘Efectividad’ es la medida de la aplicación es-

tricta del derecho a lo largo de las diversas fases jurídicas de la aplicación de la regla: textos de aplicación, controles administrativos y jurisdiccionales, comportamiento de los distintos agentes encargados de la aplicación (auditores, abogados, jueces, ONG, empresas). Para medir la efectividad del derecho es necesario disponer de una batería de cuestionarios que desglosen todas las etapas de aplicación del derecho, identificando y evaluando todos los datos institucionales, sustantivos, financieros, jurisdiccionales y sociales que permiten la aplicación ‘efectiva’ de la regla jurídica” (Prieur, 2020:321).

Prieur nos indica los diferentes tipos de indicadores que surgen a partir de Escazú, donde se van a requerir los indicadores de tipo científico (indicadores de desempeño o indicadores de eficacia) y otros de tipo social, financieros, institucionales, económicos y netamente jurídicos o sociojurídicos (indicadores de efectividad). Así, los indicadores jurídicos ambientales apuntan a evaluar el proceso de aplicación e implementación del derecho ambiental y de los compromisos internacionales asumidos por los Estados para así brindar información específica y útil sobre esa etapa.

La tipología expuesta por Prieur nos permite distinguir el tipo de indicador sobre el cual trabajar donde el indicador de desempeño debe complementarse luego con el resto de los indicadores para tener una visión integral del fenómeno complejo a observar.

En nuestro caso, nos interesa particularmente hacer hincapié y desarrollar los indicadores jurídicos ambientales que permitan seguir la implementación de las políticas en los territorios y observar las modalidades en que se han realizado.

III. Antecedentes en el proceso de construcción de indicadores ambientales

El proceso de construcción de indicadores ambientales ha sido variado y extenso, con la participación de visiones y perspectivas provenientes de diferentes disciplinas, donde también se pueden observar las referencias conceptuales y metodológicas desde las cuales se desarrollan.

En el presente apartado se efectuará un recorrido por algunos de los antecedentes sobre las incorporaciones de los indicadores ambientales en instrumentos internacionales y ello permitirá observar el rol que ocupan los indicadores jurídicos, su presencia o ausencia, dentro de los indicadores técnicos ambientales.

El desarrollo sustantivo tanto de los indicadores ambientales como de desarrollo sostenible (IA/IDS), se inicia a finales de la década del 80 en Canadá y algunos países de Europa. El siguiente impulso, más abarcador, correspondió a la Cumbre de la Tierra, que en su Agenda 21 (cap. 40), estipuló la necesidad de contar con información ambiental e indicadores para monitorear el avance en el desarrollo sostenible. Por lo tanto, la Conferencia de Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo (Río de Janeiro, junio 1992) creó la Comisión de Desarrollo Sostenible (CDS), con el objetivo de contribuir a monitorear el progreso hacia el desarrollo sostenible, por lo que dicha Comisión generó un programa de trabajo en IDS que fue importante en el desarrollo de hojas metodológicas y algunos conjuntos de indicadores (Quiroga, 2007).

La CDS de la ONU publicó una lista de cerca de 140 indicadores, que alcanzan las dimensiones social, económica, ambiental e institucional del desarrollo sostenible (CSD, 2001). Es así como:

“Desde ese momento, los indicadores de sostenibilidad adquieren un reconocimiento cada vez mayor como herramientas útiles para la formulación de políticas y la comunicación pública sobre el desempeño de la gestión en problemas clave para las ciudades actuales. Estos indicadores permiten visualizar claramente fenómenos y destacar tendencias hacia objetivos de sostenibilidad; además, tienen la capacidad de sintetizar, cuantificar y comunicar información compleja de una manera simple que facilite la toma de decisiones” (Singh *et al.*, 2009, en Zulaica y Tomadoni, 2015).

Por su parte, el Acuerdo de Cooperación Ambiental de América del Norte, suscripto en 1993 entre México, Canadá y Estados Unidos, creó la Comisión para la Cooperación Ambiental (CCA) y se impusieron ciertas obligaciones y compromisos a los tres países, en relación con la

aplicación de la legislación ambiental. En 1997 la CCA inició un proyecto para estudiar la preparación de indicadores o criterios para evaluar el desempeño de las partes al implantar políticas y programas para la aplicación efectiva de la legislación ambiental (CCA, 1999).

La Comisión Económica para América Latina y el Caribe de las Naciones Unidas (CEPAL) realizó una de las primeras investigaciones sobre indicadores ambientales integrando datos jurídicos, que fue publicada en 2007. Se trató de un estudio para el Instituto del Banco Mundial y la CEPAL implementado en 2003 para Brasil, Argentina y México sobre el respeto, el cumplimiento y la aplicación de la norma ambiental. Sus autores consideran que los indicadores sobre la aplicación y el respeto del derecho ambiental serían instrumentos indiscutibles para la mejora de la gestión ambiental. La unanimidad de las personas encuestadas declararon que un sistema de indicadores favorecería la eficacia del respeto de las normas ambientales (Prieur, 2018). La región avanzó también en la generación de indicadores ambientales, económicos, sociales e institucionales que permitieran evaluar los progresos alcanzados a nivel nacional (CEPAL, 2018, en Di Paola y Castillo Díaz, 2020).

Tras la entrada en vigor en 1999 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, más conocido como Protocolo de San Salvador, la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, con miras a fortalecer los informes periódicos impuestos a los Estados por el art. 19 del Protocolo, decidió encomendar a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) el desarrollo de indicadores de progreso para reducir la brecha entre la realidad y los estándares impuestos. Para ello, la CIDH organizó en octubre de 2005 una reunión de expertos en el marco de la dirección de uno de sus miembros, Víctor Abramovich. Los consultores prepararon un documento sometido a consulta pública, luego aprobado por la CIDH en 2008, titulado “Lineamientos para desarrollar indicadores de progreso en derechos económicos, sociales y culturales”. Este informe respalda el método recomendado por la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, a saber, distinguir los indicadores estructurales,

de proceso e indicadores de resultados. Este informe es el primero en mencionar en particular los indicadores relacionados con los derechos (indicadores de derechos) haciendo referencia a los hechos (Prieur, 2018:28). Esos trabajos se continúan y complementan en 2015 con “Indicadores de progreso para la medición de derechos contemplados en el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales - Protocolo de San Salvador”; y en 2018 se elabora una “Guía para la elaboración y presentación de indicadores de progreso para el Protocolo de San Salvador”.

Posteriormente, el entonces Consejo de Administración del Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente (antes UNEP) elaboró en 2010 las Directrices de Bali para la elaboración de legislación nacional sobre el acceso a la información, participación pública y acceso a la justicia en asuntos ambientales (PNUMA, 2010).

Otro antecedente es la red global The Access Initiative o Iniciativa de Acceso que junto con The World Resources Institute (WRI) o el Instituto de Recursos Mundiales, lleva a cabo el Índice de Democracia Ambiental (EDI), lanzado en 2015, que contempla un sistema de estándares e indicadores vinculados al estado de la legislación en materia de transparencia, derechos de acceso y su cumplimiento. Para ello, analiza 75 indicadores jurídicos que tienen que ver con el desarrollo y la aplicación de la legislación, y 24 indicadores complementarios prácticos que permitan establecer si existe evidencia de que la democracia ambiental se está aplicando en la práctica (TAI, 2015).

El informe titulado “Environmental rule of law. First Global Report” del Programa de las Naciones Unidas por el Medio Ambiente (PNUMA) de 2019 donde establece una necesaria interrelación entre el derecho y los 17 ODS (PNUMA, 2019:227). Asimismo, afirma que “[e]s necesario utilizar una serie de indicadores para medir y comparar los progresos y las medidas de aplicación del derecho ambiental” (Prieur, 2018:236). Y contempla una sección que es la 6-3, dedicada a la importancia de la evaluación permanente del estado del derecho ambiental.

También es preciso mencionar la Declaración Mundial sobre el Estado del Derecho Ambiental, adoptada en Río de Janeiro el 29 de abril de 2016 por el Congreso Mundial de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza (UICN) a iniciativa de su Comisión Mundial de Derecho Ambiental, que muestra claramente que los jueces y la comunidad de abogados ambientalistas están hoy convencidos de que el futuro de la legislación ambiental depende de su efectividad. Se contempla el reconocimiento de los indicadores jurídicos como nuevas herramientas de gestión invitadas en esa tarea.

A lo dicho, también se agrega la decisión del PNUMA 27/9 de 2013 denominada “Impulso de la justicia, la gobernanza y el derecho para la sostenibilidad ambiental” que invita a “impulsar la cooperación internacional, regional y subregional para luchar contra el incumplimiento de las leyes sobre el medio ambiente incluidas, entre otras, medidas para aumentar la eficacia de los mecanismos administrativos, civiles y penales, las instituciones y las leyes en el ámbito del medio ambiente” (ps. 39-40).

Es preciso hacer referencia a la Moción 060 (1) sobre “medir la eficacia del derecho ambiental con indicadores jurídicos” presentada en el Congreso Mundial de la Naturaleza de la IUCN, reunido en Marsella, Francia en noviembre de 2020, que fuera aprobada por 83 estados y 474 ONG.

Como se puede observar en el detalle referenciado, la construcción de indicadores es un proceso en desarrollo amplio y extenso, que ha intentado diferentes vías, materias y análisis. El estado de situación nos permite ubicarnos y consolidar conceptos y análisis en la construcción de los indicadores jurídicos, su vinculación, diálogo y complemento con los indicadores ambientales, de sostenibilidad y de derechos humanos.

IV. Análisis, significado y alcance de los indicadores

En este apartado se pretende profundizar en el análisis y en la búsqueda de un significado y alcance de la noción de indicadores jurídicos

(1) <https://www.iucncongress2020.org/es/motion/060>.

cos que será tomada para el presente artículo. Para comprender el significado y el alcance del concepto de indicador tomamos como punto de partida el sentido etimológico de la palabra, para luego observar los diferentes usos y construcciones teóricas y metodológicas que se refieren por parte de los autores en los diferentes trabajos sobre el tema.

La palabra “indicador” tiene sus raíces en el verbo latino *indicare*, que significa revelar o señalar, anunciar o dar a conocer públicamente, o estimar o poner precio (Hammond, 1995, en INECE, 2002). “Los indicadores pueden ser considerados como piezas de evidencia que brindan información sobre asuntos de mayor interés. Por ejemplo, un indicador ambiental legendario fue ‘el canario en la mina de carbón’. Los mineros traerían un canario enjaulado a una mina de carbón. Si el canario perecía, servía como un ‘indicador’ de que los gases nocivos estaban construyendo un nivel inseguro para los mineros” (INECE, OECD, 2003:4).

Un indicador puede definirse como “[u]na observación empírica que sintetiza aspectos de un fenómeno que resultan importantes para uno o más propósitos analíticos o prácticos. Si bien el término indicador puede aludir a cualquier característica observable de un fenómeno, suele aplicarse a aquellas que son susceptibles de expresión numérica” (ONU, 2004:12). Se trata de variables con información agregada y sintética que reflejan la preocupación social por temas determinados, es la representación valorativa del estado de un fenómeno. Otra definición los señala como “hechos sobre la sociedad expresados en forma cuantitativa que implican una interpretación del avance o retroceso respecto de alguna norma” (Hauser, 1975, cit. por Horn, 1993).

En términos conceptuales, “los indicadores pueden ayudar a entender y estructurar la definición de políticas públicas y la interpretación de tendencias para encontrar soluciones a los problemas, al mismo tiempo en que pueden brindar información relevante sobre los resultados alcanzados por la implementación de dichas políticas (...). Desde el punto de vista operativo, un indicador es una variable que describe características del estado de un sistema a través de datos observados o estimados. Por su

parte, un índice es una agregación cuantitativa de muchos indicadores que proporciona una visión simplificada, coherente y multidimensional de un sistema (Mayer, 2008)” (Canestraro, Zulaica y Arenaza, 2019:2).

Concretamente un indicador jurídico es la evaluación de los procesos del derecho que permiten apreciar su efectividad. Si bien se observan algunos antecedentes, ocurre que no aparecen indicadores jurídicos en las listas de indicadores relativos a los objetivos de desarrollo sostenible (ODS) de Naciones Unidas, así como tampoco aparecen en la Agencia Europea de Medio Ambiente, en la Unión Europea ni en los estados (Prieur, 2018:14).

El Foro de Indicadores de la Red Internacional para la Aplicación y el Cumplimiento Ambiental (INECE) sostiene que “un indicador es una herramienta de evaluación y gestión, útil para fortalecer programas y/o actividades. Podemos considerar a un indicador como a una medida cuantitativa o cualitativa que es usada para demostrar cambios, simplificar información de la realidad, y que puede servir para entender y valorar fenómenos complejos” (Di Paola, 2006:5).

En función de la información que proporcionan, los indicadores jurídicos contribuyen a dar respuestas a problemas y por ende a tomar decisiones de políticas públicas sustentadas en la evidencia empírica de la aplicación e implementación de las normativas ambientales.

V. Metodologías utilizadas

En este acápite, se relevan las metodologías empleadas en el proceso de diseño de los indicadores. Las metodologías que se utilizan también pueden variar en el contenido, alcance y desarrollo, comprendiendo diversos grados de profundidad en el análisis, variedad de temáticas, disciplinas y áreas de conocimientos que involucran. Es por ello que se hace referencia a un sistema de indicadores, donde se conectan diferentes subsistemas, se establecen categorías de indicadores y diferentes clasificaciones. En el marco de estos sistemas nos interesa incorporar el indicador jurídico ambiental como una herramienta de gestión.

Los indicadores pueden entenderse como las células del sistema de indicadores, donde es preciso establecer con claridad las conexiones necesarias para dar funcionalidad al conjunto. En esta tarea es indispensable establecer el objetivo concreto del sistema de indicadores, ¿a quién va dirigido y para qué? El objetivo es diseñar un sistema útil para avanzar en el desarrollo de la política ambiental, dirigido a responsables políticos y a los agentes sociales. Existen diversos esquemas de organización capaces de cumplir con esta tarea.

Los indicadores ambientales que provienen del subsistema natural, se relacionan e interrelacionan a indicadores sociales y económicos que se encuentran vinculados a los problemas ambientales detectados. Quiroga sostiene la existencia de tres generaciones de indicadores: los indicadores de primera, de segunda y de tercera generación (Quiroga, 2007).

Los indicadores de primera generación (1980-actualidad) corresponden a los que habitualmente reciben el nombre de indicadores ambientales que dan cuenta del fenómeno complejo desde un sector productivo (minería, agricultura, sector forestal), o bien desde la singularidad o desde un determinado número de fenómenos constitutivos de la complejidad ambiental (por ejemplo, conteniendo variables de contaminación y de recursos naturales). Estos son imprescindibles para alimentar con rigurosidad la dimensión ambiental de los indicadores de segunda generación (1990-actualidad). Ejemplos de indicadores ambientales: cambios en la superficie de bosque; cobertura de áreas marinas protegidas; proporción de tierras bajo procesos de degradación; evolución en las emisiones de CO₂; contaminación por medio receptor; contaminación por fuente emisora.

La segunda generación de indicadores corresponde al desarrollo realizado desde el enfoque multidimensional del desarrollo sostenible. Se trata aquí de avanzar en el diseño e implementación de sistemas de IDS compuesto por indicadores de tipo ambiental, social, económico e institucional, lo que se ha realizado a la fecha es presentar conjuntamente indicadores provenientes de las cuatro dimensiones, sin que estas realmente se vinculen en forma esencial que es lo que intentan los indicadores de sos-

tenibilidad del desarrollo o de tercera generación. Indicadores de desarrollo sostenible son, de acuerdo con cada dimensión, los siguientes: a) dimensión económica - producción económica per cápita; deuda externa; distribución de ingreso; b) dimensión ambiental - disponibilidad y calidad del agua; cobertura boscosa (deforestación); producción y manejo de residuos; emisores GEI; y c) dimensión social - nivel de educación; acceso a la salud; dimensión de institucionalidad - presupuesto ambiental nacional; acceso a internet.

Los indicadores de tercera generación o de sostenibilidad del desarrollo pretenden trascender las dos generaciones previamente enunciadas, en el sentido de producir indicadores transversales o sinérgicos, que en una o pocas cifras nos permita tener un acceso rápido a un mundo de significados mucho mayor, en los cuales esté incorporado lo económico, social y ambiental en forma transversal y sistemática. Posibles indicadores de sostenibilidad del desarrollo: eficiencia energética de la producción; proporción de energía renovable y limpia (sobre oferta total de energía); intensidad contaminante de la producción (residuos/producción); intensidad material de la producción; sostenibilidad territorial de la producción; suficiencia territorial absorción/manejo residuos; huella ecológica, huella de carbono, huella del agua.

Con algunas similitudes a la propuesta de generaciones de indicadores, pero desde otra lectura puede observarse que existen diferentes tipos de indicadores: técnico-ambientales, de desarrollo sostenible, de derechos humanos y de eficacia.

Dentro de los indicadores ambientales, uno de los más ampliamente utilizados por lo inmediato de su comprensión es aquel en el que trabaja la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), posteriormente adoptado por el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA). Se trata del sistema presión-estado-respuesta (PER), que se basa en una cadena de causalidades donde se entiende que las actividades humanas originan presiones sobre el medio ambiente (indicadores de presión) que modifican la calidad y cantidad de los recursos naturales (indicadores de estado), en virtud de lo cual se produce

una respuesta que tiende a modular la presión (indicadores de respuesta) (Quiroga, 2007). Se utilizarán como ejemplo tres temas: cambio climático, recursos hídricos y biodiversidad.

Los indicadores de cambio de estado o tendencia responden a la pregunta: ¿qué le está pasando al ambiente? Se responde con indicadores de cambio de estado o tendencia biológica o física del ambiente. Estos pueden organizarse de diversas maneras; por preocupación ambiental, ecosistema, etc. El tipo de organización más utilizado es el relativo a las preocupaciones ambientales (OCDE, AEMA, MIMAM): cambio climático (concentración atmosférica de gases de efectos invernadero y variación de la temperatura media global); cantidad de agua (sobrexplotación de acuíferos, superficie con balance hídrico deficitario, recursos disponibles por habitante); biodiversidad (abundantes especies de flora y fauna en áreas vírgenes o el número de especies en peligro). Otros indicadores de estado del ambiente: calidad del aire urbano, calidad de las aguas subterráneas, concentraciones de sustancias tóxicas, etcétera.

Los indicadores de estrés o presión responden a la pregunta: ¿por qué está pasando? Refiere a las causas del problema. En el tema del cambio climático: emisiones de dióxido de carbono (CO₂) y gas metano (CH₄). En el caso de recursos hídricos: alta demanda y uso intensivo en la producción industrial y agropecuaria. Y para biodiversidad: la conversión y fragmentación del uso del suelo.

Los indicadores de respuesta se refieren a la pregunta: ¿qué estamos haciendo? Se trata de las medidas de políticas adoptadas en respuesta al problema ambiental detectado: compromisos internacionales, impuestos sobre el CO₂, tasa de reciclaje y de eficiencia energética, subsidios a las energías alternativas; implementación de política de ahorro y precios al uso del agua para los recursos hídricos; y, para el tema biodiversidad, la declaración de áreas protegidas o zonas rojas en materia de bosques.

Los indicadores de sostenibilidad se encuentran reflejados en la Agenda 2030 de Naciones Unidas, donde se adoptaron en 2015 los 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible, cada uno de ellos contempla sus indicadores [232] y metas

[169]. Estos indicadores sirven de guía para los Estados nacionales y provinciales en la implementación de sus políticas. En la Argentina la Comisión Nacional Interinstitucional de Implementación y Seguimiento de los ODS (CNIIS-ODS) presentó en junio de 2021 el marco de indicadores de seguimiento de las metas de los ODS, intervenciones orientadas al alcance de las metas e inversión presupuestaria en acompañamiento de los esfuerzos programáticos que permite el seguimiento y análisis de los progresos (Consejo Nacional de Coordinación de Políticas Sociales, 2021).

Los indicadores de derechos humanos aportan “informaciones concretas sobre el estado de un acontecimiento, actividad o resultado que pueden estar relacionadas con las normas de derechos humanos; que abordan y reflejan las preocupaciones y principios en materia de derechos humanos y que se utilizan para evaluar y vigilar la promoción y protección de los derechos humanos”. El Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH) impulsó la elaboración de un marco conceptual y metodológico para establecer los indicadores necesarios para vigilar el ejercicio de los derechos humanos que fue emitido en la 20^a reunión de los presidentes de órganos de tratados de derechos humanos, en Ginebra, en junio de 2008 (ACNUDH, 2008). La metodología de los indicadores de derechos humanos se configura en tres tipos: estructurales, de proceso y de resultados.

El principio rector es que para cada derecho, o más bien atributo de un derecho, es importante definir por lo menos un indicador de resultados que pueda vincularse de forma estrecha con la realización o disfrute de ese derecho o atributo.

“Los indicadores estructurales reflejan la ratificación y adopción de instrumentos jurídicos y la existencia de mecanismos institucionales básicos que se consideran necesarios para facilitar la realización de un derecho humano”; los indicadores de proceso “reflejan todas las medidas (programas públicos e intervenciones concretas) que un Estado está adoptando para materializar su intención o su compromiso de alcanzar los resultados que corresponden a la realización de un determinado derecho huma-

no”; y los indicadores de resultado muestran el grado de realización de un derecho humano en un determinado contexto (ACNUDH, 2008).

Este fue el modelo adoptado para la medición de cumplimiento de derechos del Protocolo de San Salvador, entre los cuales se encuentra el derecho a un medio ambiente sano reconocido en su art. 11 (2); a su vez, para organizar el análisis con base en el enfoque de derechos, los indicadores se clasificaron en tres categorías conceptuales: recepción del derecho (3), con-

(2) Art. 11.- Protocolo de San Salvador: 1. Toda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos, y 2. Que los Estados partes promoverán la protección, preservación y mejoramiento del medio ambiente. A partir de esos dos enunciados, y considerando la obligación general de los Estados de tomar medidas para garantizar los derechos consagrados en el PSS sin incurrir en discriminaciones, se deriva que las obligaciones para los Estados respecto del derecho al medio ambiente sano son al menos las siguientes cinco: a) Garantizar a toda persona, sin discriminación alguna, un medio ambiente sano para vivir; b) Garantizar a toda persona, sin discriminación alguna, servicios públicos básicos; c) Promover la protección del medio ambiente; d) Promover la preservación del medio ambiente; y e) Promover el mejoramiento del medio ambiente.

(3) Estructurales: 1. Ratificación y entrada en vigor de acuerdos multilaterales sobre medio ambiente; 2. Consagración en la Constitución del derecho al medio ambiente sano y al acceso a servicios públicos básicos; 3. Existencia de una institucionalidad medio ambiental en todos los niveles de gobierno. Indicadores de Proceso: 1. Si Existen políticas públicas o programas en qué áreas; 2. Existencia de una política ambiental aprobada; 3. Existe un sistema oficial de indicadores de goce efectivo de los derechos al medio ambiente sano y al acceso a los servicios públicos básicos que sirva para el diseño, seguimiento, evaluación y toma decisiones de política pública. Indicadores de resultado: 1. Proporción de la población con acceso sostenible a fuentes mejoradas de abastecimiento de agua, en zonas urbanas y rurales; 2. Proporción de la población con acceso a métodos de saneamiento adecuados, en zonas urbanas y rurales; 3. Proporción de la superficie cubierta por bosques; 4. Porcentaje de áreas afectadas por la degradación ambiental; 5. Porcentaje de áreas afectadas por la desertificación y por erosión del suelo; 6. Relación entre las zonas protegidas para mantener la diversidad biológica y la superficie total; 7. Uso de energía; 8. Emisiones de dióxido de carbono (per cápita) y consumo de clorofluorocarburos que agotan la capa de ozono; 9. Proporción de la población que utiliza combustibles sólidos; 10. Proporción de la población con acceso a cada uno de los servicios públicos

texto financiero y compromiso presupuestario, capacidades estatales; así como tres principios transversales, igualdad y no discriminación, acceso a la justicia, y acceso a la información y participación (OEA, 2018).

La INECE por su parte estableció los denominados “indicadores de eficacia” para evaluar la gestión administrativa y judicial. Se dividen en dos grupos: de gestión y de proceso. Los indicadores de gestión miden *staff*, capacitación, presupuesto, número de causas, equipamiento, registro y estadísticas, publicidad y acceso a la información, servicio jurídico gratuito. Los indicadores de proceso son los siguientes: competencia de cada órgano, tipo y objeto de la acción, objeto particular de la acción, legitimación activa y pasiva, organismos con intervención y formas de intervención, costos del proceso, duración temporal del proceso, medidas cautelares, prueba, fundamentos de la sentencia/dictamen, instancias de apelación, así como utilización de métodos alternativos de resolución de conflictos.

En cuanto a la selección de los indicadores relevantes para el monitoreo de las políticas públicas, esta puede obedecer a distintos enfoques y marcos conceptuales, como son los enfoques del ámbito del desarrollo y del de los derechos. En el primer caso, se buscará medir el desarrollo económico y en el segundo el cumplimiento de derechos en un Estado (Pautassi, 2016). Desde ya, la selección de los indicadores puede perseguir la convergencia de varios enfoques en el monitoreo de la política (Canestraro, Zulaica y Arenaza, 2019). Los indicadores pueden construirse desde un enfoque meramente técnico, desde un enfoque participativo u orientado al ciudadano o puede considerarse un enfoque integrado de complementariedad y convergencia entre los dos enfoques anteriores. En este último sentido, “[e]s importante sumar estrate-

básicos; 11. Emisiones de GEI; 12. Niveles de mortalidad infantil a causa de enfermedad respiratoria aguda; 13. Porcentaje de concentración de contaminantes en el aire al que se ve expuesta la población; 14. Número de vehículos automotores en uso por cada 1000 habitantes; 15. Porcentaje de internaciones hospitalarias por infecciones respiratorias agudas de niños(as) menores de 5 años; 16. Tasa de mortalidad atribuida a la insalubridad del agua, el saneamiento inseguro y la falta de higiene.

gias participativas además del enfoque técnico-científico, a fin de incorporar las aspiraciones de los actores en un contexto determinado” (Canebraro, Zulaica y Arenaza, 2019:10).

Se distinguen a su vez dos enfoques, también llamados escuelas.

- El enfoque comensuralista consiste en un proceso metodológico de construcción de indicadores e índices que se basa en la agregación o sumatoria de variables de diversa índole, utilizando una escala común de valor o contabilización. Se trata de “agregar” una serie de variables dentro de un solo indicador o numerario, forzando varios procesos (con distinta unidad de medida) a coexistir dentro de un mismo “canasto”. Algunos ejemplos conocidos son: índices (índice de sostenibilidad ambiental, índice de desarrollo humano, índice del planeta vivo, índice de bienestar económico sostenible); monetizados (PIB verde, riqueza total, ahorro genuino); de tipo “canasta” (huella ecológica, espacio ambiental).

- El enfoque sistémico es un proceso metodológico de construcción de una serie o un grupo de indicadores (ya sean ambientales o de desarrollo sostenible), que en su conjunto muestra el estado y las principales tendencias sobre un determinado fenómeno relevante de sostenibilidad y da cuenta de los principales procesos que se desea comprender para tomar mejores decisiones. Trabajando con este enfoque no se incurre en los problemas metodológicos y axiológicos de la inconmensurabilidad y se prescinde de los problemas de agregación. Es por este motivo que los gobiernos prefieren optar por esta metodología de sistemas de indicadores.

Una vez definido el enfoque conceptual y metodológico del indicador que se pretenda utilizar, es preciso determinar la escala que se empleará en el análisis, sea internacional o nacional, y en el caso del estado federal de gobierno de la Argentina habrá que establecer si el indicador es para relevar datos provinciales o locales. También se propone articular la distinción entre indicadores estructurales, de proceso y de resultados empleada para la medición de los progresos en derechos humanos, en el caso de los indicadores jurídicos.

VI. Algunas reflexiones finales sobre la construcción de indicadores para nuestro análisis

El término “indicador” es utilizado por distintas disciplinas y en diversos contextos, en general dando cuenta de su importancia y las dificultades por las que se atraviesa al momento de su elaboración; pero también de la envergadura y eficacia que significa contar con ellos.

Como se puede observar, existen (en estos autores) tres modalidades “tipo” donde se expone la noción de indicador: a) la operacionalización, b) la medición y c) la elaboración de la matriz de datos.

Si nos atenemos al nodo conceptual que sirve de punto de apoyo central en la construcción teórica de la noción de indicador los “tipos” posibles que se encuentran son: a) dato, b) variable y c) concepto.

En relación con los puntos de partida del procedimiento para la construcción de indicadores, el panorama es bien diverso. Algunos dan importancia al mismo problema de investigación, otros a las definiciones conceptuales de las variables, mientras que otros parten de las preguntas realizadas a los individuos y, finalmente, están aquellos que lo sitúan como un paso intermedio para la elaboración de índices inscriptos en el proceso de medición.

Si seguimos avanzando de lo general hacia lo particular, un indicador en el ámbito del derecho será aquel que proporciona información relevante para el jurista, pero no solo para él/ella, también para instancias judiciales, políticas y legislativas y por supuesto para el conjunto de la sociedad. Hay sin embargo, algunas particularidades en las normas jurídicas, que merecen una especial consideración. Al momento de construir indicadores para observar el cumplimiento del derecho a un ambiente sano, lo primero a seleccionar es el ámbito de estudio (internacional, regional, nacional, provincial, municipal) a efectos de delimitar el marco normativo ambiental aplicable; una vez definido el ámbito, es preciso identificar el área específica que se pretende abordar con el indicador jurídico, luego se deberán identificar las dimensiones que serán tomadas en consideración (dimensión

jurídica, política, administrativa, institucional, económica, participativa) y asimismo en cada dimensión se tendrán que fijar las variables e indicadores a observar (4).

El análisis de los marcos normativos vigentes en materia ambiental para la construcción de indicadores requiere pensar lo jurídico, político e institucional como contexto de la normativa objeto de análisis, su vigencia, implementación entre otros aspectos, un verdadero desafío de trabajo.

VII. Bibliografía

ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, "Informe sobre los Indicadores para Promover y Vigilar el Ejercicio de los Derechos Humanos", HRI/MC/2008/3, 2008.

CANESTRARO, M. L. - ZULAICA, M. L. - ARENAZA, M. S., "Hacia la construcción de indicadores habitacionales: principios y criterios desde el enfoque de derechos", *Revista Latinoamericana de Metodología de las Ciencias Sociales*, 9, 2019, e062, disponible en <https://doi.org/10.24215/18537863e062>.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, "Lineamientos para la elaboración de indicadores de progreso en materia de derechos económicos, sociales y culturales", OEA/SER.L/V/II.132, 2008.

CONSEJO NACIONAL DE COORDINACIÓN DE POLÍTICAS SOCIALES, "Objetivos de Desarrollo Sostenible, Metas priorizadas e Indicadores de seguimiento". Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2021, 1ª ed.

DI PAOLA, M. Eugenia - CASTILLO DÍAZ M. Laura, "Principio 10: de Río 92 a Río+20. América

Latina y el Caribe. ¿Qué 20 años no es nada?", en PRIEUR, M. - SOZZO, G. - NAPOLI, A. - DE MIGUEL, Carlos *et al.*, *Acuerdo de Escazú. Hacia la democracia ambiental en América Latina y el Caribe*, Universidad Nacional del Litoral, CIDCE, FARN, 2020.

DI PAOLA, María E. - DUVERGES, Dolores M., ESAIN, José A., "Indicadores sobre justicia y ambiente", Ed. Fundación Ambiente y Recursos Naturales, Buenos Aires, 2006. <http://www.climasig.es/metod1.html>.

INECE-OECD, "Workshop on Environmental Compliance and Enforcement Indicators: Measuring What Matters", INECE Expert Working Group on Environmental Compliance and Enforcement Indicators, 2003.

JULIÁ, Marta S., "Derecho de acceso a la información y a la participación en materia ambiental", Separata del Anuario VII del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, Ed. Lerner, Córdoba, 2002, ps. 109-120.

JULIÁ, Marta S., "Los presupuestos mínimos y el nuevo orden jurídico ambiental en Argentina", Ed. Advocatus, Córdoba, 2016.

KINGSBURY, Benedict, "Indicadores y derecho", *25 International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 2014, ps. 9-16.

MANTEIGA, Lola, "Los indicadores ambientales como instrumento para el desarrollo de la política ambiental y su integración en otras políticas", Estadística y Medio Ambiente, Instituto de Estadística de Andalucía, Sevilla, ES, 2000.

OEA, "Indicadores de progreso para la medición de derechos contemplados en el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales 'Protocolo de San Salvador'", Washington DC, 2015.

OEA, "Guía para la elaboración y presentación de indicadores de progreso para el Protocolo de San Salvador", Preparado por el Programa Universitario de Derechos Humanos de la Universidad Nacional Autónoma de México para el Grupo de Trabajo para el Análisis de los

(4) Un estudio de las principales variables e indicadores que permiten observar sistemáticamente los principales aspectos de las leyes de presupuestos mínimos de protección ambiental en nuestro país se realizó en PÉREZ CUBERO, Ma. Eugenia *et al.*, "La discusión de los presupuestos mínimos ambientales: Significado y alcance como nuevo material normativo en el sistema jurídico argentino", en JULIÁ, Marta S., Los presupuestos mínimos y el nuevo orden jurídico ambiental en Argentina, Ed. Advocatus, Córdoba, 2016.

Informes Nacionales previstos en el Protocolo de San Salvador, Washington DC, 2018.

ONU, "Anuario estadístico de América Latina y el Caribe" (LC/G.2224-P), CEPAL, Santiago, Chile, 2004.

PAUTASSI, L., "Indicadores de progreso para medir derechos sociales: un nuevo escenario para las políticas públicas en América Latina", en MUÑOZ-POGOSSIAN, B. - BARRANTES, A. (eds.), *Equidad e inclusión social: superando desigualdades hacia sociedades más inclusivas*, Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, Washington, 2016, ps. 35-57.

PÉREZ CUBERO, Ma. Eugenia, "Sobre la aplicación de las TIC en la gestión pública ambiental: El caso de la implementación de políticas públicas sobre Información Ambiental en Argentina", *Revista Hispano-Americana de Sistemas, Cibernética e Informática*, Florida - International Institute of Informatics and Systems, vol. 14, nro. 1, 2017, ps. 7-13, disponible en [http://www.iiisci.org/journal/CV\\$/risci/pdfs/CA408GD16.pdf](http://www.iiisci.org/journal/CV$/risci/pdfs/CA408GD16.pdf).

PÉREZ CUBERO, Ma. Eugenia, "La entrada en vigencia del Acuerdo de Escazú", en JULIÁ, Marta S. (dir.) - BIZARRO, Valeria - VILLALBA, Ma. Eugenia, *Boletín Ambiental* nro. 2, Universidad Católica de Córdoba, Córdoba, 2021.

PNUMA, "Directrices para la elaboración de legislación nacional sobre el acceso a la información, la participación del público y el acceso a la justicia en asuntos ambientales", Organización de las Naciones Unidas, Nueva York, 2010.

PNUMA, "Impulso de la justicia, la gobernanza y el derecho para la sostenibilidad ambiental", decisión 27/9, 27th session of the Governing Council/ Global Ministerial Environment Forum. UNEP/GC.27/9/Add.1. Nairobi, 2013.

PNUMA, "Environmental Rule of Law. First Global Report", Nairobi, 2019.

PRIEUR, Michel, "Les indicateurs juridiques. Outils d'évaluation de l'effectivité du droit de l'environnement", Institut de la Francophonie pour le Développement Durable (IFDD), Québec, Canadá, 2018.

PRIEUR, Michel, "La aplicación del Acuerdo de Escazú: la Conferencia de las Partes y el Comité de Apoyo a la Aplicación y el Cumplimiento", en PRIEUR, M. - SOZZO, G. - NAPOLI, A. - DE MIGUEL, Carlos *et al.*, *Acuerdo de Escazú. Hacia la democracia ambiental en América Latina y el Caribe*, Universidad Nacional del Litoral, CIDCE, FARN, 2020.

QUIROGA MARTÍNEZ, Rayén, "Indicadores ambientales y de desarrollo sostenible: avances y perspectivas para América Latina y el Caribe", Serie Manuales nro. 55, División de estadísticas y proyecciones económicas, Naciones Unidas, Comisión Económica para América Latina (CEPAL), Santiago, CHI, 2007.

QUIROGA MARTÍNEZ, Rayén, "Guía metodológica para desarrollar indicadores ambientales y de desarrollo sostenible en países de América Latina y el Caribe", Comisión Económica para América Latina y el Caribe, Santiago de Chile, 2009. http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/5502/1/S0900307_es.pdf.

SAMANIEGO, José L. - DE MIGUEL, C., "Acceso a la información, la participación y la justicia en asuntos ambientales en América Latina y el Caribe: hacia el logro de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible", LC/TS.2017/83, CEPAL, Santiago, Chile, 2018.

THE ACCESS INITIATIVE, "Índice de Democracia Ambiental", 2015, disponible en https://environmentaldemocracyindex.org/about/Indicator_and_scoring.

THERBURG ALMUT D'INCA, Verónica - LÓPEZ, Mariela, "Modelo de indicadores ambientales. Observatorio ambiental", *Revista Proyección* nro. 3, Ed. CIFOT, Facultad de Filosofía y Letras, Universidad Nacional de Cuyo, 2002, disponible en <http://bdigital.uncu.edu.ar/objetosdigitales/3152/therburgdincalopezproyeccion3.pdf>.

ZULAICA, Laura - TOMADONI, Micaela, "Indicadores de sostenibilidad ambiental en el periurbano de la Ciudad de Mar del Plata, Argentina", *Anales de Geografía de la Universidad Complutense*, Universidad Complutense de Madrid, 2015, vol. 35, nro. 2, ps. 195-216.

La información en el ordenamiento ambiental del territorio

Luis G. Escobar Blanco (*)

Mariano Talquenza (**)

Sumario: I. Introducción.— II. Las escaleras y el tiempo.— III. La información en el territorio.— IV. El Acuerdo de Escazú como presupuesto mínimo imprescindible para concretar la política de ordenamiento ambiental del territorio (OAT).— V. Conclusiones.

I. Introducción

El avance histórico iniciado con el principio republicano de publicidad de los actos de gobierno y seguido por el derecho a la información, luego continuado por el derecho humano a la información y acceso a la información, muestra un iter histórico constante desde las constitucionales liberales, su regulación en el derecho objetivo, su valorización internacional como derecho humano, hasta su evolución en las nuevas constituciones.

Este es un tema antiquísimo, que inicia en 1766 cuando se dicta ley sueca para la libertad de prensa y del derecho de acceso a las actas públicas, pergeñada por el diputado Anders Chydeniu (1). Y culmina cuando se garantiza su aplicación mediante el acceso a la información ambiental, con el enorme hito del Acuerdo de Escazú y su ratificación por las naciones ame-

ricanas (2). Por otra parte, la minería de datos irrumpe con un enfoque novedoso sobre el valor de la información pública.

Desde el campo de lo jurídico, el enfoque trialista del derecho —valores, normas y conductas— es útil para encarar la cuestión. Revela la necesidad de comprender el fenómeno complejo consistente en sembrar la información en el terreno, de un modo cualitativo y cuantitativo, que haga germinar la comunicación —Lucas 8:13-15— (3), con la perseverancia imprescindible para que florezca la democracia en un territorio ambientalmente ordenado, sin dejar a nadie atrás.

El pueblo que tiene más conocimiento de los actos que realizan sus representantes accede a un mejor control social sobre quienes ejercen el poder de turno, superando la advertencia de Thomas Hobbes: “las masas sin educación son fácilmente influenciadas por la lisonja y la adulación de los políticos” (Baños, 2020, p. 84). Hoy, Escazú de por medio, se puede agregar que los grupos vulnerables y los seres humanos desinformados e insensibilizados, difícilmente pueden ejercer su derecho humano al desarrollo en un estado ambiental de derecho.

(*) Abogado especializado en Derecho Ambiental; profesor titular de Derecho Ambiental —Sede Este— y profesor asociado de Derecho a la Información; investigador y director de tesis (Universidad de Congreso, Mendoza).

(**) Profesor titular de Derecho a la Información; investigador y director de tesis (Universidad de Congreso, Mendoza).

(1) BONILLA, Samuel, "250 años de la primera ley de libertad de información", Universidad Iberoamericana de Puebla, "Con los Ojos Abiertos" observatorio de transparencia, Puebla, México, 2016, disponible en <http://archivo.conlosojosabiertos.org.mx/index.php/secciones/opinion/item/250-anos-de-la-primer-ley-de-libertad-de-informacion>.

(2) CAFFERATTA, Néstor, "El acceso a la justicia ambiental. Acuerdo de Escazú", Universidad de Congreso, Mendoza, 21/12/2020, disponible en https://www.youtube.com/watch?v=dWN9LffWwZg&feature=emb_logo.

(3) Biblia, Lucas 8:13-15, disponible en <https://www.biblestudytools.com/bla/lucas/passage/?q=lucas+8:13-15>.

La cuestión a indagar es el fenómeno de la información y su acceso, paso previo a su mejor regulación y aplicación de la normativa, como pilar de la más transparente y democrática eco-república.

II. Las escaleras y el templo

“Es urgente que una escalera permita el acceso al templo, si no permanecerá desierto. Pero solamente el templo es importante” (4).

La información que hay en el templo resulta inalcanzable sin los peldaños, consistentes en la publicidad de los actos de gobierno como principio de rango constitucional, el derecho humano a la información como principio convencional; y como micro sistema de rango infraconstitucional el derecho de la información en lo sustancial y en lo instrumental el acceso a la información.

II.1. Concepto de información

La Ley Modelo Interamericana es un compromiso mandatorio de alcance regional (5) que por información entiende: “art. 1º (...) inc. d) cualquier tipo de dato en custodia o control de una autoridad pública”. El objeto es “la más amplia aplicación posible del derecho de acceso a la información que esté en posesión, custodia o control de cualquier autoridad pública” (art. 2º), sobre la base del principio de máxima publicidad, con pocas y precisas excepciones. Incluye los datos significativos que se presenten en cualquier soporte y aunque sean producidos por privados o se encuentren en su poder, si están sujetos a control de una autoridad pública.

El Acuerdo de Escazú, ratificado por ley 27.566, trae una definición especializada en su art. 2º, inc. c): “por ‘información ambiental’ se entiende cualquier información escrita, visual, sonora, electrónica o registrada en cualquier otro formato, relativa al medio ambiente y sus

(4) SAINT-EXUPÉRY, Antoine de, "Ciudadela", Ed. Alba, Barcelona, 2017, 1ª ed., p. 57.

(5) OEA, AG/RES. 2607 (XL-O/10), “Ley modelo Interamericana sobre acceso a la información pública”, aprobada en la 4a. sesión plenaria, celebrada el 08/06/2010, Washington, Estados Unidos, 2010, p. 5, disponible en http://www.oas.org/dil/esp/AG-RES_2607-2010.pdf.

elementos y a los recursos naturales, incluyendo aquella que esté relacionada con los riesgos ambientales y los posibles impactos adversos asociados que afecten o puedan afectar el medio ambiente y la salud, así como la relacionada con la protección y la gestión ambientales”.

II.2. La publicidad de los actos de gobierno

Esta es una cualidad derivada del principio republicano de gobierno, formalmente cumplido, mediante los boletines oficiales que publican leyes y decretos, para tenerlos por legalmente obligatorios. Fue un logro de las constituciones liberales decimonónicas, pero dejó fuera del escrutinio público amplios sectores de actividad administrativa, celosamente ocultados por la burocracia.

En el siglo XX, la pauta oficial se usó como herramienta de presión para domeñar a la prensa y obnubilar al pueblo con una publicidad amañada de los actos de gobierno. Ejemplo de esto es el precedente “Editorial Río Negro SA c. Provincia del Neuquén s/ acción de amparo” (6) destacando la importancia de los valores democráticos y republicanos en la gestión de publicidad oficial. La Suprema Corte argentina fue galardonada con “Gran Premio Chapultepec” de la Sociedad Interamericana de Prensa, por los considerandos emitidos en este fallo (7).

II.3. Derecho de la información

Debe diferenciarse el derecho de la información, que es una rama que pertenece al campo de las ciencias jurídicas e informativas (8).

La relación entre comunicación y comunidad es tan estrecha como lo es su relación con las

(6) CS, "Editorial Río Negro SA c. Neuquén, Provincia del s/ acción de amparo", 2007, E.I.XXXIX originario, Fallos 330:3908, AR/JUR/4355/2007.

(7) CUAREZMA TERÁN, Sergio J. - PICHARDO, Rafael L (dirs.), "Nuevas tendencias del derecho constitucional y el derecho procesal constitucional", Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ), República Dominicana, 2011, p. 183.

(8) GÓMEZ MALLEA, Antonio, "El derecho de la información como marco general de la libertad de expresión de los periodistas", Universidad Católica Boliviana, *Punto Cero* vol. 18, nro. 26, ene-jun 2013, p. 38.

ciencias sociales, especialmente con el derecho de la información:

- La norma jurídica se convierte en ley recién cuando es publicada.

- El reclamo del titular del derecho solo es posible cuando está informado, como debe estarlo también la autoridad o particulares que deben respetarlo o cumplirlo (9).

Esta dialéctica *ius societatis et communicationis* fue identificada por el filósofo Vittoria en el siglo XV, sentenciando que la persona que rechazara la comunicación “dejaría de ser hombre” (10). En este siglo XXI puede decirse que deja de ser persona con derechos, deberes y obligaciones ante la comunidad, lo que constituiría toda una aberración jurídica. En los hechos esto acaece por la desinformación a la que se somete a los grupos vulnerables, excluyéndolos e invisibilizándolos.

La Cumbre para la Tierra de 1992 consagra y la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible (Río de Janeiro, junio de 2012) reafirma el Principio 10:

“El mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todos los ciudadanos interesados”.

Los Estados tienen el deber de:

- dar acceso adecuado a la información ambiental en poder de las autoridades públicas, especialmente actividades peligrosas;

- brindar oportunidad de participar en los procesos de adopción de decisiones;

- fomentar la sensibilización y participación pública;

- proporcionar acceso efectivo a los procedimientos judiciales y administrativos, especialmente en materia de daño ambiental.

(9) DESANTES GUANTER, José, "Derecho de la información e Información del Derecho", Universidad Complutense de Madrid, *Documentación de las Ciencias de la Información*, vol. 2 (1978), p. 22, 01/01/1978, disponible en <https://dx.doi.org/10.5209/DCIN>.

(10) DESANTES GUANTER, José, "Los mensajes simples en el 'ius communicationis' de Francisco de Vitoria", Universidad de Navarra, *Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, nro. 20, 1989, p. 192.

Así se cualifica el paradigma del desarrollo sustentable con el principio de la información y participación pública (11).

II.4. Derecho humano a la información

Tiene su raíz en el art. XI Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789, que expresa que “la libre comunicación de los pensamientos y de las opiniones es uno de los derechos más preciosos del Hombre”. Su consagración inicia con la Declaración Universal de los Derechos Humanos —ONU, 1948— en su art. 19 (12), pasa por la Convención Americana sobre Derechos Humanos —Pacto de San José de Costa Rica, OEA, 1969— en su art. 13.1 y culmina en forma expresa con la Ley Modelo (13).

II.5. Acceso al derecho a la información

El Principio 1º establecido por el Comité Jurídico Interamericano —OEA, 2008— establece que “[t]oda información es accesible en principio. El acceso a la información es un derecho humano fundamental que establece que toda persona puede acceder a la información en posesión de órganos públicos, sujeto solo a un régimen limitado de excepciones, acordes con una sociedad democrática y proporcionales al interés que los justifica. Los Estados deben asegurar el respeto al derecho de acceso a la información, adoptando la legislación apropiada y poniendo en práctica los medios necesarios para su implementación”.

(11) MORAGA SARRIEGO, Pilar L., "Principio 10 y desarrollo eléctrico: Participación y acceso a la justicia en miras a la implementación de tribunales especializados", *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, vol. 39, nro. 2 (2012) p. 292, doi: 10.4151/ISSN.07186851.

(12) COTINO HUESO, Lorenzo, "El reconocimiento y contenido internacional del acceso a la información pública como derecho fundamental", Universidad Nacional de Educación a Distancia de España, Facultad de Derecho, *Revista Teoría y Realidad Constitucional*, nro. 40, 2017, ps. 279-316.

(13) OROZCO HENRÍQUEZ, Jesús *et al.*, "El derecho de acceso a la información pública en las Américas: estándares interamericanos y comparación de marcos legales", OEA CIDH, Inter-American Commission on Human Rights, Office of the Special Rapporteur for Freedom of Expression, OEA/Ser.L/V/II CIDH/RELE/INF/7/12, 2011.

En otros principios, establece como obligatorio permitir el acceso a la información en todos los niveles de gobierno —ejecutivo, legislativo y judicial—. Abarca toda información significativa con limitadas excepciones. Y lo importante es que los órganos públicos deben difundir información sobre sus actividades de forma rutinaria y proactiva.

Parafraseando a Saint Exupéry, el acceso a la información amparado por el derecho de la información es lo urgente, el derecho humano a la información acunado por los principios republicanos y democráticos es lo importante... y lo esencial es que el templo se llene de personas que saben que pueden participar y aportar a la comunidad. Con este enfoque es interesante ver la equiparación del concepto de acceso que promueve el Acuerdo de Escazú, al definir en el art. 1º, inc. a), que “por ‘derechos de acceso’ se entiende el derecho de acceso a la información ambiental, el derecho a la participación pública en los procesos de toma de decisiones en asuntos ambientales y el derecho al acceso a la justicia en asuntos ambientales”.

II.6. Más allá de “El Pueblo quiere saber de qué se trata”

El clamor del pueblo de Buenos Aires ante el Cabildo en 1810 (14) se suma a los principios de Lincoln en su breve discurso de Gettysburg.

¿Por qué exigir información? ¿En qué puedo usar la información recibida? ¿Para qué comunicarse? La respuesta a esta última pregunta contesta las demás: para participar en la gestión del bien común y esta noción genérica —que es el fin último del Estado—, se concreta en el resultado de proyectos que aseguren y amplíen la renta social ambiental, territorial e hídrica, con perspectiva de género en un estado ambiental de derecho.

La dialéctica *ius societatis et communicatio-nis* se asienta sobre la metodología de reflexión colectiva continua, necesaria para el proceso de planificación de estrategias de desarrollo territorial. Impone un ejercicio de humildad a los intelectuales, tolerancia a la gente y respeto de

(14) RIVAS, Jorge, "El pueblo sabe de qué se trata", *Página/12*, 26/05/2011, disponible en https://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/subnotas/168874-53848-2011-05-26.html?gclid=CjwKCAjw9r-DBhBxEiwA9qYUpXhMhplUmnpJOH5MgCuGMiZQt9oODTaiEhtCYDoM_yhpeyi-RwMf-RoCpQUQAvD_BwE.

la autoridad a los principios democráticos y republicanos. La secuencia del procedimiento informativo, reflexivo y participativo, se produce *ex ante*, durante y *ex post*: desde que se concibe hasta que se controla el proyecto.

El habitante se informa para actuar, en su carácter de afectado por un futuro emprendimiento o política de una autoridad o una empresa. La renta social en su aspecto ambiental y territorial es introducida por la ley 8051 de Ordenamiento Territorial y Usos del Suelo de la provincia de Mendoza (LOT y US 2009). Provee un concepto que permite mensurar la efectivización del derecho a un ambiente sano, previsto por el art. 41 de la CN y los tratados internacionales (CNA, 1994). El acceso a la información por vía de audiencia o consulta pública —o en cualquier otra oportunidad— abastece de insumos para que los gestores estatales comprendan, valoren, el aporte comunitario y evalúen democráticamente cuanto contribuye un proyecto al desarrollo humano (15).

La información permite el control posterior de la obra o política pública, su aporte al desarrollo humano, a la ampliación del espacio público, a la distribución equitativa del ingreso, a la satisfacción de las necesidades básicas insatisfechas, al nivel de educación y capacitación de los recursos humanos, al nivel de formalidad del empleo y a la calidad de vida de los habitantes. El éxito de la gestión se mide por la renta social obtenida por los habitantes y la ausencia de conflictos.

III. La información en el territorio

III.1. Los criterios de transferencia de la información a la comunidad

Las autoridades estatales y los directores de los medios de difusión son quienes definen los parámetros aplicables que facilitan —u oscurecen—, el discernimiento de la información.

(15) ESCOBAR BLANCO, Luis *et al.*, "La renta social ambiental y territorial apuntes para su construcción mediante la prospectiva estratégica: aportes de los gestores municipales - Unidad de Gestores Municipales - GAMLP - Municipio de la Paz", en SAAVEDRA MOGRO, Marco A. (coord. gral.) - AGUILAR TORRICO, Tatiana L. (ed.), *La planificación y la prospectiva, hoy: Innovaciones para el fortalecimiento de la capacidad de gobernar y para la toma de decisiones*, publicación coauspiciada Fundación Hanns Seidel, La Paz, 2018, p. 183.

Aposentar la información en el terreno requiere conocimiento práctico del fenómeno, con un enfoque transdisciplinario que indague las relaciones entre la estructura social y los comunicadores, en esta era en la que el *homo videns* parece haber sustituido al ciudadano (16).

Los criterios de transferencia se sujetan —entre otros— a los siguientes factores:

- *Consecuencias en la formación y funcionamiento de la opinión pública:*

Debe existir una clara determinación de las pautas de importancia asignada a la información; y las prioridades establecidas deben ser públicas, transparentando cómo se construye la agenda. La jerarquización de la relevancia de dichos temas y la capacidad de discriminación temática que luego manifiestan los individuos forma la agenda del público —*setting function of mass communication*—. El poder de los medios de comunicación para influir en el grado de atención pública sobre un tema lo resume Cohen al afirmar que “a veces pueden no ser exitosos en comunicarles a sus lectores qué pensar, pero son increíblemente exitosos en comunicarles en qué pensar” [Cohen (17) cit. por McCombs y Shaw, 1972, p. 177] (18). La influencia sobre la percepción colectiva sobre los temas cotidianos importantes deriva de la acción de profesionales de la comunicación al servicio de autoridades y empresas —*gatekeeper*—, que asignan la relevancia y permanencia de la noticia y el tratamiento de la información contenida, formato que ha sido resquebrajado con la aparición de los *influencers* —especie de *newsmaking*— (19),

abriendo otras vías, porque “la noticia es una ventana al mundo (...) la noticia tiende a decirnos qué queremos saber, qué necesitamos saber y qué deberíamos saber” (20). Cada noticia es un *collage* de percepciones estructurado por el emisor que comunica a los consumidores generales y también a los implicados en los hechos que se informan. El receptor es colocado en el rol de consumidor de noticias, con lo que se determinan variables claves y se estructuran procesos que pueden resultar beneficiosas o fatales para el funcionamiento del estado ambiental de derecho.

- *Efectos resultantes de la distribución social de la información pública:*

La información pública obedece a pautas sociales para llegar a los distintos sectores socioeconómicos, profesionales y culturales, a fin de facilitar el uso y prever la incidencia en cada sector de la captación de determinado tipo de información, conforme al medio y el soporte utilizado para difundirla.

La *gap hypothesis* revela que el conocimiento en una sociedad compleja se acumula geoméricamente mediante la información —al igual que el poder o el dinero—, fragmentado desigualitariamente los sectores sociales medios bajos y bajos. Aunque accedan a la misma información, por cultura y educación formal los primeros están más capacitados para discernirla, porque disponen de distintas habilidades comunicativas y adquieren conocimientos con diversa intensidad. “Un distanciamiento en cuanto al conocimiento entre segmentos dentro del sistema total es ciertamente posible ya que el poder social está basado, en parte, en el conocimiento; una relativa privatización del conocimiento puede provocar una relativa privación del poder (...). Se producirá un distanciamiento entre los sectores socioeconómicos por lo que se refiere a la disposición de los conocimientos, lejos de cualquier iguala-

(16) FERNÁNDEZ, Maximiliano - TARDIVO, Giuliano, "La sociología de la comunicación y la *mass communication research*: tradición y actualidad", Universidad del Zulia, Espacio Abierto Cuaderno Venezolano de Sociología, 25 años de Sociología vol. 25, jul.-sep. 2016, ps. 135-137.

(17) COHEN, Bernard, "The Press and Foreign Policy", Princeton University Press, 2016 (originally published in 1963).

(18) PETRONE, Facundo, "Estudio de agenda *setting*: Conceptos, metodología y abordajes posibles", Universidad de Buenos Aires, V Jornadas de Jóvenes Investigadores - Instituto de Investigaciones Gino Germani, Facultad de Ciencias Sociales UBA, Buenos Aires, 2009, p. 2.

(19) RETEGUI, Lorena, "La construcción de la noticia desde el lugar del emisor. Una revisión del *newsmaking*",

UNAM, *Revista Mexicana de Opinión Pública*, año 12, nro. 23, jul.-dic. 2017, p. 105.

(20) TUCHMAN, Gaye - TUCHMAN, Barbara, "Making News: A Study in the Construction of Reality", *Free Press*, New York, 1978, ps. 16-17.

ción producida libremente, o por autorregulación, en el sistema social” (21).

- *La identidad cultural como indicador en efectividad de la comunicación:*

Un conjunto de símbolos comunes —que encarnan los valores, creencias y mitos— definen modos de comportamiento y dan cohesión al grupo humano por su sentido de pertenencia. La interpretación y puesta en la realidad de los símbolos multívocos que conforman la identidad cultural requiere de un consenso cotidiano.

El poder político debe desarrollar un fino tacto para entender cuál es la concepción predominante identificando objetivamente los indicadores de tendencias significativas. Estos símbolos tienen interpretaciones positivas y negativas —o mezcladas en zonas grises— dentro de los procesos socioambientales y territoriales. Es tarea del gestor de políticas públicas incentivar el aspecto valioso y desalentar lo disvalioso, mediante un tratamiento del mensaje que comprenda la desigual recepción por los sectores socioeconómicos aludidos, con respeto por la diversidad y tradición cultural, especialmente de los colectivos vulnerables cuya subcultura se asienta en una simbología frágil y con matices locales.

Como contrapartida, en la población y principalmente en los actores destacados *stakeholders*, debe abundar la tolerancia a los subgrupos que eligen una interpretación minoritaria dentro de la multivocidad del símbolo. Esta tolerancia redundante en la integración de cada persona, porque individualmente todos en algún momento pertenecen a una minoría y es preciso que los “otros”, que forman la mayoría circunstancial, sientan respeto y —sí es posible— se sientan orgullosos de pertenecer a una sociedad que es capaz de mostrar tantas vertientes y sentir las como propias del todo.

Se trata de infundir la sensación de unión que amalgama fortaleciendo de la capacidad social, como medio para lograr una integración justa y la convivencia democrática. Unión que significa

respeto de la diversidad y búsqueda permanente de consenso, alejada de la unidad que implica la uniformidad del pensamiento único.

III.2. La implantación de la información en el territorio

Democracia e identidad cultural son conceptos vivos, presentes en la conducta de quienes interactúan en la sociedad, sea como individuos o parte de una minoría. El cuenco formal —derecho de la información— se llena con el sustento material —derecho humano a la información—, catalizado por un acceso a la comunicación —más que a la información—, que se adecúa al receptor mediante símbolos homogéneos. Estas representaciones son guías para la acción y orientan las relaciones sociales, arribando a un conocimiento de construcción colectiva, vinculado a un objetivo práctico que incardina una organización significativa —efímera o con alguna permanencia— que determina los comportamientos como respuesta a su entorno físico y social (ABRIC, 2001, ps. 5-13).

III.3. La cercanía comunicacional de los hacedores de políticas y los afectados

El fin del siglo XX y las crisis del XXI han acelerado los procesos de descentralización, lo que implica que la presión en las crisis recae cada vez más sobre los gestores comunales. El estado central se distancia de los conflictos y los municipios tienen que dar respuestas más amplias, sin recursos y capacidades técnicas. Afrontan sus deberes clásicos —servicios urbanos tradicionales— y se les ha cargado la salud y asistencia a grupos de riesgo, entre otros (22).

La pandemia de COVID-19 ha sacado a la luz lo que era un secreto a voces.

Los actores locales se han visto compelidos desde hace unas décadas a asumir nuevos deberes entre los que se encuentra hacerse cargo de informar, formar y comunicar y comunicarse. Es un hecho consumado que los gestores municipales son el nervio del *ius societatis* et

(21) SAPERAS, Enric, "Efectos cognitivos de la comunicación de masas", Ed. Ariel, Barcelona, 1987, ps. 116-119.

(22) GARCÍA DELGADO, Daniel (comp.), "Hacia un nuevo modelo de gestión local Municipio y Sociedad Civil en Argentina", FLACSO - Oficina de Publicaciones del CBC, La Plata, 1997, ps. 7-11.

communicationis, la democracia representativa formal —sin desaparecer— cede terreno frente a la democracia tribal, en la que el dirigente local nuclea un sector de la comunidad. Frente a estos solo se yergue la videocracia.

La cuestión de insertar adecuadamente la información en el territorio adquiere relevancia para mantener sano el tejido eco social —en general— y las caleidoscópicas tramas locales.

III.4. Antes de Escazú y más allá de Escazú

Una vez pasada la justificada alegría por la ratificación de este magnífico acuerdo, queda afrontar el reto de tornar operativas sus cláusulas y el desafío de llenar de contenido a los instrumentos que provee, juntamente con los que ya existen en el derecho interno.

La raíz de Escazú se encuentra en el Principio 10 del Acuerdo de Río de 1992, que establece el deber de sensibilizar y de poner la información al alcance de todos. Esto pone color al mandato del art. 1º del Acuerdo de Escazú: dar acceso a la información implica materializar el conocimiento conforme a la cultura y la instrucción de quien lo recibe, con la finalidad de participar activamente en la toma de decisiones y control de su ejecución, atendiendo a compensar el “efecto Mateo”, evitando enojosas desigualdades (23). El art. 1º de Escazú, iluminado por el Principio 10, es una senda de doble vía que se transita con respeto y humildad para hacer efectivo el acceso a la información, materializando el derecho humano a la información; y como antes se afirmó, el derecho a la comunicación como paso previo a la participación y último a la democracia.

La transmisión de la información sensible requiere ser adquirible por los sentidos e inteligencia de quien la recibe o, mejor dicho, de la comunidad que es informada. Las autoridades que informan deben estar sensibilizadas respecto de la cultura y educación de la comunidad que es informada —art. 6º, inc. 6º, del Acuerdo de Escazú—.

(23) JIMÉNEZ RODRÍGUEZ, Jorge, “El efecto Mateo: un concepto psicológico”, Consejo General de Colegios Oficiales de Psicólogos, *Papeles del Psicólogo*, vol. 30, nro. 2, mayo-agosto, 2009, p. 148.

La herramienta prevista por el art. 5º del Acuerdo de Escazú es un formulismo si la información, puesta a disposición, es un compendio científico abstruso o está en idioma que el receptor o su comunidad no domina. Se burla del espíritu mismo del Acuerdo, manifestado en su publicación en paridad en las lenguas de los pueblos originarios de la América latina y el Caribe. Y también se revela vacío de sentido si se desdeñan los saberes ancestrales y conocimientos informales, tornando en un abismo insalvable la brecha —*gap hypothesis*—, a pesar de que se ha demostrado que la soberbia científica es una ilusión y que se ha trocado el dogma de certeza por el realismo de la probabilidad (24). Se produce una violación de doble vía del espíritu del tratado, porque se priva al hacedor de políticas públicas del saber informal, mientras se niega información con un tratamiento de calidad a los colectivos que no comparten el saber hegemónico.

La libertad de pensamiento se ejerce cuando no se encuentra condicionada a una voluntad ajena. La voluntad estatal cuantitativamente puede cumplir formalmente con dar acceso a todos los datos. Incumple cualitativamente si la información está influida, dirigida y subordinada, para que el receptor o la comunidad tengan su discernimiento sesgado. En realidad, se provee de información poco transparente que contradice el principio establecido en el art. 3º, incs. b) y d), del Acuerdo de Escazú. La situación se nota más cuando se trata de colectivos de género —efecto Matilda o escalera rota (25)—, ubicados en determinados territorios de Latinoamérica, donde el sesgo está tan naturalizado que a la autoridad le resulta extraño y hasta poco serio cualquier cuestionamiento en ese sentido (26).

(24) BERROS, María Valeria, “Ordenamiento ambiental del territorio y participación ciudadana en Argentina: aportes posibles desde el derecho”, Centro Universitario de Brasilia UniCEUB, *Revista brasileira de Políticas Públicas - Brazilian Journal of Public Policy*, vol. 5, nro. 1, jan.-jun. 2005, doi: 10.5102/rbpp.v5i1.3081, ps. 04-05.

(25) VALOR AYLÓN, Marisela, “¿Igualdad de género en el mercado laboral? Análisis del período 2014-2018, en México, desde la economía feminista”, FLACSO Argentina - Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, Área Estado y Políticas Públicas, Buenos Aires, 2021, 1ª ed., ps. 73-76.

(26) Sin ingresar en el debate sobre lenguaje inclusivo, que no es aceptado por la Real Academia Española, los do-

El espíritu de Escazú es el continuador del art. 13.1 de la CADH, que coloca dentro de la libertad de pensamiento y expresión el derecho a buscar, recibir y difundir información de toda índole —saber formal e informal—, con igualdad de oportunidades —art. 5º, inc. 3º, del Acuerdo de Escazú—.

La igualdad de oportunidades para tener acceso —formal y material— a la información, implica desbaratar el “techo de cristal”, esa sutil malla que filtra la información u oculta los lineamientos que la condicionan. Se tacha de ignorante o irracional a quien pretende cuestionar el sesgo que, en definitiva, implica una discriminación en el acceso a la información y la retracción del derecho humano a ser informado. La discriminación de género, sumada al desprecio a los conocimientos tradicionales atenta contra el espíritu de Escazú y contraría lo especificado por la Plataforma de Beijing —ps. 50, 82 y 129—. Es una contundente violación a los DDHH, tan clara en su resultado como sutil en su instrumentación y difícil de hacer comprender a las autoridades de cualquier rama de los tres poderes si no están adecuadamente informadas, es decir sensibilizadas.

Libertad —que hace a la democracia moderna— e igualdad —que hace a la participación plena en la *res publica*— son las dos columnas del estado ambiental de derecho. La tercera —invisible— se hace oír cuando irrumpe con el reclamo de “el pueblo quiere saber de qué se trata”.

“[E]l derecho de acceso a la información hace posible la autodeterminación individual y colectiva, en particular la autodeterminación democrática, pues tiende a asegurar que las decisiones colectivas se adopten de manera consciente e informada (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, ‘Informe anual 2008, Volumen III: Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión’, 25 de febrero de 2009, OEA/Ser.L/V/II.134, Doc. 5 rev. 1, cap. III, párr. 146); de allí que el derecho de acceso a la información es un instrumento clave para el ejercicio de otros derechos humanos,

cumentados en los que se referencia al género humano como “hombre” y no como persona, persona humana, seres humanos u otra expresión inclusiva denotan un sesgo que un investigador objetivo en el siglo XXI no debe tener.

particularmente por parte de los sujetos más vulnerables” (consids. de la res. 268/2019).

IV. El Acuerdo de Escazú como presupuesto mínimo imprescindible para concretar la política de ordenamiento ambiental del territorio (OAT)

IV.1. El OAT como herramienta

El OAT se concibe como “mecanismo de comando y control”, consolidado en normas jurídicas. Determina una concreta organización espacial del desarrollo sustentable y el desarrollo humano y deriva de la institucionalización de un escenario fruto de una construcción colectiva.

El OAT, como herramienta de la política ambiental, solo es sustentable mediante un fuerte compromiso de los actores destacados, sostenido apoyado por un proceso participativo que se asienta en una comunicación de múltiples vías (27), desde la creación del escenario deseado, su consolidación en una política pública y finalmente su puesta en acto cotidiana.

La incorporación del eje ambiental al ordenamiento lo transforma de un diseño táctico, estático y físico, escalando a una herramienta de planificación subordinada a una estrategia prospectiva (art. 1º, LOT, y US 8051), cuyo objetivo es la gobernanza y la justa composición del aprovechamiento de los servicios ecosistémicos, superando las contradicciones e inequidades en la asignación de las preferencias de usos.

IV.2. El OAT frente a los conflictos socioambientales

La planificación territorial con eje ambiental implica establecer prioridades respecto del aprovechamiento —actual—, o la percepción de la posibilidad o negación de ese aprovechamiento —latente—, para esta, o las futuras generaciones.

Un plano de disputa, confronta a quienes se benefician con quienes soportan el impacto negativo del goce del servicio ecosistémico. En un

(27) PSATHAKIS, Jimena *et al.*, “Una aproximación al ordenamiento ambiental del territorio como herramienta para la prevención y transformación democrática de conflictos socio-ambientales”, Fundación Cambio Democrático - Fundación Ambiente y Recursos Naturales, Buenos Aires, 2010, ps. 29-30.

plano diferente, puede colisionar la asignación de servicios ecosistémicos para satisfacer intereses privados regidos por la lógica de mercados, con la asignación de estos servicios de modo comunitario en dirección al desarrollo humano, con la lógica de los derechos humanos (28).

Dentro de estos dos planos con su lógica de contradicción aprovechamiento-exclusión y privado-colectivo, la complejidad del conflicto crece con estas otras variables:

- Raíces históricas remotas: el territorio, desde lo ecológico y lo cultural, tiene una memoria que se resiste a ser ignorada y emerge inesperadamente (29).

- Límites geopolíticos y humanos imprecisos, relativos al Estado —como actor, árbitro interesado y partícipe necesario—.

- La intergeneracionalidad, como deber ético y de responsabilidad constitucional.

- Asimetría de información científica, técnica y legal solapada con ocultación de datos o su manipulación (30).

El núcleo del conflicto radica en quién decide sobre la riqueza o pobreza ecológica. Y lo que define aspectos esenciales es la información que tiene el decisor de políticas públicas y los actores destacados, para evaluar el acierto de la escala de prioridades y el método de asignación del acceso a los servicios ecosistémicos.

IV.3. El peso de Escazú en el OAT

El ensamblado que constituye el derecho de la información, con el Acuerdo de Escazú que

(28) ESCOBAR BLANCO, Luis *et al.*, "La renta...", ob. cit.

(29) LEFF, E., "Pensamiento ambiental latinoamericano: patrimonio de un saber para la sustentabilidad", en PENGUE, Walter (comp.), *El pensamiento ambiental del sur: complejidad, recursos y ecología política latinoamericana*, Ed. Universidad Nacional de General Sarmiento, 2017, p. 158.

(30) IMAE - Instituto de Medio Ambiente y Ecología - Universidad del Salvador, "Los conflictos socioambientales: enfoque desde la planificación colaborativa", Consejo Profesional de Ingeniería Mecánica y Electricista (COPIME), Congreso de Ciencias Ambientales —COPIME 2009—, Buenos Aires, 7, 8 y 9/10/2009, ps. 10-12.

incorpora y especifica el aspecto ecológico, constituye una normativa de presupuestos mínimos respecto del OAT como instrumento de la política y la gestión ambiental (Ley 25.675 General del Ambiente, art. 8º), por lo que las normas provinciales deben adaptarse y en su caso dictarse las normas complementarias.

Así es que requiere de una reglamentación e institucionalización en lo atinente a la cualificación de la información que efectivice el principio *pro persona* —arts. 3º, inc. k), y 6º, inc. 7º, Acuerdo de Escazú—. Esta efectivización requiere de una ética comunicacional enfocada en lo ambiental con actitud proactiva construyendo escaleras que se eleven sobre la discriminación y faciliten el acceso de los vulnerables al templo.

V. Conclusiones

V.1. Ethos communicationis

Los nuevos patrones de participación ciudadana y su dimensión multiescalar requieren que la gestión de la información evolucione para responder a un "pueblo complejo", un colectivo heterogéneo y pragmático deseoso de propuestas dirigidas al bien común, mediante soluciones concretas encaminadas a un mundo inclusivo, con transparencia y rendición de cuentas (31).

En el siglo XXI el trialismo se renueva, apuntando a la igualdad, no discriminación y ayuda a minorías vulnerables, que hace hincapié en el *ethos communicationis*: una forma de conducirse ética que responda a la nueva visión de la ley formal, que llama al respeto de las nuevas visiones. Las perspectivas de género —Ley Micaela— y ambiente —Ley Yolanda— introducen criterios que se imponen a los emisores —que ahora son emisores y receptores muy cercanos a la comunidad—, para responder a demandas concretas, que antes eran abstractas y referidas al bien común. Ahora se reclama un resultado efectivo y palpable, derivado de programas que incardinan los principios a la realidad y no queden en declaraciones vagas.

(31) NASER, Alejandra *et al.*, "Participación ciudadana en los asuntos públicos: un elemento estratégico para la Agenda 2030 y el gobierno abierto", Comisión Económica para América Latina y el Caribe CEPAL, ONU, Documentos de Proyectos LC/TS.2020/184, Santiago de Chile, 2021, ps. 13-17.

El hacedor de políticas públicas se enfrenta a la videocracia y a hechos que irrumpen en las redes sin tratamiento, cocreados por los mismos receptores con sus aportes —tuits, chats y comentarios—, generando debates y elaborando una representación de la realidad. La educación, en herramientas de comunicación y en los contenidos a comunicar, enriquece el intercambio de información y es la vía para reducir el debate estéril que empobrece, especialmente a los más desinformados.

V.2. La instrumentación

El centro de gravedad de esta trípode evoluciona en dirección a lo instrumental, porque no alcanza con la proclamación de valores, ni con la teorización sobre el derecho humano a la información o el dictado de normas sobre derecho de la información. Se debe preparar y prevenir mediante la capacitación, porque no se puede reparar el femicidio o el daño ambiental, que suele tener su raíz lejana —o no tanto— en la desinformación.

Un avance en lo instrumental lo constituye la Agencia de Acceso a la Información Pública en el ámbito nacional argentino, aunque los criterios orientadores e indicadores de mejores prácticas se reduzcan a pautas burocráticas para la Administración y no avancen sobre el fondo de la cuestión.

En este sentido, si avanza el art. 32 —especialmente el inc. f) de la ley 8051 OT y US—, determina la fijación de criterios de transferencia al regular la creación del SIAT Sistema de Información Ambiental Territorial. También hay que mencionar a sus homólogas en algunas

provincias, que suelen estar incluidas dentro de las Oficinas de Ética Pública, como es el caso de Mendoza —art. 4º, inc. 5º, ley 8993—, en la que la Oficina de Investigaciones Administrativas y Ética Pública es la autoridad de aplicación de la ley 9070 de Acceso a la Información Pública. Es acertado y debe profundizarse la relación entre ética e información en orden a la transparencia, pero falta el avance decisivo que es poner en manos de los actores destacados y colectivos —como una especie de tribunales de la plebe—, una esencial cuota de poder en la conducción de estos entes y darles la impronta de la bioética.

El microbien información, como el microbien ambiente y el microbien territorio, son bienes colectivos de los que la sociedad se apropia, especialmente en la intersección de los conjuntos normativos OAT – Acuerdo de Escazú. Ergo, el cuidado de estos bienes colectivos puede estar en manos del Estado y el control debe estar en manos de la Sociedad, representada —como en las acciones de clase— por aquellos que mejor encarnen la legitimación de su defensa. Esta labor puede hacerla el Estado mediante sus funciones legislativas y ejecutivas; o más temprano que tarde lo hará el Poder Judicial mediante juicios colectivos, destinados a declarar la operatividad del derecho humano a la comunicación y a ejecutar las sentencias con exhortos y mandatos.

Proactivamente, autoridades, actores relevantes y este pueblo complejo, deben estar informados y dialogar para construir día a día su agenda comunicacional y sus prioridades sobre renta social, ambiental, territorial, hídrica con perspectiva de género, con los ODS en la mano como brújula, sin dejar a nadie atrás.

RECURSOS NATURALES

La protección antártica

Daniel Benoit (*)

Sumario: I. Introducción.— II. Bases e investigación.— III. Instrumentos de protección.— IV. Evaluación del impacto sobre el medio ambiente y tipología de proyectos.— V. Casos de daños ambientales y su resolución.

I. Introducción

Poco se sabe sobre el Continente Antártico y la ciencia desarrollada a partir de los experimentos que allí se realizan. Por eso es interesante conocer el interés por este continente y las implicancias jurídico-ambientales ocurridas a más de 200 años de su descubrimiento por navegantes del Imperio Británico (1) y nuestro interés, que se remonta a la Conquista de América, considerando al territorio Chileno Antártico como una prolongación de la Capitanía General del Reino de Chile, donde se proyecta nuestra continuidad territorial desde la ribera del sur del Estrecho de Magallanes hacia territorios de la denominada *Terra Australis Incognita* (2). Sin embargo, el interés estatal oficial se materializaría solo en 1906 y, concretamente, con la expedición geográfica y geopolítica que nos permitiría ser uno de los primeros países en reclamar soberanía sobre el Continente Antártico (3).

(*) Experto en Medio Ambiente y Recursos Naturales; expresidente de la Asociación Chilena de Derecho Ambiental.

(1) Se atribuye la primera aproximación a James Cook a partir del descubrimiento de las Islas Sándwich del Sur en 1775 y, posteriormente, su avistamiento por Edward Bransfield en 1820, siendo reclamada su soberanía oficial solo hace 112 años. Entre 1908 y 1962 quedaron bajo la tuición del gobernador las Islas Malvinas, fecha en que se separaron al entrar en vigencia el Tratado Antártico. Es útil reconocer que las investigaciones científicas realizadas en las Bases Británicas en la Antártica les han ayudado para fortalecer la reclamación sobre territorio de las Islas Malvinas ante la comunidad internacional.

(2) Durante el siglo XX, hubo iniciativas de particulares hacia la Antártida.

(3) Chile formó parte en la comisión polar internacional (1908-1914) y optó desde un comienzo por regular el territorio antártico como parte del territorio nacional.

II. Bases e investigación

En la actualidad coexisten 52 países con intereses antárticos sobre una superficie de 14,2 millones de kilómetros cuadrados con tan solo 29 programas antárticos nacionales y 28 idiomas distintos. Se mantienen operativas 38 estaciones, más de 30 aeródromos y la población de científicos concentrados en investigaciones oscila entre las 1100 y las 6500 personas según la época del año. En lo que respecta a Chile, nuestras bases son 10 (4), siendo la más importante la Base O'Higgins, además de contar con 2 refugios (Collins y Ripamonti), infraestructura que permite realizar importantes investigaciones científicas (5).

III. Instrumentos de protección

El Tratado Antártico de 1959, suscrito en Washington (6), tiene por objeto asegurar "interés de toda la humanidad que la Antártida continúe utilizándose siempre exclusivamente para fines pacíficos y que no llegue a ser escenario u objeto de discordia internacional", instando a la libertad de investigación científica y a la cooperación. A su vez, lo ambiental se encuentra regulado por el Protocolo sobre Protección Ambiental (7), que considera principios básicos aplicables a las actividades humanas y prohíbe actividades relativas a recursos minerales, excepto aquellas con finalidades científicas. Adicionalmente un anexo del instrumento inter-

(4) https://www.inach.cl/inach/?page_id=10440.

(5) https://www.inach.cl/inach/?page_id=23153.

(6) Establecido por los países con intereses antárticos vigente desde junio de 1961.

(7) Suscrito en Madrid en 1961 y vigente desde 1998, clasifica a la Antártida como "reserva natural dedicada a la paz y la ciencia", promoviendo la protección del entorno antártico y sus valores intrínsecos.

nacional comentado se encarga de la responsabilidad derivada de emergencias medioambientales que, aun cuando no se encuentra vigente, cuenta con un Comité de Protección Ambiental (CPA), compuesto por expertos para asesorar y recomendar la implementación del Protocolo, reuniéndose año a año en la Reunión Consultiva del Tratado Antártico. Corresponde precisar que cada país se hace responsable de sus connacionales y que promueven la conservación del patrimonio ambiental del sexto continente a través de la Convención sobre la Conservación de los Recursos Vivos Marinos Antárticos vigente desde 1982 y la Convención para la Reglamentación de las actividades sobre Recursos Minerales Antárticos no vigente (8). De igual manera encontramos regulaciones proambientales en el Código Internacional para Buques que operen en Aguas Polares o Código Polar vigente desde 2017 (9), la Convención del Mar, el Convenio sobre Biodiversidad en vigor desde 1993 y sus complementos como el Protocolo de Nicoya (no vigente), el Convenio sobre Cambio Climático (vigente desde 1994) y el Acuerdo de París (vigente desde 2016).

IV. Evaluación del impacto sobre el medio ambiente y tipología de proyectos

De conformidad con el anexo del Protocolo de Madrid (10), el impacto es calificado antes de la ejecución de la actividad siguiendo lineamientos de cada Estado, clasificándolo en tres niveles de evaluación, de acuerdo con los impactos potenciales que pueda generar la actividad.

En esta línea, se pueden presentar:

1. Una evaluación ambiental preliminar (EAP), cuando el impacto es *menor que mínimo o transitorio*.

(8) En su art. 11.5 define daño al medio ambiente antártico bajo un régimen de responsabilidad estricta u objetiva por considerar toda actividad de riesgo y consecuentemente exigir seguros, establecer limitaciones a la responsabilidad y contener causales de exclusión de responsabilidad.

(9) Vinculante para Chile y el Reino Unido, por ser parte del Convenio Internacional para prevenir la contaminación por Buques en vigor en 1983 con el protocolo de Londres y sus modificaciones posteriores.

(10) Chile es parte integrante desde sus inicios del Tratado Antártico y adherente del Protocolo sobre Protección del Medio Ambiente o Protocolo de Madrid, quedando obligado a evaluar ambientalmente los impactos que puedan producir un proyecto o una actividad concreta.

2. Una evaluación ambiental inicial (EAI), cuando el impacto es *mínimo o transitorio* (11).

3. Una evaluación ambiental global (EAG), cuando el impacto es *potencial mayor a mínimo o transitorio* (12).

La evaluación preventiva antes comentada busca proteger el ecosistema antártico o sus ecosistemas dependientes o asociados

De un total de 123 proyectos evaluados (13), un 28% corresponden a investigación, un 18% a ciencia, un 16% a infraestructura y un 12% a turismo, entre otros. Por otra parte, de ese mismo universo [123], 15 fueron a evaluación inicial y 108 a evaluación preliminar, lo que implica que estos proyectos se podían iniciar sin mayor dilación por su sintonía fina con la protección Antártica.

A modo de ejemplo, se conocen investigaciones sobre cultivos hidropónicos en la Base Polaca, investigaciones sobre vigilia y sueño en la Base O'Higgins y evaluaciones de impacto aprobadas favorablemente para filmar en el continente o autorizar el sobrevuelo de aeronaves comerciales con retorno a Punta Arenas.

(11) Aquí se exige una descripción definiendo localización, duración e intensidad del proyecto concreto o de la actividad, además de describir los impactos acumulativos a la luz del estado del arte de la actividad o conocimientos proyectivos que la ciencia pueda brindar.

(12) En este caso se exige, además de la descripción de la actividad o del proyecto, ubicación, duración, duración e intensidad, una descripción de los métodos predictivos de impactos, la duración y la magnitud de impactos directos e indirectos o de segundo orden del proyecto o de la actividad y la predicción de impactos acumulativos, además de las medidas correctivas para atenuar o minimizar impacto detectando incluso impactos no previstos. Asimismo, se deben identificar lagunas del conocimiento detectadas o incertezas encontradas. Finalmente, solo recordar que "no se adoptará una decisión definitiva de iniciar la actividad propuesta en el Área del Tratado Antártico a menos que la Reunión Consultiva del Tratado Antártico haya tenido la oportunidad de considerar el Proyecto de Evaluación Medioambiental Global".

(13) Por ordinario 114.026 de fecha 09/12/2011 el ministro (S) de Medio Ambiente crea el Comité Operativo para la Evaluación del Impacto Ambiental sobre el Medio Ambiente Antártico.

V. Casos de daños ambientales y su resolución

En los párrafos que siguen, corresponde referir y resaltar la enorme dimensión ambiental que posee el sexto continente por ser *la reserva de agua más significativa del planeta y corresponder a un área menos intervenida*, “ejerciendo una gran influencia global en los fenómenos atmosféricos, climáticos, meteorológicos y oceanográficos” (14).

Desde un inicio, la preocupación por la protección de su medio ha interesado a los Estados a través de la suscripción y acatamiento de tratados internacionales, lo que se conoce como derecho internacional ambiental y finalmente por el derecho interno de cada Estado. Respecto de los casos que pasamos a comentar, se aplicó *el factor conexión de nacionalidad* de modo que cada Estado se hace responsable de los actos cometidos por sus nacionales y el *principio protector*, que extiende la jurisdicción de los Estados para proteger el Medio Ambiente hecha efectiva a través de la responsabilidad civil extracontractual (15), sin desatender la dimensión ambiental envuelta en ella dada lo que podríamos llamar “naturaleza bifronte propia del daño ambiental” (16) y (17).

(14) RODRÍGUEZ, Pablo – PUIG, Mario, “Chile y sus intereses en la Antártica: Opciones políticas y de seguridad frente a la escasez de recursos hídricos”, Ed. Academia Nacional de Estudios Políticos y Estratégicos, Santiago, 2007.

(15) En derecho internacional es común ver responsabilidad estricta, donde se presume la relación de causalidad y consecuentemente las actividades riesgosas se realizan con seguros y límites de responsabilidad, como por ejemplo en el derecho marítimo, para el caso de derrames de hidrocarburos o el mismo sistema de Tratado Antártico en su art. 16. Finalmente, hay que mencionar la existencia de regímenes de responsabilidad absoluta que excluyen el caso fortuito o la fuerza mayor como lo establece nuestra Ley de Seguridad Nuclear (ley 18.302).

(16) Definir y medir un daño ambiental es de suerte complejo. Nuestro medio se recoge en una definición más bien amplia en la que daño ambiental, es “toda pérdida, disminución, detrimento o menoscabo inferido al medio ambiente o uno o más de sus componentes” —ley 19.300, art. 2º literal e)—. En cuanto a la reparación en el derecho internacional ambiental, se dan las siguientes formas: a) reparación *in natura*; y b) reparación por equivalencia o compensación. Satisfacción que corresponde a un “reconocimiento del incumplimiento, una expresión de arrepentimiento, o una disculpa formal”.

(17) Desde el punto de vista del derecho internacional ambiental, la primera vez que se alude expresamente a la responsabilidad por daño ambiental fue con el principio 22 la Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Humano celebrada en Estocolmo, Suecia, en 1972; 20 años después se volvería a recoger a través del principio 13 de la Declaración sobre Medio Ambiente y Desarrollo en Río de Janeiro, Brasil.

En noviembre de 1979, un avión de Air New Zealand se estrelló en el Monte Erebus de la Antártida, muriendo todos sus pasajeros. En 1983 los familiares de las víctimas británicas y neozelandesas presentaron una demanda de indemnización de perjuicios contra los Estados Unidos ante la Corte del distrito de Columbia, aduciendo negligencia de los operadores de tráfico aéreo de la Marina Norteamericana a cargo de la Estación Aérea Naval McMurdo. El tribunal accedió a la pretensión invocada, al reconocer jurisdicción para resolver la controversia ya que la Antártida no satisfizo la denominación de “país o estado extranjero”, siendo aplicable la ley norteamericana conforme lo dispone el federal *Tort Claims Act de 1982*. Para la Corte el término “país extranjero” significa territorio bajo la soberanía de un gobierno que no sea el de los Estados Unidos e incluye el espacio aéreo sobre dicho territorio.

Otro caso refiere a la vulneración de la normativa estadounidense reconociendo la extraterritorialidad de la ley (18) al no haberse presentado una declaración de impacto ambiental, antes de proceder a la incineración de alimentos efectuada en la Antártica por la National Science Foundation violando la Ley de Política Ambiental Nacional (NEPA), hechos ocurridos en 1991 en la misma estación naval polar comentada anteriormente.

Conservemos para los hijos de nuestros hijos y sus nietos las reservas de aguas descubiertas por Robert Falcon Scott hace 200 años.

(18) Hace unos años hubo un caso equivalente, ocurrido cuando una patrulla militar que se desplazaba en un vehículo apto para la nieve cayó dentro de una grieta en territorio antártico chileno, pereciendo sus ocupantes. El responsable de la misión fue condenado por la justicia tras un proceso penal que culminó ante la Corte Suprema de Justicia.



DERECHO PROCESAL AMBIENTAL

Proceso eficaz ambiental como derecho humano (*)

Carlos E. Camps (**)

El derecho humano al proceso eficaz, como ya lo hemos señalado, surge de la relativamente reciente jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) cuando interpreta los alcances de los arts. 8º y 25 del Pacto de San José de Costa Rica en el marco de procesos judiciales no penales.

Recordemos que el concepto de “proceso eficaz penal” como derecho humano es mucho más antiguo. Esa, la procesal penal, era la problemática más grave y urgente en la época en que este tipo de tratados internacionales fueron suscriptos y, por ello, se corresponde con la primera fase —extendida en el tiempo— de producción de fallos de este tribunal.

En los últimos años, la Corte IDH ha dedicado gran parte de su producción jurisprudencial a definir el perfil del proceso eficaz como derecho humano. Así, ha establecido cómo debe funcionar este derecho en el marco de varias materias no penales. Y, en lo que respecta a nuestro país, nos ha dedicado sentencias condenatorias donde nos explica “en lenguaje jurídico argentino” cómo tenemos que tramitar nuestros juicios para no incurrir en este tipo de violaciones. En “Fornerón” nos señaló cómo debe ser un proceso de familia en cuestiones no patrimoniales. En “Furlán” y en “Mémoli”, cómo debe ser un proceso de daños y perjuicios —con determinadas particularidades—. En “Spoltore” se dedicó a observar nuestro proceso laboral.

(*) Artículo publicado originalmente en <https://carlos-camps.com/>

(**) Abogado. Especialista en Derecho Civil. Docente en las Universidades de Buenos Aires, de La Plata y Católica Argentina. Director de las revistas *Jurisprudencia Argentina Buenos Aires* y del *Código Civil y Comercial* (Ed. Thomson Reuters). Titular de la Secretaría Civil y Comercial de la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires.

En todos estos casos, la materia de fondo o bien corresponde a uno de esos ámbitos jurídicos que gozan de especial protección en sí mismos, con una alta carga de orden público (como el derecho del trabajo en “Spoltore” o el de familia no patrimonial en “Fornerón”) o bien se tiñe de orden público al ponerse en juego, en el caso concreto, intereses, circunstancias o condiciones que gozan de un especial amparo (la carencia de recursos, la minoría de edad y la discapacidad, como en “Furlán”).

A ello debe sumarse que la calificación de derecho o circunstancia especialmente protegidos proviene tanto de los textos constitucionales cuanto de los pactos internacionales. En nuestro país, la preeminencia o preferente protección de los derechos mencionados surge de la Constitución Nacional y, en forma expresa y categórica, luego de la reforma del año 1994 con la incorporación de los tratados internacionales de derechos humanos.

La incorporación de todo ese cúmulo normativo positivo supranacional vino acompañado de la de la jurisprudencia de la Corte IDH, donde podemos encontrar muy importantes pautas interpretativas de este sistema de protección. Pautas que, para nuestra Corte Suprema de Justicia nacional, deben ser guía de interpretación y validación de normas internas para todos los jueces argentinos. En el 2015, asimismo, todo ese complejo protectorio ingresó en forma expresa en la letra positiva del derecho privado mediante la reforma del Código Civil y Comercial.

Así las cosas, observamos que uno de los ámbitos del derecho procesal no penal sobre el que la Corte IDH aún no se ha expedido es el del derecho procesal ambiental.

Todavía no ha tenido la oportunidad para brindarnos a los argentinos los lineamientos del

derecho humano al proceso eficaz ambiental. Esto es, aún no ha sido llevado ante sus estrados un proceso judicial donde se hayan debatido cuestiones de esta naturaleza por una parte que se considere agravada a raíz de las conductas de los integrantes de tribunales argentinos.

Observando la forma en que la Corte IDH abordó los casos anteriores donde en los procesos judiciales se discutían otros derechos de fondo (de familia, laborales, etc.), podemos imaginar cómo habrá de actuar el día que deba colocar bajo su análisis un juicio ambiental argentino. Este ejercicio también nos sirve para poder analizar las bondades de las normas y prácticas procesales ambientales a la luz de las pautas de este tribunal internacional.

No hay dudas de que el derecho de fondo del que hablamos —el derecho al ambiente sano— es uno de los que gozan de particular protección en el marco del derecho internacional de los derechos humanos. Ello surge con total claridad de la reciente sentencia de la Corte IDH dictada en el caso “Comunidades Indígenas miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina” del 6 de febrero de 2020 (1). No se trata esta de una sentencia que condene a nuestro país por un proceso judicial no penal ineficaz; sin embargo, al encontrarse aquí en juego el derecho a la propiedad indígena y sus aspectos colaterales (entre los que se encuentra el derecho a la protección del ambiente y del contexto cultural) la Corte IDH indica de manera expresa cómo el derecho al ambiente sano se encuentra incluido en el art. 26 del Pacto de San José. Alude, especialmente, a la opinión consultiva OC-23/17 del 15 de noviembre de 2017, “Medio ambiente y derechos humanos” (obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal —interpretación y alcance de los arts. 4.1 y 5.1, en relación con los arts. 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).

De allí entonces que la materia en sí —el derecho humano al ambiente sano— goce de particular protección en este marco. Por ende,

(1) Corte IDH, 06/02/2020, “Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina”, cita online IC/JUR/1/2020.

existirá a su respecto un correlativo derecho humano al proceso ambiental eficaz.

El perfil que se asigne a este derecho procesal eficaz ambiental no solo habrá de indicar a los jueces argentinos el modo de llevar adelante un proceso donde el derecho de fondo en discusión sea del tenor indicado sino que también habrá de servir para efectuar el control oficioso de convencionalidad de las normas internas de trámite, ya sea dictadas o por dictarse, y de esta manera establecer su validez dentro del sistema protectorio de derechos humanos al que adscribimos expresa y formalmente como Estado desde la reforma constitucional del año 1994.

El proceso eficaz, como derecho humano, implica la conducción de los procesos en un plazo razonable y la adecuación de las respuestas judiciales a las particulares características y naturaleza de las peticiones que se efectúan.

Lo primero, el plazo razonable es —en general— común a todo tipo de trámite. Las pautas para establecer cuándo un plazo judicial es razonable o no podemos leerlas en la sentencia del caso “Furlán”.

Lo segundo, en cambio, varía profundamente de acuerdo con el tipo de materia de que se trate. El requisito de la adecuada respuesta jurisdiccional según el tipo de requerimiento que la gente le hace a los jueces tendrá que ver en cada caso con los estatutos que rigen cada uno de esos aspectos temáticos y las vías procesales más idóneas para brindar respuestas útiles, que solucionen en concreto (y no solo formalmente) las cuestiones que aquejan a los ciudadanos que acuden a los tribunales.

Cuando la CIDH tuvo que efectuar este análisis, investigó en el caso de cada país cuál es el plexo normativo específico vigente, aquel al que debía seguir para dar respuesta en el caso judicial planteado y que, por supuesto, superar el control oficioso de convencionalidad. Por ejemplo, cuando en “Furlán” observó que en el proceso estaban involucrados los derechos de las personas menores de edad y de las personas con discapacidad, para indagar con más detalle cuáles eran las obligaciones específicas en tales terrenos de nuestro país acudió —entre otros cuerpos normativos— a los tratados que regulan esas

concretas materias y a los que Argentina prestara adhesión (la Convención sobre los Derechos del Niño y la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad).

En materia ambiental, encontramos la mención de varios documentos internacionales sobre el tema en la citada causa "Comunidades indígenas". De varios de los documentos allí referidos podemos desprender algunas reglas procesales.

Pero de donde creemos que surgen pautas de mucha utilidad en este terreno es del denominado Acuerdo de Escazú. El Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe, adoptado en Escazú, Costa Rica, el 4 de marzo de 2018, fue incorporado a nuestro derecho interno mediante la ley 27.566 (BO del 19/10/2020).

Para conocer el tenor de las previsiones del Acuerdo de Escazú los invito a que lean este tra-

bajo de Néstor Cafferatta **(2)**. Y para que observen cómo se aplicaron las reglas de Escazú en un caso concreto de la justicia federal de Mar del Plata, les sugiero la lectura de este trabajo de Aníbal Falbo **(3)**.

Estoy convencido de que Escazú nos da a los argentinos varias pautas muy interesantes y útiles al momento de plantear pretensiones procesales ambientales buscando que el trámite judicial sea idóneo para dar adecuada satisfacción a los derechos vulnerados. También brinda a los jueces reglas de actuación para el debido desarrollo de una litis respetuosa del referido derecho humano al proceso eficaz (en el caso, ambiental).

(2) CAFFERATTA, Néstor A., "Acceso a la justicia ambiental", LA LEY del 09/11/2020, 1; LA LEY, 2020-F, 272; ADLA 2021-1, 19; AR/DOC/3682/2020.

(3) FALBO, Aníbal J., "El Acuerdo de Escazú y la cautelar ambiental", LA LEY del 11/03/2022, 4, AR/DOC/955/2022.

El rol del abogado litigante en el Estado de derecho ambiental

Mario Peña Chacón (*)

Sumario: I. Introducción.— II. El litigio ambiental: características, destinatarios y objetivos.— III. Perfil ideal (deber ser) del litigante de causas a favor del ambiente.— IV. Escogencia de la vía judicial o administrativa idónea.— V. El litigante y la efectividad de las decisiones judiciales y administrativas.

I. Introducción

El Estado de derecho en materia ambiental se entiende como el marco jurídico de derechos y obligaciones sustantivas y procesales que incorpora los principios del desarrollo ecológicamente sostenible en el Estado de derecho; sin él, la gobernanza ambiental y el cumplimiento de los derechos y las obligaciones podrían tornarse arbitrarios, subjetivos e impredecibles (1).

El Estado de derecho en materia ambiental consiste en aplicar los principios universales de rendición de cuentas, leyes justas, gobierno abierto y mecanismos accesibles e imparciales para resolver controversias al contexto ambiental, haciendo que todos los entes sean igualmente responsables de respetar las leyes

(*) Coordinador de la Maestría en Derecho Ambiental de la Universidad de Costa Rica; abogado litigante, consultor, investigador y profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica y de las Maestrías en Derecho Ambiental y Derecho Público del Sistema de Estudios de Posgrados de la Universidad de Costa Rica; miembro de la Comisión de Derecho Ambiental de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza (IUCN) y corresponsal nacional del Centre International de Droit Comparé de l'Environnement (CIDCE).

(1) IUCN, "Declaración Mundial de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza acerca del Estado de Derecho en materia ambiental", 2016, disponible en https://www.iucn.org/sites/dev/files/content/documents/spanish_declaracion_mundial_de_la_iucn_acerca_del_estado_de_derecho_en_materia_ambiental_final.pdf (consultado el 27/12/2021).

ambientales; desarrollando principios, leyes y regulaciones ambientales de calidad que protejan los derechos fundamentales, incluyendo a las comunidades afectadas en la toma de decisiones en materia ambiental; y juzguen imparcialmente las controversias de esta índole (2).

Tomando en consideración que un Estado de derecho en materia ambiental está obligado a cumplir una serie de obligaciones procesales y sustantivas inherentes al disfrute de un medio ambiente limpio, saludable y sostenible, entre ellas, la de garantizar acceso a la justicia; el objetivo del presente artículo es responder a la siguiente pregunta de investigación: ¿qué papel juega el abogado litigante de causas a favor del ambiente en la consecución de una justicia ecológica efectiva?

II. El litigio ambiental: características, destinatarios y objetivos

Por lo general, los litigios ambientales son complejos. Se trata de procesos con multiplicidad de partes procesales; pluralidad de alegaciones, defensas y excepciones; un número amplio de testigos y un volumen extenso de evidencia; con necesidad de peritajes técnicos, científicos, sociales e incluso culturales; con prueba documental y testimonial abundante; naturaleza compleja de las pretensiones y re-

(2) BID/WJP, "Indicadores de gobernanza ambiental para América Latina y el Caribe", 2020, disponible a través del siguiente enlace: <https://publications.iadb.org/es/indicadores-de-gobernanza-ambiental-para-america-latina-y-el-caribe> (consultado el 27/12/2021).

medios reclamados y dificultad en la etapa de ejecución (3).

Los litigios ambientales se plantean en beneficio de la colectividad como un todo, del bien común, de bienes de naturaleza colectiva, del interés público ambiental (4); haciendo uso de los intereses de incidencia colectiva o supraindividuales: difusos, colectivos y/o individuales homogéneos.

Si bien este tipo de litigios se interponen en representación del cliente, el cual puede ser: persona física o jurídica, grupo o colectivo, organizado o no, organización no gubernamental, entre otros, lo cierto es que, siguiendo la línea jurisprudencial ecocéntrica desarrollada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la opinión consultiva 23/17 (5) (párr. 62) y en la sentencia “Comunidades indígenas miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina” (6), los destinatarios de protección y beneficiarios finales del litigio ambiental lo son tanto las generaciones presentes como las futuras, así como las demás especies y ecosistemas, también merecedoras de protección como intereses jurídicos en sí mismos y no solo por su “utilidad” o “efectos” respecto de los seres humanos, “sino por su importancia para los demás organismos vivos con quienes se comparte el planeta”.

El fin específico de cada litigio ambiental está determinado por su propia teoría del caso,

(3) LLORET, J. S., "Manual de litigación en casos civiles complejos medioambientales", Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA), 2021, disponible en https://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/5671/PUB_Manual%20de%20Litigaci%c3%b3n%20en%20Casos%20Civiles%20Complejos%20Medioambientales_ok.pdf?sequence=1&isAllowed=y (consultado el 27/12/2021).

(4) Sobre esta temática se recomienda la lectura del artículo de este mismo autor titulado: "Interés público ambiental", disponible en <https://archivo.crhoy.com/opinion-interes-publico-ambiental/opinion/el-lector-opina/> (consultado el 27/12/2021).

(5) Corte IDH, opinión consultiva OC-23/17 del 15/11/2017, solicitada por la República de Colombia, disponible en https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_23_esp.pdf (consultado el 27/12/2021).

(6) Corte IDH, 06/02/2020, disponible en https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_400_esp.pdf (consultado el 27/12/2021).

lo cual incluye sus circunstancias de tiempo, modo y lugar; aspectos ambientales, de salud, económicos, sociales, culturales y por supuesto, jurídicos.

En última instancia, los objetivos globales e integrales de esta clase especial de litigios son, entre otros: lograr la sostenibilidad y resiliencia de los sistemas socio-ecológicos; mantener el planeta como un espacio seguro para la humanidad y las demás especies (justicia intra e intergeneracional e interespecies); aspirar a una justicia ecológica distributiva y conmutativa (maximizar el bienestar general de las actuales y futuras generaciones, sin violentar la sostenibilidad ecológica y resiliencia de los ecosistemas), y restaurativa (garantizar la recomposición de los procesos ecológicos esenciales y el restablecimiento a las víctimas (generaciones actuales y futuras) de sus derechos subjetivos vulnerados; así como restablecer los nexos sociales y ambientales, tanto de los miembros de la sociedad, como entre los seres humanos y la naturaleza (interespecies).

Un aspecto importante para resaltar es que, el litigio ambiental va siempre ligado a aspectos relacionados con derechos humanos, de ahí la importancia del litigante de solicitar al juzgador aplicar, junto al paradigma ecocéntrico, un enfoque basado en derechos y de ecologización de los derechos humanos (7), ya que, por lo general, están de por medio afectaciones a personas o grupos en situaciones de vulnerabilidad por razones ambientales.

III. Perfil ideal (deber ser) del litigante de causas a favor del ambiente

La complejidad propia de los litigios ambientales requiere de un tipo de abogado litigante con características y cualidades especiales, distintas al del litigante en otras materias, las cuales se exponen a continuación.

Se trata de un abogado comprometido social y ambientalmente en la búsqueda de la justicia.

(7) Se recomienda la lectura del artículo de mi autoría, "Ecologización de los derechos humanos en la jurisprudencia constitucional costarricense", disponible en <http://www.revistas.unam.mx/index.php/rfdm/article/view/70045/61875> (consultado 26/12/2021).

Por ello, no debe buscar fama ni dinero, siendo preferible mantener un bajo perfil, lejos de los focos de las cámaras y de los micrófonos, teniendo siempre presente la máxima de que el abogado debe litigar en los tribunales y no en los medios de comunicación.

El litigante ambiental debe contar con sólidos conocimientos jurídicos, tanto procesales como sustantivos. En la medida de lo posible, debe ser especialista en derecho ambiental, pero en virtud de la transversalidad de esta rama autónoma del derecho que ha llegado a ecologizar prácticamente todo el espectro jurídico, también debe poseer conocimientos generales en otras materias, tales como el derecho internacional público, privado y de los derechos humanos; derecho constitucional; derecho administrativo; derecho penal; derecho agrario, derecho civil y comercial, derecho tributario, derecho laboral, entre otros.

Además, es indispensable que cuente con acceso a conocimiento científico y técnico que le permita sustentar la teoría del caso. Para ello, en muchas ocasiones es indispensable el acompañamiento de peritos y expertos técnicos, incluso en aquellos casos donde procesalmente la carga de la prueba esté invertida, o bien, sea dinámica. La figura del consultor técnico prevista en muchos de los códigos procesales latinoamericanos adquiere especial relevancia en esta materia, así como la presunción *iuris tantum* de validez de la que deben gozar los dictámenes técnicos y científicos emitidos por entidades estatales especializadas.

El litigante ambiental debe ser estudioso. El derecho cambia constantemente y el derecho ambiental lo hace de forma vertiginosa, tanto a nivel sustantivo como procesal, normativo como jurisprudencial, interno como comparado. Si entre las distintas cortes, nacionales e internacionales, se da el fenómeno de la fertilización cruzada o diálogo entre estas, lo mismo ocurre entre los litigantes ambientales, a nivel nacional e internacional, donde también opera la retroalimentación entre litigantes y litigios. En los últimos años, este fenómeno ha sido muy común entre abogados de organizaciones no gubernamentales en materia de litigio climático.

El litigante en este tipo de causas debe ser activo y dinámico. Tomando en consideración que los procesos y procedimientos, en todas las materias y especialmente los ambientales, son lentos, el litigante ambiental debe instarlos constantemente para agilizar y aligerar los tiempos de respuesta judicial y/o administrativos (impulso procesal), con la finalidad que sus pretensiones y reclamos, no pierdan interés actual cuando finalmente alcancen sentencia o resolución administrativa final.

Además de activo y dinámico, debe ser paciente, a raíz, precisamente, de la lentitud que caracteriza los procesos judiciales y procedimientos administrativos, que en ocasiones conllevan tres distintas instancias hasta lograr sentencia firme. También debe ser respetuoso con las demás partes procesales e intervinientes. Ello incluye a los peritos y testigos, sin olvidar que también debe colaborar con el juzgador en la búsqueda de la verdad real.

A la vez, debe estar abierto y dispuesto a recurrir a mecanismos de resolución alternativa de conflictos (RAC), especialmente en aquellas disputas que mejor se ajustan a este tipo de instrumentos, como lo son los conflictos entre particulares derivados de las relaciones de vecindad o de inmisiones entre inmuebles. Cabe destacar que el Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe, conocido como Acuerdo de Escazú (8), promueve y potencia la resolución pacífica de conflictos ambientales.

Debe también ser muy riguroso del orden público ambiental y de las reglas unívocas de la ciencia y la técnica. Esta materia debe litigarse con pasión, pero sobre todo con la razón (jurídica y científica), por lo que es de suma importancia no dejarse seducir por argumentos y pretensiones que podrían ser más ideológicos que jurídicos.

(8) El Acuerdo de Escazú cuenta actualmente con 24 Estados firmantes y entró en vigor el 22/04/2021 (Día de la Tierra), luego de haber sido ratificado por Uruguay, Panamá, Argentina, México, Ecuador, Bolivia, Nicaragua, Saint Kitts y Nevis, San Vicente y las Granadinas, Guyana, Antigua y Barbuda y Santa Lucía; disponible en: <https://www.cepal.org/es/acuerdodeescazu> (consultado el 27/12/2021).

Otro aspecto que caracteriza al litigante de causas ambientales es su itinerancia. Por ello, debe estar dispuesto a dejar la comodidad de su oficina, ya que, en muchas ocasiones, la única forma de conocer realmente el conflicto y sustentar la teoría del caso, es a través de la inmediatez y de las visitas *in situ*.

Además, debe ser previsor y anticiparse a los daños ambientales, y en el peor de los casos, a su agravamiento. Ello debe lograrlo a través de la interposición de medidas preventivas-cautelares, ya sean *ante causam*, durante los procesos e incluso durante la ejecución de las sentencias.

También debe ser un investigador. Por ello, debe recopilar, procesar y poner a disposición de las demás partes procesales, incluyendo al tribunal, los distintos hallazgos que le permitan demostrar su teoría del caso.

En ocasiones, deberá ejercer un rol de educador para las demás partes procesales que carezcan de conocimientos en derecho ambiental. En nuestra región latinoamericana, una gran mayoría de los operadores jurídicos (jueces, procuradores, fiscales, defensores públicos y litigantes), carecen de conocimientos sustantivos y procesales ambientales, en la medida que aún, muchos de los programas universitarios de la carrera de derecho, no contemplan cursos especializados en esta materia. Por ello, en los procesos ambientales, no necesariamente puede presumirse el principio *iura novit curia*, razón por la cual, en no pocas ocasiones, el litigante se verá obligado a iluminar el camino por donde transite el proceso ambiental.

El litigante de causas ambientales debe ser visionario. Por la complejidad que caracteriza este tipo de procesos, donde en ocasiones la solución del conflicto requiere de sentencias estructurales, es fundamental que el abogado litigante vea más allá de su caso particular: debe ver el bosque y no solo el árbol, a efectos de lograr los cambios sustanciales pretendidos.

Por último, el litigante de causas en favor del ambiente, a la luz del Acuerdo de Escazú (art. 9º), es un defensor de los derechos humanos en asuntos ambientales y, como tal, una persona vulnerable, sujeto a amenazas, restricciones, inseguridad e intimidaciones a derechos

humanos tales como la vida, integridad personal, libertad de opinión y expresión, reunión y asociación pacífica, circular libremente, entre otros. De allí la importancia de que los Estados desarrollen los mecanismos necesarios para poner en práctica la tutela de los derechos de los defensores ambientales previstos en el Acuerdo de Escazú y de los propios litigantes de reclamar la debida protección.

IV. Escogencia de la vía judicial o administrativa idónea

El rol del litigante a la hora de escoger entre las distintas vías judiciales o administrativas disponibles donde llevará su caso es fundamental; de ello puede depender el éxito o fracaso de este.

Algunos sistemas jurídicos han apostado a jurisdicciones especializadas en la materia, como son los casos de Chile y El Salvador; en otros, se han creado procedimientos especializados ambientales dentro de jurisdicciones afines con lo ambiental, como sucede con el nuevo procedimiento especial ambiental dentro de la remozada jurisdicción agraria de Costa Rica, o bien vías administrativas especializadas como la del Tribunal Ambiental Administrativo, también de Costa Rica.

Las vías procesales o procedimentales pueden ser concurrentes o excluyentes entre sí. Por ello, es esencial que el litigante conozca las fortalezas, debilidades, amenazas y oportunidades que ofrece cada una de las instancias disponibles de acceso a la justicia ambiental.

Algunos factores relevantes que el abogado litigante de causas ambientales debe considerar, previo a la escogencia de la instancia de justicia a la cual someter su respectivo caso, son las siguientes (9):

- Jurisdicciones, tribunales o procedimientos especializados.
- Tribunales afines y sensibles a la temática ambiental.

(9) El Acuerdo de Escazú, en su art. 8º, desarrolla los presupuestos mínimos del debido proceso ambiental, que, a la vez, son factores determinantes a la hora de escoger la vía ideal de acceso a la justicia ambiental.

- Independencia y capacidad de los tribunales de interpretar y aplicar de forma efectiva el derecho ambiental (principio *pro natura*) y de actuar como garantes del Estado de derecho en materia ambiental.

- Procedimientos efectivos, oportunos, públicos, transparentes, imparciales y sin costos prohibitivos.

- Plazos de duración de los procesos.

- Legitimación activa.

- Medidas cautelares.

- Criterios de responsabilidad ambiental.

- Medidas para facilitar la prueba, tales como la inversión de la carga, carga dinámica, presunción de validez de dictámenes emitidos por entidades públicas especializadas, entre otras.

- Medios de ejecución, fiscalización y cumplimiento de las sentencias.

- Mecanismos de reparación, tales como la restitución al estado previo al daño, la restauración, la compensación o el pago de una sanción económica, la satisfacción, las garantías de no repetición, la atención a las personas afectadas y los instrumentos financieros para apoyar la reparación.

- Reglas sobre la condena en costas personales y procesales, especialmente sobre su exoneración en supuestos de litigio de buena fe.

- Mecanismos de solución alternativa de conflictos ambientales, entre ellos la mediación, conciliación y el arbitraje, como instrumentos de paz social y de satisfacción del interés público ambiental.

V. El litigante y la efectividad de las decisiones judiciales y administrativas

En un artículo académico anterior (10), expuse que una decisión efectiva es aquella que

(10) PEÑA CHACÓN, M., "Decisiones judiciales efectivas en materia ambiental", *Revista Monfragüe Desarrollo Resiliente*, vol. XII, España, 2020, disponible en <https://www.eweb.unex.es/eweb/monfragueresilente/numero23/Art9.pdf> (consultado 26/12/2021).

resuelve de forma justa y equitativa un conflicto de orden jurídico ambiental y logra modificar conductas humanas que impactan negativamente el entorno. Este tipo de decisiones se caracterizan por:

- Ser claras, directas, concretas, precisas, vinculantes y por escrito.

- Resolver el qué, quién quiénes, cómo, dónde, cuándo y cuánto del conflicto jurídico ambiental, tomando en consideración factores sociales y económicos.

- Ser oportunas, transparentes, imparciales, justas e inclusivas.

- Ser dictadas por jueces independientes, proactivos, con amplios poderes y conocimientos especializados en la materia ambiental.

- Estar fundamentadas tanto en derecho como en el mejor conocimiento científico disponible (reglas unívocas de la ciencia y la técnica).

- Tomar en consideración a las generaciones presentes y futuras, así como a las demás especies y ecosistemas con las cuales el ser humano comparte el planeta, como intereses jurídicos en sí mismos (paradigma ecocéntrico).

- Integrar el enfoque basado en derechos humanos, especialmente en relación con poblaciones vulnerables (pueblos indígenas; niños y niñas; personas viviendo en situación de extrema pobreza; minorías; personas con discapacidad; mujeres; comunidades que dependen, económicamente o para su supervivencia, fundamentalmente de los recursos ambientales; comunidades que por su ubicación geográfica corren un peligro especial de afectación en casos de daños ambientales, tales como las comunidades costeras y de islas pequeñas) (11) y el enfoque de ecologización de los derechos humanos (derechos a la vida, salud, agua potable, saneamiento, alimentación, no ser desplazado, paz, vivienda, propiedad, entre otros) (12).

(11) Se recomienda al lector remitirse a la opinión consultiva OC-23-17 del 15/11/2015 de la Corte IDH.

(12) Se recomienda ver mi artículo "Ecologización...", ob. cit.

- Tratándose de resoluciones sobre daño ambiental, prevenir daños futuros, cesar los actuales, ordenar la recomposición del ambiente, fijar indemnización de los derechos subjetivos vulnerados, exigir la devolución del provecho económico obtenido en detrimento del ambiente (plusvalía ecológica ilícita) y determinar los mecanismos de control y fiscalización de su ejecución.

- Incluir planes de aplicación y cumplimiento en el espacio y el tiempo y tomar en cuenta la existencia de capacidades técnicas, institucionales y presupuestarias para su efectiva ejecución.

Si bien, en los procesos ambientales, siempre y cuando se respeten las reglas del debido proceso, se reconoce a los jueces cierto grado de flexibilización para abordar temas y extender sus fallos a cuestiones no sometidas necesariamente a su consideración, con el fin de suplir las

falencias de las alegaciones y pretensiones de las partes y así garantizar la tutela de los derechos humanos y el medio ambiente, sin que ello quebrante o violente el principio de congruencia de las sentencias; lo cierto del caso es que la forma en la que el litigante plantea los hechos, fundamentación y pretensiones de la demanda, o bien, motive su *amicus curiae* o coadyuvancia (activa o pasiva), tiene repercusiones directas en el contenido y efectividad de la decisión judicial o administrativa.

A manera de conclusión, y por las razones expuestas y analizadas a lo largo de este trabajo, es posible responder la pregunta de investigación planteada al inicio del artículo, afirmando que, en el Estado de derecho, el abogado litigante de causas a favor del ambiente juega un papel protagónico, prioritario y fundamental en la consecución de la tan deseada y necesaria justicia ecológica efectiva.

AMPARO AMBIENTAL

Admisibilidad de la vía intentada. Legitimación activa. Manejo de cuencas. Necesidad de la presentación de un plan de manejo integral. Procedencia.

Con nota de Elizabeth Safar

1. — Ha quedado acreditada la insuficiencia del accionar del Estado provincial y municipal respecto del manejo sustentable de la microcuenca del río La Caldera, cuya inestabilidad frente a sucesos naturales previsible ha resultado demostrada, lo que lejos de cumplir con el petitorio de estabilización, en el sentido constitucional del reconocimiento a un derecho al ambiente ecológicamente equilibrado, la defensa hace ostensible la necesidad de la programación de obras públicas de despeje y defensas sobre la microcuenca.
2. — En lo que respecta al municipio, ha reconocido expresamente carecer de un protocolo de crecidas e inundaciones, limitándose su actuación previa a la remisión de pedidos de planes de mínimas, que no se corresponden con el paradigma ecocéntrico que ha fijado nuestro Máximo Tribunal Nacional respecto del manejo de las cuencas.
3. — Las obras y planes ejecutados por los accionados, esto es, el municipio con el control y asistencia técnica de la autoridad de aplicación en materia hídrica de la provincia, que se concretan en los pedidos y la ejecución de los planes de mínimas, pasarelas peatonales de los arroyos, y la planificación ante las emergencias, no atienden a la preservación de la cuenca, sino a evitar los desbordes y sus consecuencias sobre las personas y los bienes de los habitantes del municipio de La Caldera.
4. — El bien jurídico ambiente y el micro bien hídrico deben ser protegidos cuando la carencia de acciones tendientes a evitar la afectación y degradación de la microcuenca ha quedado probada, como también el riesgo existente de que estos sucesos puedan volver a producirse afectando una comunidad vulnerable en los términos de las definiciones dadas por el art. 2° del Sistema Nacional para la Gestión Integral del Riesgo y la Protección Civil, ley 27.287.
5. — El art. 43 de la Constitución Nacional en su segundo párrafo, al referirse al amparo colectivo hace expresa alusión a su empleo para accionar en protección del ambiente, al decir que “podrán interponer esta acción contra cual-

quier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización”.

6. — En los procesos en los que se debaten cuestiones ambientales rige el art. 32 de la Ley General de Ambiente que establece que el acceso a la jurisdicción en estos casos no admitirá restricciones de ningún tipo y especie.
7. — No puede prosperar la defensa de falta de legitimación activa, toda vez que el amparista invoca su calidad de afectado en relación con la lesión al derecho ambiental, reclamando la vigencia de un derecho naturalmente colectivo por lo que los cuestionamientos sobre la legitimación de los reclamantes encuentra su validación en los arts. 43 de la CN, 30 de la Ley General del Ambiente y 13 de la Ley Provincial del Ambiente, habiendo acreditado el presentante su vecindad en la localidad de La Caldera, puntualmente en el barrio El Durazno, el que sufrió las consecuencias de los sucesos acontecidos por las crecidas de los arroyos que dan origen a este proceso.
8. — El recaudo de la existencia de la causa fáctica homogénea no resulta exigible en el caso, en tanto la invocada afectación al derecho al ambiente tiene por sustento la falta de cumplimiento de las obligaciones y acciones positivas por parte de las accionadas, sin que se reclame ningún derecho individual por parte de los amparistas.

JMinas, Salta, 17/12/2021. - Lazarte Vigabriel, Eduardo José Ignacio c. Municipalidad de la Caldera; Ministerio de la Producción, Trabajo y Desarrollo Sustentable s/ amparo colectivo.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/199166/2021]

COSTAS

Se imponen en el orden causado.

Expte. N° EMI 23860/2020.

1ª Instancia.- Salta, diciembre 17 de 2021.

Resulta:

I. A fs. 178/196 se presenta el Dr. Eduardo José Ignacio Lazarte Vigabriel con el patrocinio letrado del

Dr. Julio Chávez, y deduce demanda de amparo colectivo contra la Municipalidad de La Caldera y el Ministerio de Producción, Trabajo y Desarrollo Sustentable de la Provincia de Salta, con el objeto de lograr el cumplimiento de las medidas y acciones positivas tendientes a estabilizar, proteger y ordenar la microcuenca del río La Caldera que integra la sub cuenca del río Mojotoro. Expresa que la finalidad de la acción es impedir que se concrete y agrave el proceso de degradación integral que registra el área por ausencia de acciones directas establecidas en la normativa ambiental vigente de competencia provincial y municipal, y para ello solicitan se condene a presentar un plan de manejo integral de la cuenca que tenga por finalidad la estabilidad, ordenamiento y desarrollo sustentable de la misma y contenga el plan de monitoreo de contingencia y mitigación de los efectos antrópicos lícitos e ilícitos que se hayan registrado y que impacten nocivamente en la fragilidad de dicha cuenca.

- Invoca la calidad de afectado y acompaña un listado de damnificados, a los fines de acreditar la legitimación extraordinaria de conformidad con la ley provincial 7070 y ley 25.675. En cuanto a la representatividad adecuada expresa que quienes ejercen la representación técnica y legal en el caso cuentan con antecedentes suficientes en materia de amparo ambiental colectivo de igual o similar naturaleza al presente, lo que invoca puede ser cotejado en las constancias del registro de procesos colectivos.

- Relata que con fecha 21 de diciembre de 2018 y 3 de enero de 2019 se suscitaron eventos previsible que afectaron a los vecinos de La Caldera de los barrios denominados loteos El Durazno I, II, III, IV, V y El Nogalar I, II, IV y Potreros de La Caldera, inundando las propiedades y los caminos de acceso e imposibilitando el libre tránsito como consecuencia del aluvión proveniente de la sedimentación constante de los cauces de los arroyos denominados Guaranguay, Los Duraznos, Los Manzanos y un arroyo sin identificación que comprenden la microcuenca y la fuerza súbita de las aguas provenientes del río arriba en tanto ambas circunstancias no fueron contenidas por acciones positivas de prevención y protección por parte de las demandadas.

- Invoca que la microcuenca tiene características de fragilidad atribuibles a sus condiciones geomorfológicas y también a las características equivalentes a la Yunga como bosque subtropical de transición con un comportamiento en el microclima de lluvias torrenciales en el período noviembre-abril. En ese contexto entienden que los sucesos naturales acontecidos resultaban previsible.

- Dice que desde el año 2016 los vecinos autoconvocados mantienen reuniones buscando soluciones,

y han presentado distintos pedidos formales al Municipio, tales como los que tramitaron en los expedientes N° 231.458 Y 231.459, circunstancias en las que manifiestan haber tomado conocimiento sobre la obra de agua potable denominada Sistema Acueducto Norte: "Dique Campo Alegre" que se estaría por realizar en una zona afectada y se llevaría a cabo el desmonte del cordón ribereño de árboles entre la costanera y el río La Caldera, lo que los preocupó a fin de que no se afecte el bosque ribereño ni se exponga a los vecinos a inundaciones.

- En el año 2018 nuevamente presentaron reclamo mediante nota al Municipio que tramito bajo el número de expediente N° 233.231, donde la vecina Alejandra Barreto solicitó audiencia a los fines de acercar la propuesta del proyecto "Área de conservación ribereña del río La Caldera". Luego se presentó nuevo reclamo por expediente N° 233.848 donde se denunció la extracción de áridos en una zona cercana a la costanera del barrio El Durazno y no en el tercio medio, por parte de un particular de nombre Ernesto López a quien pertenece la cooperativa Mesa Redonda Ltda. En el mismo año se hicieron nuevos reclamos, al municipio, a la Secretaría de Minería de la Provincia de Salta, a la Secretaría de Recursos Hídricos, y finalmente a la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable, donde se solicitaba la adopción de medidas en razón de las situaciones denunciadas.

- Afirma el amparista que ninguno de estos reclamos fue respondido.

- Relata que en el año 2014/2015 se realizó el Plan de Desarrollo Urbano Ambiental en La Caldera con el objetivo de diseñar un plan de desarrollo urbano ambiental para el municipio, promover un desarrollo sostenido y definir una gestión integrada y participativa.

- Invoca la existencia de informes realizados por el INTA, la Asociación Bosque Modelo Jujuy y la Fundación Oikos para el desarrollo sustentable, los que ya habrían anunciado la alta peligrosidad que revestía la cuenca sin el apropiado manejo y sus características propias, sumándole los impactos negativos antrópicos autorizados por la municipalidad tanto para actividades industriales, mineras e inclusive de desarrollo urbanístico.

- Considera que la desatención de normas expresas y recomendaciones científicas consagraron el daño por comisión, el que se produjo luego de años de reclamos, siendo que en el año 2018 se produjo el alud que denuncian, ante lo cual alrededor de 100 vecinos se congregaron en la intendencia del municipio de La Caldera a reclamar la inmediata implementación de

obras de contención y prevención tal como surge de las noticias periodísticas que acompañan.

- El día 3 de enero de 2019 se repitió el alud, lo que atribuyen a una serie de autorizaciones, contrataciones y aprobaciones efectuadas por los demandados sin la debida diligencia ambiental ya que en ningún caso —afirman— se requirió estudios de impacto ambiental ni se efectuó un ordenamiento territorial sustentado en un estudio de impacto ambiental acumulativo que le permitiera a la autoridad administrativa conceder licencias para actividades de alto impacto negativo sobre la frágil estructura de la cuenca aludida.

- Destaca la extraordinaria explotación de desarrollos inmobiliarios, la ausencia de intervención y monitoreo puntual y efectivo sobre la traza y construcción del acueducto norte “Dique Campo Alegre” que une ese dique con la cisterna de Aguas del Norte denominada “El Huaico”, donde estima que no era aconsejable la instalación del ducto sobre las siguientes zonas a) franja ribereña de alta fragilidad hidrológica, b) zona donde se encontraba un bosque ribereño nativo de alta biodiversidad el que fue desmontado parcialmente para la instalación de la traza de acueducto mencionado; c) zona de los arroyos Guaranguay los Duraznos; d) zona de toma de agua no autorizada y única provisión de agua para el loteo El Durazno donde la empresa Supercemento hizo una sobreexplotación de áridos y no realizó ninguna defensa provocando la invasión del río sobre dicha zona. También cuestionan la sobreexplotación de áridos y la ausencia de control de volúmenes, procedimientos e impacto en el curso de las aguas, como así también los estudios de impacto ambiental requeridos por las leyes mencionadas.

- Estima que concurren en el caso los presupuestos fácticos y jurídicos de procedencia de la demanda, en tanto se configura falta de acción u omisión de la autoridad pública sobre autorizaciones ilegales o arbitrarias sin control o monitoreo ambiental alguno; la omisión de obras que permitan un manejo adecuado y preventivo e integrador del recurso hídrico comprometido. Definen el área de afectación e influencia como aquella comprendida en la zona sur del municipio de La Caldera en los caminos vecinales que atraviesan cuatro arroyos denominados Guaranguay, Los Duraznos, Los Manzanos y un arroyo sin identificación, todos de paso obligado para acceder a los barrios El Noglar I, II, IV, todas las etapas del barrio el Durazno, y destacan que entre ellos existen diferentes puntos críticos como son los accesos vecinales, las zonas de desmonte.

- Ofrece prueba, invocan el derecho que estima aplicable y solicita el dictado de una medida precautoria.

- A fs. 198/203 se agrega el dictamen de quien fuera en ese momento Procurador General de la Provincia, Dr. Pablo López Viñals; dictándose a fs. 214/216 la resolución por la cual se tiene a los actores como legitimados extraordinarios en razón de haber alegado su calidad de afectados en los términos de los artículos 43 de la Constitución Nacional, 30 de la Ley General del Ambiente y 13 inciso a de la Ley Provincial del Ambiente; se estimó que los actores contaban con representatividad adecuada; se definió al grupo afectado por las invocadas lesiones a derechos colectivos como aquel que comprende a los vecinos de la localidad de la Caldera cuyos domicilios se encuentran ubicados en el cuadrante definido por el actor como Cuenca Media, comprendiendo los Barrios Zabaleta, El Balcon, Santa Mónica, El Jardín, 20 Viviendas, La Milagrosa, El Nogalar I, II, IV, El Durazno I a VI, y el casco histórico.

- A fs. 222/225 se dictó medida cautelar y se mandó a las accionadas a presentar un Plan de Emergencia conjunto a fin de resguardar a los vecinos de los barrios que allí se enumeran y sus bienes de los efectos del desborde, crecida o inundación del Río Caldera y los arroyos que conforman su microcuenca.

- A fs. 247/249 el señor Secretario de Recursos Hídricos de la provincia presenta informe circunstanciado en el que solicita el rechazo de la acción por considerar que no le asiste derecho al amparista en su reclamo por tener un objeto poco claro, y que debió rechazarse in limine en razón del defecto legal.

Cuestiona que se demande al ministerio y no se individualice la Secretaría, y también estima que no se agotó la instancia administrativa. Expresa que se debió acompañar un estudio hidrogeológico, para así desvirtuar la eficacia de la que gozan los actos de los funcionarios públicos.

- Solicita la intervención de Fiscalía de Estado, y puntualiza que la Secretaría de Recursos Hídricos no es un organismo ejecutor de obras sino Autoridad de Aplicación del Código de Aguas, que no dispone de medios económicos, ni obligación de ejecutar obra alguna. Dice que los amparistas reconocen que la fragilidad de la cuenca en razón de las características geomorfológicas y que sin lugar a dudas deben efectuarse tareas de limpieza y encauzamiento constantes para garantizar el libre escurrimiento de las aguas y evitar efectos dañosos, pero que no es esa Secretaría quien debe efectuar dichas obras.

- Respecto a los loteos, dice que son los emprendedores de loteos quienes, por imperio de los artículos 233, 235, 236 y concordantes del Código de Aguas, deben realizar las defensas necesarias para proteger sus loteos, a cuyo fin deben solicitar la autorización de la Secretaría.

- Entiende que no hay omisión alguna del Estado Provincial ni Municipal, e invoca el expediente N° 34-195999/17-cpde 1 por el cual se sugirió se incorpore al Plan de Mínima de Defensas y Encauzamientos, años 2017-2018, las obras solicitadas por el Intendente de la Caldera bajo el citado expediente por un monto de \$15.315.190,36, el que se encuentra en trámite. Invoca el trámite del expediente N° 34-195335/16, también de obras de defensas solicitadas por el Intendente de La Caldera por \$1.727.0000 y finalmente en noviembre de 2018 el intendente del municipio demandado solicitó la aprobación del proyecto de plan de mínima de obras de defensas y encauzamientos que afectan al municipio de La Caldera y la construcción de defensas en las zonas críticas del Río La Caldera.

- Aclara que los planes de mínima y encauzamientos que presentan los intendentes deben realizarse preferentemente entre los meses de marzo a octubre de cada año, y que una vez presentado el proyecto es analizado por la secretaria técnicamente y se remite a la Secretaría de Asuntos Municipales para el financiamiento de la obra a ejecutarse elaborándose un convenio entre esa Secretaria y el Municipio. Dice haber verificado las extracciones de áridos en el río.

- A fs. 259 la Dra. María Graciela Oviedo en representación de la Municipalidad de la Caldera se presenta y adhiere al informe formulado por el Ministerio de Producción, Trabajo y Desarrollo Sustentable de la Provincia de Salta y ratifica el plan de emergencia acompañado.

- A fs. 276/287 se presentan el Dr. Matias J. Brogin y la Dra. Paula Gabriela Herrando, invocando el carácter de abogados de Fiscalía de Estado de la Provincia de Salta, presentan el informe solicitado y piden la citación como tercero de la firma El Jardín Celestial SRL.

- Realizan consideraciones preliminares respecto al marco normativo que delimita las competencias municipales, en particular citan el artículo 176 de la Constitución de Salta, el que establece que es competencia de los municipios lo relativo al urbanismo, higiene y salubridad, como también la protección y promoción del medio ambiente, paisaje, equilibrio ecológico y contaminación ambiental, tendiendo al desarrollo sostenible; y también las disposiciones de la carta municipal y el artículo 64 de la ley 7070 referido a los recursos hídricos. Sobre dichas referencias concluyen que el municipio tiene competencia para

atender todo lo atinente al urbanismo y al medio ambiente, mientras que la autoridad de aplicación en materia de recursos hídricos es la Secretaría de Recursos Hídricos dependiente del Ministerio de Producción, Trabajo y Desarrollo Sustentable de la Provincia de Salta, sin perjuicio de la cooperación y asistencia técnica y financiera que pudieran tener los gobiernos provinciales o nacionales en tales asuntos.

- Esgrimen que los loteos efectuados han sido aprobados por la Municipalidad de La Caldera, que el loteo El Durazno es privado y Potreros de La Caldera y el Nogalar son loteos municipales y que de conformidad con los artículos 233, 235 y 236 del Código de Aguas deben construirse las defensas necesarias para proteger los loteos con la autorización de la autoridad de aplicación. Dicen que el loteo El Durazno, para ejecutar las obras propias debió presentarse ante la Municipalidad de La Caldera, conjuntamente con intervención a la Dirección General de Inmuebles y la Secretaría de Recursos Hídricos, esta última para emitir el correspondiente certificado de no inundabilidad. Destacan que dicho loteo privado efectuó los trámites y procedimientos administrativos tendientes a obtener el certificado de no inundabilidad y del expediente N° 034-70609/2016-2 surgen las acciones y medidas efectuadas por la Secretaría de Recursos Hídricos como organismo de control respecto de las acciones que debió efectuar dicho loteo, por lo que estiman no se encuentra acreditado cual es el acto u omisión ejercido por la autoridad pública que sea arbitraria o ilegítima. Respecto a los otros loteos afirman que la autoridad de aplicación no ha tenido intervención.

- También dicen que los municipios que cuenten con ríos, cuencas, afluentes entre otros deben presentar anualmente un Plan de Mínima de Defensa y Encauzamiento de sus ríos a los fines de ser evaluado por la Secretaría de Recursos Hídricos, a los fines de obtener la autorización para ejecutar obras tendientes a realizar la limpieza de los ríos como así también su encauzamiento; una vez aprobado se remiten las actuaciones a la municipalidad para presupuestar y otorgar los fondos. Sostienen que año a año la Secretaría de Recursos Hídricos ha autorizado dichos planes, y que en el plan del año 2018 fue remitido en el mes de noviembre en el que ya no es posible efectuar obras en virtud de las condiciones que se presentan durante el período de lluvias, tramitado por expediente N° 34-195335/2016-2, y que de la constatación realizada surge que en el año 2018 se había concretado un avance del 50 por ciento.

- Invocan la improcedencia de la vía del amparo, la inexistencia de arbitrariedad, ilegalidad y omisión manifiesta por parte de la Secretaría de Recursos Hídricos, necesidad de amplitud de debate y prueba. En similar sentido se pronuncian sobre el proceso colec-

tivo por la legitimación de los reclamantes, su falta de acreditación de la idoneidad, inexistencia de una causa fáctica homogénea.

- A fs. 424/428 se presenta el Dr. José Luis Criado en el carácter de apoderado del tercero citado, Jardín Celestial SA, presenta el informe que le fue requerido a fs. 293. Expresa que es propietaria y administradora de los loteos El Durazno I, II, III, IV y V, y dice haber dado cumplimiento estricto a la normativa aplicable y contar con las habilitaciones pertinentes, encontrándose terminados los tramites en los loteos I, II y IV, y en trámite pendiente de aprobación los loteos el Durazno III y V. Niega que por su incumplimiento se hubiesen producido daños a los vecinos en los acontecimientos referidos en la demanda. Niegan la producción de un aluvión, que el señor Renzo Palacios haya participado en la reunión de fecha 31 de marzo de 2016, y que los loteos realizados por Jardín Celestial SA hayan producido algún impacto ambiental negativo o influyeran de manera negativa en el normal decurso de las aguas pluviales. Sostiene que ha desarrollado su actividad respetando la normativa aplicable, que en sus loteos existen ciento cincuenta viviendas y más de quinientos lotes vendidos no habiendo recibido reclamo alguno por parte de los propietarios.

- A fs. 647/648 dictamina el señor Fiscal Civil N° 2 Interino quien se pronuncia por la procedencia parcial de la acción de amparo en tanto no obra en autos un plan concreto interjurisdiccional de manejo de cuenca, elaborado por especialistas y con objetivos perfectamente definidos.

Considerando:

I. La acción de amparo: En primer lugar corresponde analizar la pertinencia de la vía escogida en tanto ha sido cuestionada en el informe presentado por la Secretaría de Recursos Hídricos y Fiscalía de Estado (v. fs. 247/249 y 276/287 respectivamente).

El artículo 87 de la Constitución de la Provincia establece que “la acción de amparo procede frente a cualquier decisión, acto u omisión arbitrarios o ilegales de la autoridad, excepto la judicial, o de particulares, restrictivos o negatorios de las garantías y derechos subjetivos explícitos o implícitos de esta Constitución, tanto en el caso de una amenaza inminente cuanto en el de una lesión consumada, a los fines del cese de la amenaza o del efecto consumado”.

- Tiene dicho la Corte de Justicia de Salta que “a tenor de lo dispuesto por el art. 87 de la Constitución de la Provincia, la acción de amparo procede ante actos u omisiones ilegales de la autoridad o de particulares restrictivos o negatorios de las garantías y derechos subjetivos explícita o implícitamente allí

consagrados. La viabilidad de esta acción requiere, en consecuencia, la invocación de un derecho indiscutible, cierto, preciso, de jerarquía constitucional, pero además, que la conducta impugnada sea manifiestamente arbitraria o ilegítima, y que el daño no pueda evitarse o repararse adecuadamente por medio de otras vías (cfr. esta Corte, Tomo 61:917; 64:137; 65:629; 127:315, entre otros)” (CJS Tomo 221:897/910).

El amparo exige entonces para su apertura, circunstancias muy particulares, caracterizadas por la presencia de arbitrariedad o ilegitimidad manifiesta que, ante la ineficacia de los procedimientos ordinarios, origina un daño grave solo eventualmente reparable por este procedimiento urgente y expeditivo. Debe tratarse de una vulneración de garantías constitucionales, pues la razón de ser de la acción de amparo no es someter a la vigilancia judicial el desempeño de los funcionarios y organismos administrativos, ni el contralor del acierto o error con que ellos cumplen la función que la ley les encomienda, sino proveer el remedio adecuado contra la arbitraria violación de los derechos y garantías reconocidos por la Constitución (cfr. doctrina de la CSJN en Fallos: 305:2237; 306:788, entre muchos otros; criterio seguido por la CJS en Tomo 221:897/910).

- La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que “Siguiendo a Juan Francisco Linares, que la razonabilidad y la justicia de una ley está dada cuando ella se traduce en la mejor posibilidad de entendimiento colectivo con el menor sacrificio de derechos, concepción que es la que mejor armoniza con el principio “pro homine”, enunciado en los artículos 5° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el 29° de la Convención Americana, según el cual siempre habrá de preferirse la interpretación que resulte menos restrictiva de los derechos reconocidos por esos jerarquizados textos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Así cuando unas normas ofrezcan mayor protección, estas habrán de primar, de la misma manera que siempre habrá de preferirse en la interpretación la hermenéutica que resulte menos restrictiva para la aplicación del derecho fundamental comprometido (CIDH OC 5-85).” (CSJN; “Grupo Clarín”; Fallos: 336:1774).

- Dado que en el presente caso se dedujo un amparo colectivo, no puede dejar de ponerse de resalto que el artículo 43 de la Constitución Nacional en su segundo párrafo, al referirse al amparo colectivo hace expresa alusión a su empleo para accionar en protección del ambiente, al decir que “podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas

conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización”.

- Si bien podría afirmarse que la cuestión debatida en autos requiere una vía de conocimiento ordinaria (tal como lo demuestra el tiempo insumido en su tramitación —ver por ejemplo el plazo de 10 días otorgado para la presentación del informe a las accionadas a fs. 216—, las pruebas producidas y la dificultad probatoria del caso), y que sería deseable que el legislador provincial regule el trámite de los procesos colectivos que no sea pertinente que discurran —por su complejidad— por la vía de amparo, mora que ha sido destacada —respecto del legislador nacional— por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente “Halabi”, y también por la Suscripta en el antecedente registrado al tomo 49 fs. 142/160, dictado en los autos “Usuarios y Consumidores Unidos (UCU) Delegación Salta vs. Autoridad Metropolitana de Transporte y SAETA SA s/ amparo colectivo”, Expte. N° 23893/19, que tramitó por ante este mismo juzgado a mi cargo, donde afirmé que la falta de regulación de los procesos colectivos en la provincia de Salta hace que los litigantes opten por la vía de amparo, por ser esta una vía procesal que admite su adecuación a las necesidades del proceso conforme a una recta interpretación de la Constitución (artículo 87 de la Constitución de la Provincia de Salta), sin que la mora legislativa para regular el especial cause que requieren los procesos colectivos pueda implicar, o convertirse, en una negación del acceso a la justicia de los derechos constitucionales reconocidos en los artículos 41, 42 y 43 de la CN, los que resultan plenamente operativos (cf. fallos CSJN 239:459; 241:291 y 315:1492). Criterio que he reiterado en la sentencia registrada al tomo 50, fs. 280/301, en los autos “Farfan, Yone M. y Foro de Mujeres por la Igualdad de Oportunidades c. Dirección General del Servicio Penitenciario y Ministerio de Gobierno, Derechos Humanos y Justicia de la Provincia de Salta s/ amparo colectivo”, Expte. N° 24003/19 y que mantengo, sobre la admisión de la vía de amparo aun en los casos que —como el presente— requieren una tramitación que supera los cauces propios y típicos del amparo, ello mientras perdure la falta de regulación de los procesos colectivos, y en virtud del principio *pro actione*, tal como se lo consideró en el transcurso del trámite de este expediente.

- Asimismo, parece abonar la pertinencia de la aplicación del mencionado principio *pro actione* el texto de la ley N° 7.968 que crea el Registro Público de Procesos Colectivos en la Provincia de Salta, la que en su artículo cuatro dispone que se procederá a la inscripción de “todas las causas de la especie indicada, radicadas ante el Poder Judicial de la Provincia de Salta, cualquiera fuese la vía procesal por la cual tramiten y el fuero ante el que estuvieran radicadas”, regulación que se muestra indicativa de la apertura que el legisla-

dor (y la Corte de Justicia en tanto el texto de la ley es el fruto de una iniciativa legislativa del Máximo Tribunal Provincial) ha dado para la tramitación de los reclamos colectivos, ello como se dijo, mientras dure en la Provincia la situación de falta de regulación específica para la tramitación de los procesos colectivos.

- A todo ello cabe agregar que en los procesos en los que se debaten cuestiones ambientales rige el artículo 32 de la Ley General de Ambiente que establece que el acceso a la jurisdicción en estos casos no admitirá restricciones de ningún tipo y especie, habiéndose pronunciado la Corte Suprema de Justicia de la Nación diciendo que dicha norma “lo resuelto por el superior tribunal de la provincia afecta de modo directo e inmediato el derecho al debido proceso adjetivo (art. 18 de la CN) en razón de que consideró que la acción de amparo no era la vía”.

- También el Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe —Acuerdo de Escazú—, aprobado por ley 27.566, vigente a partir del corriente año, que tienen por objeto garantizar los derechos de acceso a la información ambiental, participación pública en los procesos de toma de decisiones ambientales y acceso a la justicia en asuntos ambientales. En el artículo 8, puntualmente garantiza el derecho a acceder a la justicia en asuntos ambientales y puntualmente obliga a asegurar el acceso a instancias judiciales disponiendo que: “8.3. Para garantizar el derecho de acceso a la justicia en asuntos ambientales, cada Parte, considerando sus circunstancias, contará con: a) órganos estatales competentes con acceso a conocimientos especializados en materia ambiental; b) procedimientos efectivos, oportunos, públicos, transparentes, imparciales y sin costos prohibitivos; c) legitimación activa amplia en defensa del medio ambiente, de conformidad con la legislación nacional; d) la posibilidad de disponer medidas cautelares y provisionales para, entre otros fines, prevenir, hacer cesar, mitigar o recomponer daños al medio ambiente; e) medidas para facilitar la producción de la prueba del daño ambiental, cuando corresponda y sea aplicable, como la inversión de la carga de la prueba y la carga dinámica de la prueba; f) mecanismos de ejecución y de cumplimiento oportunos de las decisiones judiciales y administrativas que correspondan; y g) mecanismos de reparación, según corresponda, tales como la restitución al estado previo al daño, la restauración, la compensación o el pago de una sanción económica, la satisfacción, las garantías de no repetición, la atención a las personas afectadas y los instrumentos financieros para apoyar la reparación”.

Así es que, este contexto descripto resulta favorable a la vía escogida para el trámite del litigio, y corres-

ponde proceder a analizar las constancias de autos a los fines de la resolución del conflicto planteado.

II. Recaudos del proceso colectivo: La Corte Suprema de Justicia de la Nación en el año 2009 en el caso “Halabi”, ante la falta de regulación de los procesos colectivos asignó pautas para su trámite a fin de garantizar el debido proceso colectivo y el derecho de defensa de las personas implicadas en él, luego la Corte de Justicia de Salta con fecha 16 de mayo de 2016 dictó la Acordada N° 12.100 que dispuso remitir como iniciativa legislativa a la Cámara de Diputados de la provincia el proyecto de ley que como Anexo forma parte de la misma, haciendo uso para ello de las atribuciones que le confiere el artículo 153, apartado “a”, inciso “e” de la Constitución de la Provincia. Dicho proyecto propuso crear un Registro Público de Procesos Colectivos, estableciendo también algunas líneas reglamentarias para su funcionamiento. Según surge de sus propios considerandos, esta decisión siguió los lineamientos dados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la Acordada N° 32/14, por medio de la cual se creó y aprobó el reglamento del Registro Público de Procesos Colectivos, así como también lo resuelto en el precedente “Municipalidad de Berazategui c. Cablevisión SA” que diera origen al dictado de dicha reglamentación por el máximo tribunal de justicia del país.

- Esta iniciativa se convirtió luego en la ley N° 7968, en virtud de la cual se dictó la resolución de fs. 214/216 de estos autos, que hizo mérito de la legitimación extraordinaria del actor (v. punto II) a), de su representatividad adecuada (v. punto II) b) y c), determinó la conformación del grupo afectado (v. punto II) c), dispuso la forma de publicidad (v. punto III) e), y se procedió a la inscripción en el Registro Público de Procesos Colectivos (v. punto IV).

- En lo que respecta a la publicidad del presente proceso en la resolución de fs. 178/181 punto III) e) se tuvo presente el domicilio especial fijado por el amparista en la localidad de La Caldera, en la casa de la vecina Silvia Mariana Pereyra, enclavada dentro del cuadrante geográfico que indican como cuenca media, lugar en el que se localiza el núcleo de afectados cuya legitimación extraordinaria se esgrime en el caso.

- Los cuestionamientos realizados por Fiscalía de Estado en su informe de fs. 276/287 en relación a la procedencia del proceso colectivo como vía de reclamo no encuentran sustento en los hechos expresados en la demanda.

- En efecto el amparista invoca su calidad de afectado en relación a la lesión al derecho ambiental, reclamando la vigencia de un derecho naturalmente

colectivo por lo que los cuestionamientos sobre la legitimación de los reclamantes encuentra su validación en el artículo 43 de la CN, 30 de la Ley General del Ambiente y 13 de la Ley Provincial del ambiente, habiendo acreditado el presentante su vecindad en la localidad de La Caldera, puntualmente en el Barrio El Durazno, el que sufrió las consecuencias de los sucesos acontecidos por las crecidas de los arroyos que dan origen a este proceso. Luego, la acción intentada ha sido considerada en la resolución de fs. 178/181 demostrativa de la representatividad adecuada de los actores, los que han desarrollado su rol a lo largo del proceso con suficiencia técnica, todo lo que indica que este reproche de Fiscalía de Estado tampoco puede prosperar.

- Por último, el recaudo de la existencia de la causa fáctica homogénea no resulta exigible en el caso, en tanto la invocada afectación al derecho al ambiente tiene por sustento la falta de cumplimiento de las obligaciones y acciones positivas por parte de las accionadas, sin que se reclame ningún derecho individual por parte de los amparistas. En efecto, en el caso se reclama la defensa de un derecho naturalmente colectivo como es el ambiente, al cual se ha referido la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Halabi”, en el considerando 11 diciendo que “11) Que los derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos (art. 43 de la Constitución Nacional) son ejercidos por el Defensor del Pueblo de la Nación, las asociaciones que concentran el interés colectivo y el afectado. En estos supuestos existen dos elementos de calificación que resultan prevalentes. En primer lugar, la petición debe tener por objeto la tutela de un bien colectivo, lo que ocurre cuando este pertenece a toda la comunidad, siendo indivisible y no admitiendo exclusión alguna. Por esta razón solo se concede una legitimación extraordinaria para reforzar su protección, pero en ningún caso existe un derecho de apropiación individual sobre el bien ya que no se hallan en juego derechos subjetivos. No se trata solamente de la existencia de pluralidad de sujetos, sino de un bien que, como el ambiente, es de naturaleza colectiva. Es necesario precisar que estos bienes no tienen por titulares a una pluralidad indeterminada de personas, ya que ello implicaría que si se determinara el sujeto en el proceso este sería el titular, lo cual no es admisible. Tampoco hay una comunidad en sentido técnico, ya que ello importaría la posibilidad de peticionar la extinción del régimen de cotitularidad. Estos bienes no pertenecen a la esfera individual sino social y no son divisibles en modo alguno. En segundo lugar, la pretensión debe ser focalizada en la incidencia colectiva del derecho. Ello es así porque la lesión a este tipo de bienes puede tener una repercusión sobre el patrimonio individual, como sucede en el caso del daño ambiental, pero esta última acción corresponde a su titular y resulta concurrente

con la primera. De tal manera, cuando se ejercita en forma individual una pretensión procesal para la prevención o reparación del perjuicio causado a un bien colectivo, se obtiene una decisión cuyos efectos repercuten sobre el objeto de la causa petendi, pero no hay beneficio directo para el individuo que ostenta la legitimación. En este tipo de supuestos, la prueba de la causa o controversia se halla relacionada con una lesión a derechos sobre el bien colectivo y no sobre el patrimonio del peticionante o de quienes este representa. Puede afirmarse, pues, que la tutela de los derechos de incidencia colectiva sobre bienes colectivos corresponde al Defensor del Pueblo, a las asociaciones y a los afectados, y que ella debe ser diferenciada de la protección de los bienes individuales, sean patrimoniales o no, para los cuales hay una esfera de disponibilidad en cabeza de su titular”.

- Luego, el Máximo Tribunal Nacional se refiere al requisito de la causa fáctica común en el considerando 12 de la misma sentencia, pero lo hace al analizar y determinar los contornos de los reclamos referidos a derechos individuales homogéneos, los que en el caso no han sido reclamados.

III. El objeto de la demanda y el marco normativo: el amparista promueve la presente acción de amparo ambiental persiguiendo el cumplimiento de las medidas y acciones positivas tendientes a estabilizar, proteger y ordenar la microcuenca del río La Caldera, y que integra la subcuenca del río Mojotoro. Dice que acciona con la finalidad de impedir que se concrete y agrave el proceso de degradación integral que registra la cuenca por ausencia de acciones directas establecidas en la normativa ambiental vigente de competencia provincial y municipal, y pide expresamente que se condene a la contraria a presentar un plan de manejo integral de la cuenca que tenga por finalidad la estabilidad, ordenamiento y desarrollo sustentable de la misma y contenga el plan de monitoreo de contingencia y mitigación de los efectos antrópicos lícitos e ilícitos que se hayan registrado y que impacten nocivamente en la fragilidad de dicha cuenca.

- En el manual publicado por el Centro de Estudio de Justicia para las Américas del sistema interamericano, se expone que este tipo de temáticas hacen a la justiciabilidad de la denominada gobernanza ambiental. Así “El Estado de Derecho Ambiental crea una base para la Gobernanza Ambiental que protege los derechos y hace cumplir las obligaciones fundamentales. Ofrece un marco para abordar la disparidad de las leyes ambientales en la letra y en la práctica y es fundamental para lograr los Objetivos de Desarrollo Sostenible de las Naciones Unidas. (...) La gobernanza ambiental comprende un amplio conjunto de directrices, objetivos, criterios y enfoques para tomar e implementar decisiones relacionadas con el medio am-

biente. Es una mirada sobre la práctica y realidad de la cosa regulatoria ecológica. Es el sistema y los procesos según los cuales los aportes ambientales (que podríamos ejemplificar pensando en asignaciones del presupuesto ambiental y la cantidad de inspectores), se traducen en resultados ambientales, como aire y agua limpios. Esto incluye mecanismos que aseguran el cumplimiento y la aplicación de las leyes ambientales como brindar acceso democrático a la información ambiental, participar en las tomas de decisiones y reclamar los desvíos gubernamentales o los riesgos y daños ambientales, así como prácticas destinadas a mejorar resultados ambientales específicos. (...) Por ello veremos que los instrumentos de la gobernanza tienen (y deben tener) también posibilidades de justiciabilidad, al igual que los riesgos y daños ambientales (Lloret, J. S., “Manual de Litigación en Casos Civiles Complejos Medioambientales”, CEJA, Santiago de Chile, p. 32/33).

- El marco normativo del caso está dado por los artículos 41 y 43 de la Constitución Nacional, 30 y 83 de la Constitución de la Provincia, las leyes nacionales 25.675 Ley General del Ambiente —especialmente su artículo 8—, 25.688 Régimen de Gestión Ambiental de Aguas, 27.287 Sistema Nacional para la Gestión Integral del Riesgo y la Protección Civil, 27.566 aprueba el Acuerdo de Escazú y leyes provinciales 7070 Ley Provincial de Ambiente, 7017 Código de Aguas, 7543 Ordenamiento Territorial de Bosques Nativos, Decreto 1682/19.

- La Constitución Nación reformada en el año 1994 incluyó la expresa protección del ambiente diciendo en el artículo 41 que “todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley. Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales. Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquellas alteren las jurisdicciones locales. Se prohíbe el ingreso al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos, y de los radiactivos”.

- La Corte de Justicia local en un precedente referido a un proceso de amparo con objeto ambiental dijo: “en este orden de ideas, el art. 41 de la CN, incorporado por la Convención Constituyente del año 1994, ha consagrado el derecho a un ambiente sano,

apto y apropiado. En su primer párrafo establece '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...'. Asimismo, el tercer párrafo evidencia una expresa delegación de las Provincias hacia la Nación en cuanto dispone "...corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquellas alteren las jurisdicciones locales...". De acuerdo a tal mandato, el Congreso de la Nación dictó la Ley de Gestión Integral de Residuos Industriales y de otras actividades de servicio (25.612), la Ley General del Ambiente (25.675), el Régimen de Gestión Ambiental de Aguas (25.688), la Ley de Presupuestos Mínimos sobre P.C.Bs (25.670) y Ley de Acceso a la Información Pública Ambiental (25.831). En particular, la Ley 25.675, considerada una ley marco en lo referido a la temática de presupuestos mínimos, aclara la problemática abordada en el caso, respecto al daño ambiental colectivo. Cabe destacar que dicha normativa rige en todo el territorio de la Nación y sus disposiciones son de orden público y plenamente operativas (art. 3°). En lo que aquí interesa, su art. 2° inciso k) menciona entre los objetivos a cumplir por la política ambiental nacional, el de "establecer procedimientos y mecanismos adecuados para la minimización de riesgos ambientales, para la prevención y mitigación de emergencias ambientales y para la recomposición de los daños causados por la contaminación ambiental"; en igual sentido, el artículo 4° incorpora el principio precautorio, por el que, en casos de 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; y el principio de la prevención, donde las causas y las fuentes de los problemas ambientales se atenderán en forma prioritaria e integrada, tratando de prevenir los efectos negativos que sobre el ambiente se pueden producir. Tal principio de precaución se encuentra de igual forma previsto por la Ley provincial 7.070, de protección del medio ambiente, la que también incorpora el concepto técnico de "riesgo", entendido como "la probabilidad de que una persona, bien, recurso natural o medio ambiente, sufra una consecuencia adversa a raíz de alguna actividad o la exposición a un contaminante" (art. 3° "in fine"). En lo referido al daño ambiental se ha efectuado una distinción entre la situación fáctica, una vez que aquel se ha producido, desde la recomposición ex post, con la anticipación de los problemas ambientales en la faz preventiva, ex ante. Es en este ámbito donde el principio precautorio antes mencionado ocupa un papel central, en cuanto prevención del daño o pérdida de calidad

ambiental. Según los mandatos de dicho principio la incertidumbre científica constituye un llamado a la cautela. El fundamento precautorio, por lo tanto, actúa como una virtual inversión del onus probandi de orden científico, con mayor o menor rigor, según el grado de irreversibilidad de las acciones, o la singularidad de los recursos naturales comprometidos (cfr. Walsh, Juan Rodrigo, Di Paola, María Eugenia y otros, Ambiente, Derecho y Sustentabilidad, La Ley, 2000). Surge así el deber de los órganos jurisdiccionales de desplegar la tutela preventiva y sus técnicas con el fin de evitar que el daño temido que preanuncia el riesgo se torne real o, en todo caso, a neutralizar o aminorar en lo posible las consecuencias lesivas que alcanzaría a la comunidad afectada (conf. La Ley, "Suplemento de Derecho Constitucional", 7 de julio de 2004, p. 29)." (CJS T. 160: 627/660), marcando así el rumbo a seguir por parte de los órganos jurisdiccionales al momento de decidir, ello en el contexto de la obligatoriedad que tiene la interpretación de la constitución y las leyes que realiza el Superior Tribunal Provincial en sus sentencias, de conformidad lo prevé el artículo 40 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Provincia de Salta (ley 5642).

IV. Los hechos y la prueba: El presente proceso en el que se debate el derecho al ambiente, debe ser analizado como se ha dicho a la luz de normas especiales, la prueba en particular, a la luz de las leyes 25.675 y 27.566.

- La Ley General del Ambiente en su artículo 32 dispone que "El juez interviniente podrá disponer todas las medidas necesarias para ordenar, conducir o probar los hechos dañosos en el proceso, a fin de proteger efectivamente el interés general", y en el artículo 33 dice que "los dictámenes emitidos por organismos del Estado sobre daño ambiental, agregados al proceso, tendrán la fuerza probatoria de los informes periciales, sin perjuicio del derecho de las partes a su impugnación".

- El Acuerdo de Escazú en el artículo 8 regula la garantía de acceso a la justicia en asuntos ambientales, y en particular el numeral 3.e) dice que el Estado debe contar con "medidas para facilitar la producción de la prueba del daño ambiental, cuando corresponda y sea aplicable, como la inversión de la carga de la prueba y la carga dinámica de la prueba".

- Resulta de las normas transcritas y la citada jurisprudencia de la Corte de Justicia de Salta (v. considerando III) que, el bien jurídico protegido ambiente ha sido considerado por el legislador como un bien prioritario al momento de su protección jurisdiccional, flexibilizando el esquema de cargas de la prueba y las facultades probatorias respecto del daño ambien-

tal, y ese es el contexto marcado para el análisis del espectro probatorio del caso.

- El amparista acompañó a fs. 01/177 prueba documental, incorporando constancias de actuaciones llevadas adelante por los vecinos de la municipalidad de La Caldera desde el año 2016, expresando su preocupación sobre el estado de los arroyos y el río La Caldera.

- De las constancias de autos surge que tanto la Secretaría de Recursos Hídricos de la Provincia de Salta (v. fs. 247/249 y documentos de fs. 250/259), como el municipio de La Caldera al adherir a los términos del informe presentado por la Secretaría mencionada (250/529), reconocen los sucesos acontecidos los días 21 de diciembre de 2018 y 3 de enero de 2019 respecto de los arroyos que desembocan a la altura de La Caldera, en el río La Caldera. En particular afirman que —y acompañan imágenes— el cruce C01 del arroyo Guaranguay está inhabilitado por que no se hicieron los correspondientes trabajos, también que los cruces C06 y C07 del arroyo El Durazno se encuentran inhabilitados. De dichas presentaciones también se sigue que difieren con la posición de la parte actora respecto a la atribución de responsabilidad que cabe las accionadas, señalando la Secretaría de Recursos Hídricos como responsable al Municipio.

- A fs. 343/344 se encuentra agregada el acta celebrada con motivo de la inspección ocular fijada en estos autos, en la que se recorrió el cuadrante definido como Cuenca Media, el que comprende los barrios Zabaleta, El Balcón, Santa Mónica, El Jardín, 20 Viviendas, La Milagrosa, El Nogalar I, II, IV, El Durazno I a IV y el casco histórico, como también la obra de emergencia en los arroyos y ríos del Municipio de la Caldera. En esa ocasión se observó la realización de una pasarela peatonal en el Arroyo El Guaranguay, obras en el arroyo El Manzano con movimiento de tierra en el cauce y la realización de un aparente paso peatonal, también en el arroyo El Durazno, circunstancias ante las cuales los representantes de la Secretaría demandada dijeron no haber autorizado esas obras. Los vecinos presentes manifestaron que en los últimos años se ha agravado la situación de las inundaciones, y que el arroyo El Durazno junta mucha agua y arrastra tantas piedras que aísla a los vecinos.

- A fs. 347/398 se presenta el nuevo intendente de la municipalidad demandada Diego Ramiro Sumbay, con el patrocinio letrado de los Dres. Héctor Alfredo Velásquez y Cinthia Gimena Mendieta, quienes ponen en conocimiento el plan de defensas para encarar el próximo período de lluvias y el proyecto de obra Construcción de Pasarela Peatonal en el Arroyo Guaranguay, obras con las cuales afirman buscar una solución definitiva a la problemática. En dichas

constancias se encuentra agregado a fs. 377 una nota dirigida por el entonces intendente del municipio demandado quien afirmaba respecto del arroyo El Durazno que existe una “degradación importante de las barrancas existentes y considerando que el pasado período de lluvias hemos sufrido inundaciones por la falta de trabajos en arroyo que atraviesa el Municipio: el arroyo durazno desbordó en dos oportunidades inundando a los vecinos y cortando los accesos para los barrios aledaños lo que implica serios riesgos de erosión de márgenes, ha rellenado su cauce en el transcurso de estas últimas tormentas con mayores riesgos de desbordes y colapso en diversos tramos del arroyo por lo que los reclamos de los vecinos son continuos y con razón puesto que se pueden observar condiciones muy precarias de protección a los mismos, y los vecinos adyacentes están amenazados con los desbordes del arroyo”.

- A fs. 403/405 la Dra. Paula Herrando en representación de Fiscalía de Estado, acompaña informe elaborado por la Secretaría de Recursos Hídricos donde reitera que dicho organismo es autoridad de aplicación del Código de Aguas, que no es organismo ejecutor de obras pero que sí confiere directrices técnicas en materia de obras hídricas y puntualmente en materia de limpieza y encauzamiento, y que el río La Caldera atraviesa el municipio de La Caldera siendo jurisdicción del mencionado municipio. En dicho informe se concluye que las obras que se están ejecutando, de pasarelas peatonales y encauzamiento de los arroyos, contribuyen en cierta medida a salvaguardar los bienes y las personas que habitan en los loteos afectados, y señala que se “deberá completar las obras que se están realizando con estructuras de puente carretero diseñadas a partir de un proyecto ejecutivo que contemplen los aspectos técnicos hidráulicos necesarios para el correcto funcionamiento de las mismas”.

- El municipio accionado a fs. 417, hace conocer el protocolo de crecidas e inundaciones y reconoce que la gestión anterior carecía de un plan, protocolo o medio de acción que previera una respuesta para la protección de las personas y sus bienes, habiéndose abocado el nuevo gobierno municipal a trabajar en ellos.

- En la audiencia realizada a fs. 454 se puso de resalto que hasta ese momento no se había dado cumplimiento con la medida cautelar dispuesta acompañando el protocolo de seguridad ordenado, y se propuso la conformación de un grupo de trabajo conjunto para la confección de un protocolo de seguridad de personas y bienes de las zonas afectadas en la presente acción, con informes periódicos de avances, y se señaló la importancia de la información a la población y de la comunicación de todas las partes, lo que es aceptado por los intervinientes. Luego a fs.

507/511, 515/520 se acompañan actas de trabajo del grupo conformado, y a fs. 536/537 se realiza nueva audiencia de cuya acta surge que las partes continúan trabajando en el protocolo de seguridad, que se presentó un Plan de Mínimas solicitado por el municipio y que las obras que se encuentra realizando la municipalidad cuentan con el asesoramiento técnico permanente de la Secretaría de recursos Hídricos. Finalmente, en la presentación de fs. 546 se acompaña el Protocolo para crecidas e inundaciones de La Caldera, la ordenanza municipal N° 708 por la que se crea la Junta Municipal de Defensa Civil de La Caldera, y nota de la Sub Secretaría de Defensa Civil del Ministerio de Seguridad del Gobierno de Salta donde se informa que tanto el protocolo como la ordenanza citada son compatibles con los planes y protocolos provinciales, y que en consecuencia de ello aprueban su contenido.

- A fs. 557, 562 se agregaron informes por parte del municipio sobre el comportamiento de los arroyos en los meses de noviembre y diciembre de 2020. Luego a fs. 567 se dispuso que dichos informes debían ser presentados en la primera semana de los meses de febrero, marzo y abril a fin de poner en conocimiento del tribunal lo actuado por la accionada como consecuencia de las lluvias, y también que en caso de ponerse en marcha el protocolo conformado, deben informar en el plazo de dos días lo sucedido y la actividad desplegada. En consecuencia, de lo ordenado se presentaron los informes de fs. 569/571, 588/592, 601/603, 619/620, 624/627 surgiendo de este último que fue presentado en el mes de junio a fin de hacer conocer las obras —habilitación del segundo puente pasarela— realizados en el arroyo El Durazno.

- A fs. 477/480 la Secretaría de Recursos Hídricos de la Provincia de Salta presenta certificado final de obra de la ejecución de las obras de defensas marginales en los arroyos Guaranguay y El Durazno, y adjunta informe efectuado por el ingeniero Ricardo Ramos de fecha 30 de abril de 2020 del cual surge que, en su opinión, las obras se ejecutaron conforme las reglas del buen arte y han funcionado para la emergencia para la que fueron previstas.

- Se destaca que al momento de alegar (v. fs. 691/703), el amparista invoca que la documentación agregada a fs. 71/115, estudio elaborado conjuntamente entre la Provincia de Salta y el Municipio de La Caldera con financiamiento del CFI, como base del ordenamiento territorial en el Proyecto de Ordenanza del Municipio, “no fuera discutida ni aprobada”, tienen la fuerza probatoria prevista por el artículo 33 de la Ley General del Ambiente.

- Sobre esta afirmación, corresponde determinar que en primer lugar no cabe asignarle el valor de

prueba pericial al proyecto referido, en tanto el artículo 33 de la ley 25.675 expresamente dice que tendrán dicha fuerza probatoria “los dictámenes emitidos por organismos del Estado sobre daño ambiental”. Así, siendo que se trata de un proyecto y no refiere a la prueba del daño ambiental, queda el supuesto fuera del encuadre normativo pretendido ya que no lo comprende la previsión excepcional del artículo 33. Es, al fin de cuentas, un instrumento técnico de gobernanza ambiental-urbanística que prescribe como se debe realizar de manera correcta una política sustentable sobre el territorio.

- Ahora bien, el mencionado proyecto aparece publicado en el Boletín Oficial de la Municipalidad de La Caldera con fecha 29 de abril del corriente año (<https://municipalidaddelcaldera.gob.ar/archive-filter/2021-04>), y puede consultarse en la página web del Ministerio de Desarrollo Territorial y Hábitat de la Nación que el “Código de Ordenamiento Territorial - Municipio de La Caldera” fue premiado en el Concurso de Experiencias Innovadoras de Planificación, Desarrollo Territorial y Políticas de Suelo (<https://www.argentina.gob.ar/noticias/se-anunciaron-los-ganadores-del-concurso-nacional-de-politicas-inclusivas-de-suelo-y>), por lo que —el texto publicado en el boletín oficial del municipio— deberá ser considerado en la presente como norma vigente en el ejido del municipio demandado.

V. La micro cuenca del río La Caldera, el derecho a un ambiente sano y equilibrado, y al agua como micro bien: Los amparistas han delimitado geográficamente el reclamo, y ello resulta graficado en las imágenes registradas en los CD reservados a fs. 212, siendo la cuenca media del río La Caldera el área de interés, la que es parte de la denominada cuenca Mojotoro-Lavayen-San Francisco (v. https://inta.gob.ar/sites/default/files/script-tmp-3_3_mlf_mojotoro.pdf).

La trascendencia del ambiente y el agua es puesta de manifiesto por diversos instrumentos que signan el presente resolutorio. Así la Observación General N° 15 del Comité DESC (v. Compilación de Tratados y Observaciones Generales del Sistema de Protección de Derechos Humanos de Naciones Unidas, Mireya Castañeda compiladora, publicado en <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r34177.pdf>) dice que “Los elementos del derecho al agua deben ser adecuados a la dignidad, la vida y la salud humanas, de conformidad con el párrafo 1 del artículo 11 y el artículo 12. Lo adecuado del agua no debe interpretarse de forma restrictiva, simplemente en relación con cantidades volumétricas y tecnologías. El agua debe tratarse como un bien social y cultural, y no fundamentalmente como un bien económico. El modo en que se ejerza el derecho al agua también debe ser sostenible, de

manera que este derecho pueda ser ejercido por las generaciones actuales y futuras”.

También que “Los Estados Partes deben adoptar estrategias y programas amplios e integrados para velar por que las generaciones presentes y futuras dispongan de agua suficiente y salubre. Entre esas estrategias y esos programas podrían figurar: a) reducción de la disminución de los recursos hídricos por extracción insostenible, desvío o contención; b) reducción y eliminación de la contaminación de las cuencas hidrográficas y de los ecosistemas relacionados con el agua por radiación, sustancias químicas nocivas y excrementos humanos; c) vigilancia de las reservas de agua; d) seguridad de que los proyectos de desarrollo no obstaculicen el acceso al agua potable; e) examen de las repercusiones de ciertas actividades que pueden afectar la disponibilidad del agua y en las cuencas hidrográficas de los ecosistemas naturales, como los cambios climáticos, la desertificación y la creciente salinidad del suelo, la deforestación y la pérdida de biodiversidad; f) aumento del uso eficiente del agua por parte de los consumidores; g) reducción del desperdicio de agua durante su distribución; h) mecanismos de respuesta para las situaciones de emergencia; e i) creación de instituciones competentes y establecimiento de disposiciones institucionales apropiadas para aplicar las estrategias y los programas”.

- Otro instrumento de incidencia relevante y de fecha más reciente, fue adoptado por la Asamblea General de la ONU, la que aprobó el 25 de septiembre de 2015 la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, “uno de cuyos pilares fue lograr que no one will let behind. La expresión: no dejar a nadie atrás sintetiza la principal aspiración del compromiso asumido. La Agenda 2030 fijó una serie de objetivos a lograr con la finalidad de poner fin a la pobreza y el hambre en todo el mundo, a combatir las desigualdades dentro de los países y entre ellos, a construir sociedades pacíficas, justas e inclusivas, a proteger los derechos humanos y promover la igualdad entre los géneros y el empoderamiento de las mujeres y las niñas, y a garantizar una protección duradera del planeta y sus recursos naturales. Se acordó procurar el universal respeto a los derechos humanos y a la dignidad de las personas, el estado de derecho, la justicia, la igualdad y la no discriminación” (Oteiza-Mosmann, Tutela judicial efectiva: Principio y derecho, *Civil Procedure Review*, v. 12, n. 2: maio-ago. 2021. 157 ISSN 2191-1339 - www.civilprocedurereview.com).

- Dentro de los objetivos fijados, el N° 6 es “Garantizar la disponibilidad de agua y su gestión sostenible y el saneamiento para todos”, siendo la metas de este objetivo “6.1 De aquí a 2030, lograr el acceso universal y equitativo al agua potable a un precio asequible para todos 6.2 De aquí a 2030, lograr el acceso a servi-

cios de saneamiento e higiene adecuados y equitativos para todos y poner fin a la defecación al aire libre, prestando especial atención a las necesidades de las mujeres y las niñas y las personas en situaciones de vulnerabilidad 6.3 De aquí a 2030, mejorar la calidad del agua reduciendo la contaminación, eliminando el vertimiento y minimizando la emisión de productos químicos y materiales peligrosos, reduciendo a la mitad el porcentaje de aguas residuales sin tratar y aumentando considerablemente el reciclado y la reutilización sin riesgos a nivel mundial 6.4 De aquí a 2030, aumentar considerablemente el uso eficiente de los recursos hídricos en todos los sectores y asegurar la sostenibilidad de la extracción y el abastecimiento de agua dulce para hacer frente a la escasez de agua y reducir considerablemente el número de personas que sufren falta de agua 6.5 De aquí a 2030, implementar la gestión integrada de los recursos hídricos a todos los niveles, incluso mediante la cooperación transfronteriza, según proceda 6.6 De aquí a 2020, proteger y restablecer los ecosistemas relacionados con el agua, incluidos los bosques, las montañas, los humedales, los ríos, los acuíferos y los lagos 6.a De aquí a 2030, ampliar la cooperación internacional y el apoyo prestado a los países en desarrollo para la creación de capacidad en actividades y programas relativos al agua y el saneamiento, como los de captación de agua, desalinización, uso eficiente de los recursos hídricos, tratamiento de aguas residuales, reciclado y tecnologías de reutilización 6.b Apoyar y fortalecer la participación de las comunidades locales en la mejora de la gestión del agua y el saneamiento”.

- La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha establecido que, en el campo de los derechos de incidencia colectiva, es fundamental la protección del agua para que la naturaleza mantenga su funcionamiento como sistema y su capacidad de resiliencia (CSJN, Fallos: 337:1361), marcando una clara lógica ecosistémica por sobre la tecnocrática y antropocéntrica.

- Asimismo, y siguiendo la misma lógica, dicho tribunal en el caso “La Pampa, Provincia de c. Mendoza, Provincia de s/ uso de aguas” —sentencia del 16 de julio de 2020—, se pronunció sobre el modelo normativo que, respecto al agua nos rige, diciendo “En efecto, la regulación jurídica del agua ha cambiado sustancialmente en los últimos años. La visión basada en un modelo antropocéntrico, puramente dominical que solo repara en la utilidad privada que una persona puede obtener de ella o bien en la utilidad pública que restringe a la actividad del Estado, ha mutado hacia un modelo eco-céntrico o sistémico. El paradigma jurídico actual que ordena la regulación del agua no tiene en cuenta solamente los intereses privados o estadales, sino los del mismo sistema, como bien lo establece la Ley General del Ambiente. Para la Constitución Nacional el ambiente no es un objeto desti-

nado al exclusivo servicio del hombre, apropiable en función de sus necesidades y de la tecnología disponible, tal como aquello que responde a la voluntad de un sujeto que es su propietario. Ello surge del art. 41 de la Norma Fundamental argentina, que al proteger al ambiente permite afirmar la existencia de deberes positivos en cabeza de los particulares y del Estado. En el derecho infraconstitucional se desarrollan estos deberes en la Ley General del Ambiente y en el Cód. Civ. y Com. de la Nación de modo coherente, tanto en el ámbito público como privado (Fallos: 340:1695). En ese entendimiento, el ambiente es un bien colectivo, de pertenencia comunitaria, de uso común e indivisible (Fallos: 329:2316 y 340:1695). Además del ambiente como macro bien, el uso del agua es un micro bien ambiental y, por lo tanto, también presenta los caracteres de derecho de incidencia colectiva, uso común e indivisible (cfr. causa “Buenos Aires, Provincia de c. Santa Fe, Provincia de”, Fallos: 342:2136 y sus citas).’

- Ha definido también la cuenca hídrica como una unidad “que comprende el ciclo hidrológico en su conjunto, ligado a un territorio y a un ambiente en particular (Fallos: 340:1695). La cuenca hídrica es un sistema integral, que se refleja en la estrecha interdependencia entre las diversas partes del curso de agua” (CSJN, “Majul, Julio J. c. Municipalidad de Pueblo General Belgrano y otros s/ acción de amparo, del 11 de julio de 2019). Y ha dicho que “al tratarse de la protección de una cuenca hídrica, (...) se debe valorar la aplicación del principio precautorio (art. 4 de la ley 25.675). Asimismo, los jueces deben considerar el principio in dubio pro natura que establece que “en caso de duda, todos los procesos ante tribunales, órganos administrativos y otros tomadores de decisión deberán ser resueltos de manera tal que favorezcan la protección y conservación del medio ambiente, dando preferencia a las alternativas menos perjudiciales. No se emprenderán acciones cuando sus potenciales efectos adversos sean desproporcionados o excesivos en relación con los beneficios derivados de los mismos” (Declaración Mundial de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza —UICN—, Congreso Mundial de Derecho Ambiental de la UICN, reunido en la Ciudad de Río de Janeiro en abril de 2016). Especialmente el principio In Dubio Pro Aqua, consistente con el principio In Dubio Pro Natura, que en caso de incerteza, establece que las controversias ambientales y de agua deberán ser resueltas en los tribunales, y las leyes de aplicación interpretadas del modo más favorable a la protección y preservación de los recursos de agua y ecosistemas conexos (UICN. Octavo Foro Mundial del Agua. Brasilia Declaration of Judges on Water Justice. Brasilia, 21 de marzo de 2018).’

- Morales Lamberti, dice que “es posible destacar relevantes estándares ecosistémicos y jurídicos en

la teoría de la decisión judicial ambiental: a) Se entiende por cuenca hidrográfica “el espacio geográfico delimitado por la línea divisoria de las aguas que fluyen hacia una salida o depósito común”. Las cuencas hídricas “son ámbitos físicos dentro de los cuales los distintos usos y efectos de los recursos hídricos y los demás recursos naturales son naturalmente interdependientes y por tal motivo deben ser usados y conservados de manera integrada”. b) La cuenca hídrica es “la unidad que comprende al ciclo hidrológico en su conjunto ligado a un territorio y a un ambiente en particular; se trata de un sistema integral que se refleja en la estrecha interdependencia entre las diversas partes del curso de agua”. c) “La cuenca hídrica es la unidad, en la que se comprende al ciclo hidrológico en su conjunto, ligado a un territorio y a un ambiente en particular, es un sistema integral, que se refleja en la estrecha interdependencia entre las diversas partes del curso de agua, incluyendo, entre otras, a los humedales”. d) “La concepción misma de la cuenca hídrica es la de unidad, en la que se comprende al ciclo hidrológico en su conjunto, ligado a un territorio y a un ambiente en particular”. Es por esto que los daños ambientales generados por eventuales casos de contaminación de acuíferos, se aparta precisamente del principio rector establecido en materia de derechos propietarios, ya que “se atiende a la custodia del ambiente como un todo y no una parte de cada uno de los daños localizados dentro del ámbito exclusivo de las propiedades de los demandados”. e) Conforme a los parámetros ecológicos y jurídicos anteriores, la cuenca “es un sistema integral, que se refleja en la estrecha interdependencia entre las diversas partes del curso de agua”. Una comprensión amplia de la compleja situación general que se plantea a nivel de gestión de cuencas hídricas “demanda conjugar la territorialidad ambiental, que responde a factores predominantemente naturales con la territorialidad federal, que expresa una decisión predominantemente histórica y cultural”. f) La importancia del conflicto implica que la solución del caso que involucre una cuenca hídrica interjurisdiccional debe ser abordada desde una perspectiva integral, que conlleva para el tribunal “la adopción de medidas referidas a la cuenca en general y no limitadas a las jurisdicciones territoriales, porque los conflictos ambientales no coinciden con las divisiones políticas o jurisdiccionales”. g) En otras palabras, en la planificación, gestión y decisiones administrativas y judiciales, no debe desconocerse cuáles serán las consecuencias ambientales en toda la cuenca hídrica, obligación que emana de lo dispuesto en la ley 25.688 de Presupuestos Mínimos Ambientales, para la preservación de las aguas, su aprovechamiento y uso racional, que dispone expresamente en su art. 3° que “Las cuencas hídricas como unidad ambiental de gestión del recurso se consideran indivisibles”. h) Además de esas connotaciones relevantes, resalta la importancia del ciclo hidrológico para

el funcionamiento ecológico; la interconexión entre los sistemas de agua subterránea y superficial; así como la importancia de enfrentar los retos del agua dulce a nivel de cuenca, subrayando explícitamente las condiciones que deben cumplirse, para alcanzar una evaluación ambiental que incorpore un enfoque multidimensional y policéntrico y tenga en cuenta la complejidad de las relaciones socioecológicas subyacentes. i) En consecuencia, la regla es el tratamiento de la cuenca hidrográfica como unidad de gestión, a cargo de un organismo de cuenca, en contraposición al manejo sectorizado de la acción. Las cuencas son ámbitos físicos dentro de los cuales los distintos usos y efectos de los recursos hídricos y los demás recursos naturales son naturalmente interdependientes y por tal motivo deben ser utilizados y conservados de manera integrada. La territorialidad ambiental y la territorialidad federal, encuentran su representación y conjugación en las autoridades interjurisdiccionales de cuenca, organismos propios del federalismo de concertación, para la coordinación del manejo racional, equitativo y sostenible del agua de las cuencas hídricas. j) Cuando existen derechos de incidencia colectiva atinentes a la protección del ambiente —que involucran la posibilidad de estar afectando el acceso de grandes grupos de población al recurso estratégico del agua— la hipotética controversia no puede ser atendida como la mera colisión de derechos subjetivos, sino que debe ser abordada desde una perspectiva que integra de manera sistémica la protección de los ecosistemas y la biodiversidad. Por esta razón, la efectividad que se reclama para todos los derechos fundamentales, también debe ser predicada respecto de los de incidencia colectiva y en particular del ambiente. k) En consecuencia, la visión de Ricardo Lorenzetti, que hace suya mayoritariamente el alto tribunal, en casos de afectación, contaminación o degradación ambiental de cuencas hídricas, la decisión judicial “debe ser integral, holística y totalizadora” y “la gestión hídrica debe estar fuertemente vinculada a la gestión territorial, la conservación de los suelos y la protección de los ecosistemas naturales” (autora citada, Antología Judicial y Teoría General del Derecho Ambiental, RDAMB 67, 27, La Ley OnLine, TR LA LEY AR/DOC/2200/2021).

- En el caso, se ha solicitado el dictado de una decisión judicial que disponga un plan de manejo integral de la microcuenca del río La Caldera, con la finalidad de lograr la estabilidad, ordenamiento y desarrollo sustentable de la misma, y si bien cabe destacar que los accionados han demostrado una actitud colaborativa a lo largo del proceso en particular a partir de la intervención de las actuales autoridades del municipio demandado (v. desde la presentación de fs. 347/398) lo que surge de las sucesivas reuniones realizadas (v. fs. 506, 510/511, 520) a fin de dar cumplimiento a la medida cautelar dispuesta a fs. 222/225,

y el grupo de trabajo conformado con el consentimiento de todos los intervinientes en la audiencia de fs. 655/666, circunstancia que fue destacada por los propios amparistas en la audiencia celebrada a fs. 536/537, y mantenida con la actuación posterior del municipio (v. fs. 569/571, 588/592, 601/603, 619/620, 624/627), todo lo que podrá ser considerado a los fines de la determinación de la imposición de costas, pero que no torna abstracta la cuestión, en tanto de las pruebas enumeradas en el considerando IV) resulta que ha quedado acreditada la insuficiencia del accionar del Estado Provincial y Municipal respecto del manejo sustentable de la micro cuenca del río La Caldera, cuya inestabilidad frente a sucesos naturales previsibles ha resultado demostrada, lo que lejos de cumplir con el petitorio de estabilización, en el sentido constitucional del reconocimiento a un derecho al ambiente ecológicamente equilibrado, la defensa hace ostensible la necesidad de la programación de obras públicas de despeje y defensas sobre la microcuenca.

- En efecto, la previsibilidad del riesgo surge de las propias características de la cuenca, que tal como ha dicho el señor Secretario de Recursos Hídricos, es frágil por sus características morfológicas, debiendo realizarse tareas de limpieza y encausamiento constantes (fs. 247/249), habiendo sido admitida la falta de acción oportuna con la documentación agregada a fs. 377, donde consta una nota dirigida por el entonces intendente del municipio demandado, quien afirmaba respecto del arroyo El Durazno que existe una “degradación importante de las barrancas existentes y considerando que el pasado período de lluvias hemos sufrido inundaciones por la falta de trabajos en arroyo que atraviesa el Municipio: el arroyo durazno desbordó en dos oportunidades inundando a los vecinos y cortando los accesos para los barrios aledaños lo que implica serios riesgos de erosión de márgenes, ha rellenado su cauce en el transcurso de estas últimas tormentas con mayores riesgos de desbordes y colapso en diversos tramos del arroyo por lo que los reclamos de los vecinos son continuos y con razón puesto que se pueden observar condiciones muy precarias de protección a los mismos, y los vecinos adyacentes están amenazados con los desbordes del arroyo”. Siendo todo esto una preocupación de los vecinos de la localidad de La Caldera, que la han puesto de manifiesto ante las autoridades desde el año 2016 (v. documentación acompañada al escrito de demanda fs. 01/177, e imágenes y video contenidos en los CD reservados a fs. 196 vta.).

- En lo que respecta al municipio, ha reconocido expresamente a fs. 417 carecer de un protocolo de crecidas e inundaciones hasta el inicio del presente proceso, limitándose su actuación previa a la remisión de pedidos de planes de mínimas —tal como fue

expuesto por el Secretario de Recursos Hídricos en su informe de fs. 247/249 y por Fiscalía de Estado a fs. 276/287— que no se corresponden con el paradigma eco céntrico que ha fijado nuestro Máximo Tribunal Nacional respecto del manejo de las cuencas. Y que, tal como expresamente se ha dicho por parte del ingeniero Ricardo Ramos, son obras previstas para la emergencia (fs. 477/480).

- En ningún momento se ha puesto en dudas por parte de las demandadas la inexistencia del plan integral de manejo de cuenca pretendido por los actores, tampoco los hechos acontecidos con las crecidas de los arroyos a fines del año 2018 y comienzos del 2019, ni se ha acreditado la innecesidad de confeccionar tal planificación.

- Las obras y planes ejecutados por los accionados, esto es el municipio con el control y asistencia técnica de la autoridad de aplicación en materia hídrica de la provincia, que se concretan en los pedidos y ejecución de los planes de mínimas, pasarelas peatonales de los arroyos, y la planificación ante las emergencias, no atienden a la preservación de la cuenca, sino a evitar los desbordes y sus consecuencias sobre las personas y los bienes de los habitantes del municipio de La Caldera.

- En lo que respecta al reiterado reclamo realizado a lo largo del proceso sobre la incidencia de las urbanizaciones en la cuenca en cuestión, se ve apoyado por las notas periodísticas de medios locales que han registrado los reclamos de los vecinos, surgiendo del expediente reservado a fs. 583 falencias en la tramitación de las autorizaciones municipales, como también que no todos inmuebles cuentan con la determinación de la línea de ribera. Respecto de ello, aparece que la competencia en lo relativo al urbanismo es fijada por la Constitución de la Provincia de Salta en el artículo 176, a cargo de los municipios. En relación a la afectación sufrida por los vecinos de los barrios El Durazno en sus cinco etapas, El Nogalar y Potrereros de la Caldera, localizados en el área descripta como crítica en relación a las crecidas de los arroyos ocurridas el 21 de diciembre de 2018 y 3 de enero de 2019, que el municipio ha actuado solicitando la concreción de los planes de mínima, y las obras que se constataron en la inspección ocular de fs. 343/344. También, como se dijo, por ordenanza municipal se ha aprobado Código de Ordenamiento Territorial y Políticas de Suelo.

- En la presentación de fs. 546 se acompañó el Protocolo para crecidas e inundaciones de La Caldera, como también la ordenanza municipal N° 708 por la que se crea la Junta Municipal de Defensa Civil de La Caldera, y nota de la Sub Secretaría de Defensa Civil del Ministerio de Seguridad del Gobierno de Salta, donde se informa que tanto el protocolo como la or-

denanza citada son compatibles con los planes y protocolos provinciales, y que en consecuencia de ello aprueban su contenido.

- Ahora bien, ya se adelantó que el bien jurídico ambiente y el micro bien hídrico, deben ser protegidos en el contexto que se ha desarrollado extensamente a lo largo de esta sentencia, cuando la carencia de acciones tendientes a evitar la afectación y degradación de la micro cuenca ha quedado probada, como también el riesgo existente de que estos sucesos puedan volver a producirse afectando una comunidad vulnerable en los términos de las definiciones dadas por el artículo 2 del Sistema Nacional para la Gestión Integral del Riesgo y la Protección Civil, ley 27.287.

- Todo ello, a su vez está protegido por el Acuerdo de Escazú que en su artículo 8 prevé la garantía de “no repetición”, y es en relación a ella que debe definirse la solución del presente litigio, sin que las soluciones parciales dadas a la problemática resulten suficientes desde un paradigma ecocéntrico y preventivo.

- Esta manera de abordar el conflicto, resulta propio del enfoque de derechos humanos sobre la cuestión ambiental, que la Corte Interamericana definió en la Opinión Consultiva OC-23/2017 “47. Esta Corte ha reconocido la existencia de una relación innegable entre la protección del medio ambiente y la realización de otros derechos humanos, en tanto la degradación ambiental y los efectos adversos del cambio climático afectan el goce efectivo de los derechos humanos (...) Asimismo, el preámbulo del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante “Protocolo de San Salvador”), resalta la estrecha relación entre la vigencia de los derechos económicos, sociales y culturales —que incluye el derecho a un medio ambiente sano— y la de los derechos civiles y políticos, e indica que las diferentes categorías de derechos constituyen un todo indisoluble que encuentra su base en el reconocimiento de la dignidad de la persona humana, por lo cual exigen una tutela y promoción permanente con el objeto de lograr su vigencia plena, sin que jamás pueda justificarse la violación de unos en aras de la realización de otros”.

- Respecto a las “garantías de no repetición” establecido por el Acuerdo de Escazú (ley 27.566) se ha dicho que “..., la Corte ha desplegado un amplio y completo catálogo de medidas. Este es un punto central en la jurisprudencia de la Corte. No hay dudas que el tipo de casos que le toca conocer a la Corte, muchos vinculados a situaciones estructurales de violaciones de derechos humanos, imponen la necesidad de adoptar medidas coordinadas por parte de distintas autoridades locales para evitar que dichas situaciones

sigan provocando víctimas de violaciones de derechos humanos. Esta realidad ha impulsado a la Corte a buscar, por vía de las garantías de no repetición, la forma de enfrentar las causas de fondo de este tipo de violaciones a los derechos humanos (Nash Rojas, Claudio, “Las Reparaciones ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1988 - 2007)”); Andros Impresores, Segunda edición corregida y actualizada, Santiago de Chile, p. 63).

- En cuanto a la responsabilidad que corresponde atribuir a los accionados —en particular del Estado Provincial— y el alcance de la problemática más allá del ejido municipal de La Caldera, cabe tener en cuenta que se ha dicho “Es importante reconocer que los ríos no respetan las fronteras y que sus cuencas muy rara vez coinciden con los límites políticos de los municipios o Estados provinciales y nacionales. Adicionalmente, el agua es un recurso de naturaleza indivisible. En este sentido, cobra vital importancia el ordenamiento, la planificación y el manejo de los recursos dentro de la unidad de la cuenca o subcuenca, lo que resulta en una gestión integrada con las Administraciones implicadas” (Lavin y otros, El desarrollo Sostenible de Cuencas y el Agua como derecho humano. Marco Normativo General y Particular, La Ley OnLine TR LA LEY AR/DOC/2130/2021).

- También la Corte de Justicia de Salta en el precedente “Mercado”, considerando 4, parte final, dijo que “las características de la cuenca —que arrastra sedimentos con las crecientes—, la constante acción antrópica sobre ella, y la carencia de efectividad de las actividades llevadas a cabo por los organismos públicos sobre el río y sobre las descargas que recibe, hacen necesario una permanente intervención correctiva y preventiva de las autoridades competentes para rectificar los desvíos del cauce”. Luego en el mismo antecedente en el ante último párrafo del considerando 6 sentenció que “Constituye un deber ineludible para la provincia y el municipio, defender y resguardar el medio ambiente en procura de mejorar la calidad de vida de los habitantes, así como prevenir la contaminación ambiental y sancionar las conductas contrarias (arts. 30 y 176, incs. 10, 90 y 15 de la Constitución Provincial); y en relación a ello, cabe considerar —como se adelantó— que las tareas de saneamiento, tanto para reparar el daño ambiental como para evitar la reiteración de futuras inundaciones, se hallan inconclusas, y por ello deben ser llevadas a cabo en atención al objeto del presente amparo y a las consideraciones normativas, jurisprudenciales y doctrinarias desarrolladas en el fallo de esta Corte de fs. 347/368”.

- Siendo determinante a los fines de delimitar la responsabilidad del Municipio de La Caldera y de la Provincia de Salta, Ministerio de Producción y Desarrollo Sustentable, las previsiones del Código de

Aguas, en particular los artículos 7, 8, 9, 159, 171, siendo que el artículo 170 pone a cargo de la Autoridad de Aplicación la protección de cuencas, diciendo que “la Autoridad de Aplicación podrá fijar áreas de protección de cuencas hidrográficas, fuentes, cursos o depósitos de aguas donde no será permitido el pasaje de animales, la tala de árboles ni la alteración de la vegetación. También podrá la Autoridad de Aplicación disponer la plantación de árboles o de bosques protectores. En estos casos el propietario podrá ser indemnizado por el daño emergente probado. En caso de que la obligación de plantar árboles se imponga a ribereños concesionarios no se debe indemnización alguna. En todos los casos para la tala de árboles situados en las márgenes de los cursos o depósitos de aguas naturales o artificiales se requerirá permiso de la Autoridad de Aplicación. Los propietarios están obligados a permitir el acceso a sus propiedades al personal encargado de construcción de defensas y remoción de obstáculos, que previamente se haya identificado”.

- Así, ambos demandados revisten la calidad de responsables frente al derecho reclamado de que las autoridades deben prever a la protección del ambiente ecológicamente equilibrado del art. 41 CN, en tanto el ministerio demandado comprende tanto la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable y la Secretaría de Recursos Hídricos, debiendo dar cumplimiento con las obligaciones que le imponen la Constitución Nacional, Constitución Provincial, la ley 7070 y 7017, en particular la ley 7543, y en consideración que “un Estado que no esté dispuesto a utilizar el máximo de los recursos de que disponga para hacer efectivo el derecho al agua viola las obligaciones que ha contraído en virtud del Pacto” (Observación General N° 15 del Comité DESC).

- En lo que respecta a la responsabilidad del tercero citado por la Provincia de Salta, en atención a la expresa solicitud de condena realizada en el escrito de alegato agregado a fs. 691/703, resulta que la solicitud de intervención de la empresa Jardín Celestial SRL fue realizada por la Provincia de Salta (v. fs. 287), y admitida a fs. 293. La empresa citada no fue demandada por el amparista, y de las constancias de fs. 290/291 surge que la accionante, luego del referido pedido de citación del tercero, solicitó el dictado de una medida cautelar de prohibición de innovar que fue desestimada en razón de su falta de adecuación de lo peticionado al objeto del proceso y, por no haber sido demandada por los actores (fs. 294/296).

- El artículo 94 del Cód. Proc. Civ. y Comercial prevé el caso de la intervención obligada del tercero, respecto de la cual la jurisprudencia local ha dicho que “conforme surge de los términos en que el demandado pidió la citación de la Provincia, no existe entre el

citante y el citado, en esta oportunidad, una relación procesal pretensiva. Es decir, que el demandado no intenta una acción de reclamo actual, limitándose a solicitar la intervención en juicio de la Provincia a fin de cubrirse de una posible excepción de negligencia en la defensa de una eventual y futura acción que dice podría intentar en contra del citado” (CApelCCSalta, Sala I, T. 1983, fs. 296).

- En el caso, como se dijo, el tercero no ha sido demandado por el amparista, ni se ha expresado una pretensión en su contra, y siendo que la acción tiene por única y central pretensión la condena a la confección del plan de manejo integral de la micro cuenca del río La Caldera, no resulta factible incluirlo como co-responsable en la condena, máxime cuando la Corte de Justicia de Salta en este mismo expediente ha dicho, con cita de jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que “si bien por tratarse de la fútila del medio ambiente las reglas procesales deben interpretarse con un criterio amplio que ponga el acento en su carácter meramente instrumental de medio a fin, en el contexto de una revalorización de las atribuciones del tribunal, al contar con poderes que exceden la tradicional versión del juez espectador en aras de evitar la frustración de los intereses superiores en juego (CSJN, fallos, 329:2316), el límite de dichas facultades está dado por el respeto a los principios del debido proceso y de la defensa en juicio (CSJN, fallos, 333:1849; esta Corte, tomo 224:645)” (Tomo 236:751/760, obrante a fs. 45/47 de las actuaciones agregadas por cuerda a este expediente principal y que tramitan bajo el Expte. N° 24.389).

VI. Las pretensiones y la solución del caso: Se ha dicho que, en los casos ambientales, la sentencia a dictarse no necesariamente agota íntegramente las facultades decisorias del juez, sino que a la decisión estructural podrán seguirla otras que complementen su efectividad, esto es lo que se ha caracterizado como un orden de decisiones en cascada (Lloret, Juan S., “Manual de Litigación en Casos Civiles Complejos Medioambientales, Centro de Estudios de Justicia para las Américas”, https://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/5671/PUB_Manual%20de%20Litigaci%3b3n%20en%20Casos%20Civiles%20Complejos%20Medioambientales_ok.pdf?sequence=1&isAllowed=y). La decisión judicial principal —tal como se dijo con cita de Morales Lamberti— debe ser integral, holística y totalizadora y la gestión hídrica debe estar fuertemente vinculada a la gestión territorial, la conservación de los suelos y la protección de los ecosistemas naturales.

- En este sentido el legislador provincial se ha pronunciado en los considerandos del Decreto N° 2299/2003, reglamentario del Código de Aguas donde pone en el eje en la planificación, expresando la nece-

sidad de que las previsiones superen las coyunturas administrativas, diciendo que es la provincia quien desarrollará planes hídricos.

- En efecto allí se dice “que el agua en algunos momentos, se transforma en factor de riesgo y peligro, ocasionando pérdidas de vidas humanas y serios daños a los sistemas económicos, sociales y ambientales. Para prevenir y contrarrestar esos riesgos y peligros, debemos aprender a convivir con las restricciones que el medio natural nos impone, tanto usuario como gobierno, al tiempo que se deben desarrollar planes de contingencia y organizar estructura que permita prevenir y mitigar los impactos negativos, tanto en los fenómenos de excedencia como de escasez hídrica, así como fallas en la infraestructura”, continúa luego diciendo que “el movimiento de las aguas no reconoce fronteras político-administrativas, sino leyes físicas; del mismo modo que los mercados de consumo están condicionados por la ecuación entre las necesidades para su subsistencia y la disponibilidad del recurso; que teniendo ello en cuenta, los acuíferos constituyen la unidad territorial más apta para la planificación y gestión coordinada de los recursos; (...) que para completar los objetivos de una política hídrica, es vital dar continuidad a la gestión surgida de un trabajo de planificación consensuado, trascendiendo por sobre los períodos de gobierno. A ese fin, la Provincia desarrollará planes hídricos como instrumento de compromiso técnico y político para el cumplimiento de los objetivos fijados”.

- Así, en el presente caso, y coincidiendo con el dictamen fiscal de fs. 647/648, resulta que —tal como se dijo en el considerando que antecede— debe prosperar la pretensión por la que se solicita se ordene la presentación de un Plan de manejo integral de la micro cuenca del río La Caldera debiendo establecerse el procedimiento a través del cual deberá cumplirse con tal condena, fijándose etapas y delimitando el marco normativo mínimo sobre el que deberá construirse dicha planificación.

- Tal como lo hizo el Máximo Tribunal Nacional en el caso “La Pampa, Provincia de c. Mendoza, Provincia de s/ uso de aguas” del 16 de julio de 2020 diciendo que “se recurrirá para ello al principio de progresividad, el cual establece que: “Los objetivos ambientales deberán ser logrados en forma gradual, a través de metas interinas y finales, proyectadas en un cronograma temporal que facilite la adecuación correspondiente a las actividades relacionadas con esos objetivos” (art. 40, Ley General del Ambiente, 25.675). Dicho principio es especialmente aplicable al caso en la medida en que, al perseguirse una recomposición natural o pasiva del ecosistema afectado en el noroeste de la Provincia de La Pampa, no es posible conocer anticipadamente el tiempo necesario para alcanzarla,

ya que dependerá de la capacidad de auto-regeneración del ecosistema”, en el caso el plan se estructurará sobre la base del principio de progresividad.

- Para estos fines debe considerarse que el manejo integral de cuencas hidrográficas es un conjunto de acciones encaminadas al aprovechamiento racional, conservación y uso múltiple de los recursos; la prevención, protección y mitigación contra fenómenos naturales y el incremento del desarrollo humano, organizados en un plan que incluye la integración y participación de comunidades, la construcción de obras de desarrollo, así como el control de la actividad social y económica sobre las cuencas (Gutiérrez Hernández, J. E. (2013). “Boletín UNAM-DGCS-459 Ciudad Universitaria. Manual de manejo de cuencas hídricas”: <https://www.actswithscience.com/Descargas/manual%20de%20manejo%20de%20cuencas.pdf>).

- Para la elaboración de este Plan, es necesario contar con información de base social, ambiental y económica, y para lo mismo se requiere de definición de pautas técnicas, con contenidos mínimos a exigir. Como a nivel provincial no contamos con normativa vigente que especifique estos contenidos; y siendo que existe una íntima relación entre los bosques y sus principales funciones ecológicas, con las dinámicas de las cuencas; tanto que los inicios del concepto original de manejo de cuencas (“watershed management”), en el sentido de “manejarla” o “manipularla” para regular la descarga de agua que proviene de la misma, se encuentran en las escuelas forestales de los Estados Unidos de Norteamérica (Dourojeanni, A.; Jouravlev, A.; & Chávez, G. (2002). “Gestión del agua a nivel de cuencas: teoría y práctica. División de Recursos Naturales e Infraestructura”, CEPAL. Serie 47. Naciones Unidas), resulta adecuado tomar el formato básico de Contenidos Mínimos de Res. 826/14 de la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable y adaptarlo de acuerdo a la cuenca y la relevancia de sus componentes principales agua y suelos.

- Para realizar tal adaptación resultan determinantes los principios rectores de la política hídrica descriptos en el Digesto Ambiental de la Provincia de Salta, donde se dice que “Articulación de la gestión hídrica con la gestión ambiental. La interrelación que existe entre la gestión de los recursos hídricos y la problemática ambiental no admite compartimientos estancos entre las administraciones de ambos sectores. De ello se desprende la necesidad de otorgarle al manejo de los recursos hídricos un enfoque integrador y global, coherente con la política de protección ambiental, promoviendo la gestión conjunta de la cantidad y calidad del agua. Ello se logra mediante la actualización y armonización de las normativas y una sólida coordinación intersectorial tendiente a

articular la gestión hídrica con la gestión ambiental, actuando en el marco constitucional vigente (Digesto Ambiental de la Provincia de Salta, 2005, <http://energia.salta.gob.ar/wp-content/uploads/2018/04/DIGESTO-AMBIENTAL-PCIA-DE-SALTA.pdf>).

VII. Plan de manejo integral de la micro cuenca del río La Caldera:

VII. a) Primera etapa: línea de base socioambiental o diagnóstico: En primer lugar corresponde se realice un diagnóstico o línea de base socioambiental de la micro cuenca del río La Caldera en el plazo de seis meses, y para ello se deberá determinar las áreas de zona urbana y no urbana comprendidas en la micro cuenca, en tanto ello define en los términos del artículo 40 de la Ley de Ordenamiento Territorial de Bosque Nativo, la aplicación de la normativa de ordenamiento territorial urbano del Código de Ordenamiento de la Municipalidad de La Caldera.

- Se deberá delimitar la superficie del Plan de Manejo Integral en campo, esto es la cuenca media y arroyos con desembocadura en el afluente principal; ello a través de una cartografía digital para que el desarrollo las acciones de trabajo a implementar se coordinen con el ordenamiento territorial del municipio, al mismo tiempo que se tenga en cuenta las restantes normativas vigentes.

- En esta etapa se deberán definir y planificar los objetivos generales los que tendrán como contenido mínimo las disposiciones de las leyes enumeradas en el considerando referido al marco normativo, y también los objetivos específicos a implementarse en la superficie de interés.

- Identificación de externalidades hídricas negativas de elementos naturales o antrópicos con incidencia en la fragilidad ambiental de la cuenca hidrográfica, que ocasionen vulnerabilidad ambiental, describiendo los impactos ambientales y perjuicios a terceros, que requieran de acciones precisas y/o un determinado manejo. Identificación, caracterización y análisis de acciones actuales que permitan conocer y caracterizar las principales causas y efectos (caracterización de amenazas o peligros y los aspectos de vulnerabilidad frente a desastres naturales), el manejo de los recursos naturales, y otros.

- En particular, el Plan debe considerar una estrategia de estabilización de la microcuenca basada en la realización de acciones de infraestructura verde (tales como la reforestación y relocalización de elementos obstructores o desequilibrantes de la dinámica ecológica, entre otros), por sobre la infraestructura gris (tales como obras civiles, de maquinaria pesada y edificación hormigonada, entre otros), evaluando un

balance progresivo de la recuperación y saneamiento de la cuenca por sobre la intervención más aguda con paradigma tecnocrático, en vez del ecológico, constitucional y convencionalmente receptado.

VII. b) Segunda etapa: Plan de Manejo Integral de la Micro Cuenca del Río La Caldera: Sobre los resultados que arroje la primera etapa, y en el contexto de la decisión estructural que se adopta en la presente, se deberá presentar el Plan con sus etapas y respectivos plazos, los que serán tramitados en la etapa de cumplimiento de esta sentencia, debiéndose adoptar las decisiones que a tal efecto resulten necesarias.

- En cuanto a los lineamientos que el plan debe comprender, se ha dicho que “de acuerdo a la Ley General del Ambiente, el proceso de ordenamiento ambiental se deberá realizar teniendo en cuenta los aspectos políticos, físicos, sociales, tecnológicos, culturales, económicos, jurídicos y ecológicos de la realidad local, regional y nacional. Además, deberá asegurar el uso ambientalmente adecuado de los recursos ambientales, posibilitar la máxima producción y utilización de los diferentes ecosistemas, garantizar la mínima degradación y desaprovechamiento y promover la participación social en las decisiones fundamentales del desarrollo sostenible” (<https://www.argentina.gob.ar/ambiente/ordenamiento-territorial/oat>).

- El Plan deberá ser ajustado a escala predial de la cuenca, al ordenamiento territorial del municipio y a la Ley de Ordenamiento Territorial de Bosque Nativo de la Provincia de Salta, recordando que esta última establece como criterio de zonificación la unidad estructural y espacial de análisis el de “Cuenca Hidrográfica”, el de porcentaje de pendiente, y detalla los sectores de muy alto valor de conservación (Ley provincial N° 7543, artículos 5, 6, 7 y 12).

VIII. Costas: En este caso cabe valorar, tal como se lo adelantó en el considerando V), que los accionados han demostrado una actitud colaborativa a lo largo del proceso (v. fs. 347/398, 506, 510/511, 520, 655/666, 536/537, 569/571, 588/592, 601/603, 619/620, 624/62),

habiendo superado el accionar de las demandadas los extremos fijados en la medida cautelar ordenada, siendo este un proceso complejo por la naturaleza de la pretensión deducida y las responsabilidades concurrentes, con un marco normativo incompleto respecto de la planificación de cuencas, todo lo cual entiendo justifica el apartamiento de la regla de imposición al vencido, imponiéndolas por el orden causado. Se ha dicho que ello “procede en los casos en que por la naturaleza de la acción deducida, la forma como se trabó la litis, su resultado o en atención a la conducta de las partes su regulación requiere un apartamiento de la regla general”. “Libertador Factoring SA c. Alquimaq SACIF y otro s/ ejecutivo” Sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial del 21 de octubre del 2020.

- Así, la Corte de Justicia de Salta ha entendido que media fundamentos para imponer las costas por el orden causado cuando se expresan fundamentos suficientes que demuestren lo injusto que resultaría su imposición a esa parte, tales como la configuración de una situación compleja o dificultosa, la novedad de la cuestión, la existencia de doctrina y jurisprudencia contradictorias, el cambio de las mismas y la ausencia de previsión legislativa, entre otras (Tomo 79:1027; 80:117; 208:175).

Por ello, y coincidiendo con el dictamen del señor Fiscal Civil y Comercial, fallo: I. Haciendo lugar a la acción de amparo deducida en autos. En consecuencia, Ordenando a los codemandados Provincia de Salta, Ministerio de Producción, Trabajo y Desarrollo Sustentable, y a la Municipalidad de la Ciudad de La Caldera, a confeccionar, presentar y ejecutar un Plan de Manejo Integral de la micro cuenca del Río La Caldera de conformidad con lo dispuesto en el considerando VII. II. Imponer las costas del presente por el orden causado, conforme considerando VIII. II. Mandar se copie, registre y notifique personalmente o por cédula a las partes y al señor Fiscal Civil y Comercial N° 1 ((Interino N° 2) en su público despacho. — *María V. Mosmann*.

Procedencia del amparo colectivo a la luz del proceso colaborativo

Elizabeth Safar (*)

Sumario: I. Objeto.— II. Análisis del fallo.— III. Aspectos fundamentales del decisorio.— IV. Conclusiones.— V. Bibliografía complementaria.

I. Objeto

El Dr. Eduardo José Ignacio Lazarte Vigabriel, con el patrocinio letrado del Dr. Julio Chávez, deduce demanda de amparo colectivo contra la municipalidad de La Caldera y el Ministerio de Producción, Trabajo y Desarrollo Sustentable de la provincia de Salta, con el objeto de lograr el cumplimiento de las medidas y acciones positivas tendientes a estabilizar, proteger y ordenar la microcuenca del río La Caldera que integra la subcuenca del río Mojotoro. La finalidad de la acción es impedir que se concrete y agrave el proceso de degradación integral que registra el área por ausencia de acciones directas establecidas en la normativa ambiental vigente de competencia provincial y municipal. Se requiere la presentación de un plan de manejo integral de la Cuenca que tenga por finalidad la estabilidad, ordenamiento y desarrollo sustentable de esta y contenga el plan de monitoreo de contingencia y mitigación de los efectos antrópicos lícitos e ilícitos que se hayan registrado y que impacten nocivamente en la fragilidad de dicha cuenca.

(*) Abogada y procuradora. Egresada sobresaliente de la Universidad Nacional de Córdoba. Profesora en Ciencias Jurídicas. Especialista en Derecho Público y de la Empresa y en Derecho de Daños. Mediadora. Autora y coautora de diversas publicaciones jurídicas. Investigadora. Disertante y expositora en carreras de grado y de posgrado. Miembro de Tribunales Evaluadores de concursos del Poder Ejecutivo, Poder Judicial, Universidad Nacional de Salta y Escuela de la Magistratura. Vocal titular de la Sala I del Tribunal de Ética y Disciplina del Colegio de Abogados y Procuradores de la provincia de Salta. Miembro del Instituto de Medioambiente y de la Sustentabilidad de la Universidad Católica de Salta.

II. Análisis del fallo

II.1. Consideraciones preliminares

Con fecha 21 de diciembre de 2018 y 3 de enero de 2019 se suscitaron eventos previsible que afectaron a los vecinos de La Caldera de los barrios denominados loteos El Durazno I, II, III, IV, V; El Nogalar I, II, IV y Potreritos de La Caldera, inundando las propiedades y los caminos de acceso e imposibilitando el libre tránsito como consecuencia del aluvión proveniente de la sedimentación constante de los cauces de los arroyos denominados Guaranguay, Los Duraznos, Los Manzanos y un arroyo sin identificación que comprenden la microcuenca y la fuerza súbita de las aguas provenientes del río arriba en tanto ambas circunstancias no fueron contenidas por acciones positivas de prevención y protección por parte de quienes resultaron demandados. Se alude a que la microcuenca tiene características de fragilidad atribuibles a sus condiciones geomorfológicas y también a las características equivalentes a la Yunga como bosque subtropical de transición con un comportamiento en el microclima de lluvias torrenciales en el período noviembre-abril. En ese contexto se entiende que los sucesos naturales acontecidos resultaban previsible. Desde el año 2016, los vecinos autoconvocados mantuvieron reuniones buscando soluciones, presentando distintos pedidos formales a la Comuna, tales como los que tramitaron en los expedientes N.º 231.458 y 231.459, en las que manifestaron haber tomado conocimiento sobre la obra de agua potable denominada Sistema Acueducto Norte: “Dique Campo Alegre” que estaría por realizarse en una zona afectada y se llevaría a cabo el desmonte del cordón ribereño de ár-

boles entre la costanera y el río La Caldera, lo que los preocupó a fin de que no se afecte el bosque ribereño ni se exponga a los vecinos a inundaciones. En el año 2018, nuevamente, presentaron un reclamo, mediante nota al municipio, que se tramitó bajo el número de expediente N.º 233.231, donde la vecina Alejandra Barreto solicitó audiencia a los fines de acercar la propuesta del Proyecto “Área de conservación ribereña del río La Caldera”. Luego se presentó un nuevo reclamo mediante expediente N.º 233.848 donde se denunció la extracción de áridos en una zona cercana a la costanera del Barrio El Durazno y no en el tercio medio, por parte de un particular de nombre Ernesto López a quien pertenece la Cooperativa Mesa Redonda Ltda. Ese año se hicieron diversos reclamos, al municipio, a la Secretaría de Minería de la provincia de Salta, a la Secretaría de Recursos Hídricos, y finalmente a la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable, donde se solicitó la adopción de medidas en razón de las situaciones denunciadas.

II.2. Cuestión resuelta

La sentenciante hizo lugar a la acción de amparo deducida y, en consecuencia, ordenó a los codemandados provincia de Salta, Ministerio de Producción, Trabajo y Desarrollo Sustentable, y a la municipalidad de la Ciudad de La Caldera, a confeccionar, presentar y ejecutar un Plan de Manejo Integral de la Microcuenca del Río La Caldera, de conformidad con lo dispuesto en el considerando.

III. Aspectos fundamentales del decisorio

El fallo se erige como un instrumento vasto, abarcativo, con gran sustento fáctico y jurídico, evidenciando, además, el criterio plausible y atinado de la Sra. Jueza de Minas.

Es menester destacar los siguientes aspectos de este:

III.1. Procedencia de la acción de amparo

Es indiscutible que se haya hecho lugar a la acción de amparo con fundamento en el peligro de daño sobre los hechos denunciados, en los términos del art. 43 de la Constitución Nacional (CN), cuando a través de dicho remedio

procesal se pretendió, con sustento además en la Constitución provincial (art. 87), resguardar el bien protegido, objeto del litigio.

Los hechos alegados en la demanda demuestran que los derechos en disputa giran en torno a las garantías constitucionales inherentes al derecho ambiental. Por lo tanto, no cabría exigir a la comunidad la producción de un daño ambiental colectivo o una amenaza más cierta que la advertida en estos autos, para decidir su acceso a la vía judicial ordinaria y no a la acción de amparo, si dentro de su reducido marco de conocimiento se ha producido un considerable debate de la cuestión litigiosa, con la producción de medidas probatorias y todo ello en un prolongado tiempo de tramitación ya que, de lo contrario, se incurriría en un acto irrazonable, contrario a los principios y garantías consagrados en la Constitución Nacional.

III.2. Participación ciudadana

Tal como lo indica la sentencia, los vecinos se autoconvocaron desde el año 2016 en torno a esta problemática y en pos al cuidado y protección de cuestiones ambientales.

La participación ciudadana es esencial y se erige como uno de los pilares fundamentales. Constituye el instrumento básico para generar en los ciudadanos valores, comportamientos y actitudes que sean acordes con un ambiente equilibrado; propenda a la preservación de los recursos naturales y su utilización sostenible, y mejore la calidad de vida de la población.

Lograr que las manifestaciones vertidas por la comunidad sean tenidas en cuenta para las propuestas y toma de decisiones de sus autoridades es un avance incommensurable.

Con un enfoque absolutamente integracionista los gobiernos deben adoptar medidas adecuadas a las características sociales y culturales de las poblaciones en cuestión, respetando y dando a conocer sus derechos y obligaciones.

La ardua labor llevada adelante por los vecinos y vecinas del municipio de La Caldera es plausible, además del compromiso evidenciado en las pruebas aportadas.

III.3. Aporte doctrinario y jurisprudencial

El fallo se encuentra fundamentado, desde la procedencia de la acción de amparo en adelante, en jurisprudencia y doctrina no solamente vigente sino novedosa. En los considerandos se cita el Convenio de Escazú, recientemente aprobado en el Parlamento, ley 27.566 por la cual Argentina se convirtió en el décimo país en ratificar este sobre el acceso a la información, la participación pública y el acceso a la justicia en asuntos ambientales en América Latina y el Caribe, firmado en el año 2018 en Costa Rica. Incluye entre sus mandas, la publicidad y la transparencia de acciones relacionadas con el medioambiente, por lo cual fue sumamente atinado para resolver el conflicto planteado. Este Acuerdo es un instrumento pionero y emblemático en la región por contener normas sobre Ambiente y Derechos Humanos, que instala una nueva gobernanza regional en asuntos ambientales y de desarrollo, participativa y democrática, cuya finalidad central es "garantizar la implementación plena y efectiva en América Latina y el Caribe de los derechos de acceso a la información ambiental, participación pública en los procesos de toma de decisiones ambientales y acceso a la justicia en asuntos ambientales".

La sentencia los aplica en la resolución actuando de manera preventiva e integrada sobre las causas y fuentes de los problemas ambientales planteados.

El art. 8º del Acuerdo introduce de lleno en la temática de la justicia ambiental, asegurando el acceso a instancias judiciales y administrativas para impugnar y recurrir, en cuanto al fondo y el procedimiento, cualquier decisión, acción u omisión relacionada con la información ambiental; la participación del público en la toma de decisiones ambientales y cualquier otra decisión, acción u omisión que afecte o pueda afectar el derecho a un ambiente sano. Entre las condiciones esenciales que enumera para garantizar este derecho de acceso, se encuentran: a) órganos estatales con acceso a conocimientos especializados en materia ambiental; b) procedimientos efectivos, transparentes, imparciales y sin costos prohibitivos; c) legitimación activa amplia; d) posibilidad de disponer medidas cautelares y provisionales para, entre otros fi-

nes, prevenir, hacer cesar, mitigar o recomponer daños al medio ambiente; e) medidas probatorias amplias; f) mecanismos de ejecución de sentencias; y g) mecanismos de reparación. Este plexo normativo es conteste con la implementación de mecanismos colaborativos en la prevención o la resolución de las controversias, en conformidad con el Objetivo 16 de la Agenda 2030.

La sentencia se afirma inexorablemente en el principio de justicia restaurativa. Y en justiciabilidad de la denominada gobernanza ambiental. Esta última respaldada en la doctrina innovadora que sostiene que es "un amplio conjunto de directrices, objetivos, criterios y enfoques para tomar e implementar decisiones relacionadas con el medio ambiente. Es una mirada sobre la práctica y realidad de la cosa regulatoria ecológica. Es el sistema y los procesos según los cuales los aportes ambientales se traducen en resultados ambientales, como aire y agua limpios. Esto incluye mecanismos que aseguran el cumplimiento y la aplicación de las leyes ambientales como brindar acceso democrático a la información ambiental, participar en las tomas de decisiones y reclamar los desvíos gubernamentales o los riesgos y daños ambientales, así como prácticas destinadas a mejorar resultados ambientales específicos" (1).

III.4. Ponderación de la prueba

Se realizó un análisis pormenorizado y exhaustivo de las pruebas ofrecidas, aportadas y producidas por las partes intervinientes.

Habitualmente en los conflictos ambientales, como en los relativos a situaciones usuarios/consumidor, se enfrenta una parte débil (un vecino, una asociación o el representante de la comunidad o grupo vecinal) contra otra más poderosa, sea en términos económicos (cualquier empresa o industria) o políticos (el Estado nacional, provincial o municipal) en reclamo de suspensión o modificación de una cierta actividad como del cumplimiento de una obligación soslayada.

(1) LLORET, Juan S., "Manual de Litigación en Casos Civiles Complejos Medioambientales", CEJA, Santiago de Chile, ps. 32/33.

Esta situación se intenta compensar con la aplicación de la Teoría de las Cargas Probatorias Dinámicas, que consiste en asignar la tarea de demostración que, por su mayor manejo o acceso a la información, facilidad o eficiencia operativa, esté en mejor situación o tenga menos inconveniente para hacerlo. El principio solidaria que la sustenta impone probar y no quedar expectante de la prueba que produzca la parte contraria (2).

Al respecto la incoada ha tenido una participación activa en el proceso, lo que debe ser resaltado. Siendo organismos estatales —municipal y provinciales— en ningún momento manifestaron renuencia, todo lo contrario, una posición proactiva y coadyuvante.

En tal sentido, teniendo en cuenta que el actor ha demostrado que mediante la deducción del Amparo persigue la tutela inmediata de un derecho cuya violación en forma manifiesta alega, especificando qué efectos habría de tener la sentencia sobre los intereses de los miembros de la comunidad, la resolución es conteste.

III.5. Costas

La determinación de costas por el orden causado debe destacarse sin hesitación alguna. Se ha valorado, para arribar a ello, la actitud colaborativa que los incoados han demostrado una actitud a lo largo del proceso (v. fs. 347/398, 506, 510/511, 520, 655/666, 536/537, 569/571, 588/592, 601/603, 619/620, 624/62), siendo el fallo analizado un proceso complejo por la naturaleza de la pretensión deducida y las responsabilidades concurrentes, con un marco normativo incompleto respecto de la planificación de cuencas. Ello claramente justificó el apartamiento de la regla de imposición de costas al vencido, imponiéndolas por el orden causado. Esto procede en los casos en que, por la naturaleza de la acción deducida, la forma como se trabó la *litis*, su resultado o en atención a la conducta de las partes su regulación requiere un apartamiento de la regla general. Se hace referencia a la posición de la Corte de Justicia de Salta que ha entendido que median fundamentos para imponer las costas por el orden causa-

do cuando se expresan fundamentos suficientes que demuestren lo injusto que resultaría su imposición a una parte, tales como la configuración de una situación compleja o dificultosa, la novedad de la cuestión, la existencia de doctrina y jurisprudencia contradictorias, el cambio de estas y la ausencia de previsión legislativa, entre otras (Tomos: 79:1027; 80:117; 208:175).

IV. Conclusiones

Desde el derecho ambiental se está observando un verdadero aporte transformador del derecho en general dirigido a sus bases más profundas, actuando hacia la posibilidad cierta de influir eficazmente en las relaciones sociales, económicas, y ecológicas. De esta forma hay un encaminamiento a la consolidación paulatina de este conjunto sistémico de valores, creencias y actitudes, al que se ha de llamar “paradigma de la sustentabilidad”, sobre la base de una valorización integral del ambiente, con una redefinición que acentúa la relación entre la naturaleza y el ser humano individual y colectivo; los sistemas naturales y los sistemas culturales, que converge sobre un dinámico proceso político y económico global en el cual las consideraciones ambientales vienen a ocupar un sitio de creciente y ascendente importancia.

Este antecedente judicial aporta herramientas que hacen énfasis en la obtención de nuevas maneras de reubicación del saber de todos los actores sociales, resaltando fundamentalmente los valores ambientales e instando a promover acciones positivas que estimulen un uso racional de los recursos naturales para un equilibrio ecológico.

Resalta la importancia del trabajo articulado y conjunto entre la sociedad civil y los organismos estaduales. Ello no es menor. Simplemente con conciencia y compromiso se pueden cristalizar tareas y labores sumamente positivas. Dicha conciencia no debe solo abarcar la cotidianidad a lo más próximo en los entornos de vida, sino se debe mirar con una perspectiva que contemple y acepte al mundo en una escala global; y el que la participación e intervención del hombre, y sobre todo del Estado, sobre la naturaleza y el ambiente, se entienda y reflexione de esta manera.

(2) CATALANO, Mariana, "Prueba ambiental y teoría de la prueba", Thomson Reuters, 2018.

En relación con las obligaciones impuestas a la provincia de Salta es menester destacar que el decisorio respeta inexorablemente la división de poderes, pues no se extralimita en la atribución de sus facultades. Generó una obligación de previsión extendida y anticipatoria. Por ello se ha dicho que, se requiere de una anticipación de daños potenciales (a través de la presentación de los planes pertinentes) que ya están en curso; se afirma en una posición de previsión sobre los riesgos en el futuro.

La aplicación de medidas preventivas presupone una ostensible relación de causalidad entre la acción que se procura evitar y el impacto que se procura prevenir, con suficientes fundamentos científicos (3).

Otro de los aspectos relevantes del fallo es la notable importancia dada a uno de los principios fundamentales del derecho ambiental, cual es el Principio Precautorio, como un nuevo modo o trato para tomar decisiones sobre el ambiente a fin de evitar futuros daños. La Ley General del Ambiente 25.675 entiende a este como la obligación de suspender o cancelar actividades que amenacen el medio ambiente, pese a que no existan pruebas científicas suficientes que vinculen tales actividades con el deterioro de aquel.

Fuera de los aspectos analizados de conflictos de resultados y de la instalación de reglas anticipatorias, el derecho colaborativo aplicado a la práctica ambiental tiene una enorme potencialidad como un posible canal participativo en múltiples procesos que también aportan a la institucionalización de las herramientas básicas de la política y la gestión ambiental.

Los procesos y métodos colaborativos sirven a las políticas ambientales, a la definición de sus

(3) IRIBARREN, Federico J., "La Introducción del principio precautorio en la Ley General del Ambiente", *Revista de Derecho Ambiental*, Argentina, 2005, p. 87.

objetivos y principios, la caracterización de los instrumentos y procedimientos de la gestión y la toma de decisiones participativas. Es esencial garantizar la educación y la formación ambiental (dimensión focalizada de la educación ambiental). Debido principalmente a razones antropocéntricas, la relación entre el ser humano y el ambiente se ha vuelto cada vez más difícil y contradictoria. La formación ambiental se considera la piedra angular, que podría permitir un cambio real hacia la concientización de la existencia de un problema y, por consiguiente, a encontrarle solución.

En esta dirección, la innovadora visión del proceso descrito sirve a un mejor entendimiento, acatamiento y aplicación de la norma, enriquecido en el marco de transparencia, solidez e interdisciplinariedad.

La provincia de Salta posee una vasta geografía; uno puede maravillarse tanto con sus valles como con sus montañas. Presenta heterogeneidad orográfica y climática y además posee un rico patrimonio cultural e histórico.

La necesidad de otorgar protección jurídica a los recursos hídricos; ictícolas; mineros; forestales, etc., ha llevado a la Justicia a avocarse específicamente a la temática sin miramiento alguno.

V. Bibliografía complementaria

LORENZETTI, Ricardo L., "Teoría del derecho ambiental", La Ley Buenos Aires, Argentina, 2008.

BIBILONI, Héctor J., "El proceso ambiental", Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires 2005.

GARROS MARTÍNEZ, María C. - SAFAR, Elizabeth y otros, "Agua segura como derecho humano", Ed. Universidad Católica de Salta - EUCASA, Argentina, 2020.

DERECHO PRIVADO AMBIENTAL

Derecho de daños y ambiente

Especial referencia a los presupuestos de la responsabilidad

Juan Martín Brun (*)

Sumario: I. Introducción.— II. El actual rol del operador jurídico y la incidencia del Código Civil y Comercial.— III. Reinterpretación del derecho de daños bajo el paradigma ambiental.— IV. Presupuestos de la responsabilidad en los daños al medio ambiente.— V. Tutela preventiva ambiental.— VI. Conclusión.

I. Introducción

Sin lugar a dudas, una de las preocupaciones que a nivel mundial aquejan a la sociedad actual tiene que ver con los daños que afectan al medio ambiente. En efecto, el aceleramiento del calentamiento global, las catástrofes naturales (cada vez más intensas) en razón de los cambios climáticos, la desertificación de los suelos, la utilización de productos contaminantes y su vertido sin el adecuado tratamiento, la contaminación de las napas submarinas, etc., son algunas de las muchas aflicciones que probablemente generen un daño al medio ambiente.

El cambio climático plantea amenazas cada vez mayores para la salud, el trabajo y la seguridad de las personas. Lo que está en juego no podría ser más importante: según los datos científicos, las temperaturas se encuentran en máximos sin precedentes, los niveles de gases de efecto invernadero están aumentando, el nivel del mar está subiendo y los desastres naturales se están agravando (1).

(*) Abogado (UFASTA); especialista en Derecho Procesal y especialista en Derecho de Daños (UBA); posgraduado en Derecho del Consumidor (UNMDP, UBA y UCA); docente universitario (UBA y UFASTA); jefe de Despacho en Fiscalía General de la Cámara Comercial e integrante del Programa para la Protección de los Usuarios y Consumidor PGN.

(1) <https://www.un.org/es/climatechange>; ver también las conclusiones de la 26a. sesión de la Conferencia

Si bien es sabido que los temas que refieren a la protección y cuidado del medio ambiente han estado presentes en las agendas de los gobiernos de gran cantidad de países, buscando llegar a la meta del desarrollo sostenible como paradigma del siglo XXI en el nuevo modelo económico y social, lo cierto es que, por más medidas que se adopten, el acaecimiento de los daños al medio ambiente resulta inevitable.

Por lo tanto, no es posible desconocer que la preocupación mundial por la protección ambiental ha alcanzado importancia y magnitud en los últimos años ante las consecuencias negativas generadas por la contaminación, produciendo así daños ambientales. Ello así, en razón de que la mejora o la degradación del ambiente benefician o perjudican a toda la sociedad en su conjunto, porque es un bien que pertenece a la esfera social (2), más allá de las implicancias individuales que se puedan presentar.

Por tal razón, el estudio del derecho ambiental ha crecido sideralmente en la mayoría de los ordenamientos jurídicos comparados, no siendo nuestro país la excepción a dicha corriente, receptándose ella en la vasta normativa que al efecto se ha dictado.

de las Partes de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (CMNUCC - COP26), disponible en <https://newsroom.unfccc.int/es>.

(2) "Mendoza", Fallos 329:2316.

Por otra parte, tenemos el actual derecho de daños, el cual ha cambiado radicalmente su fisonomía, al haberse modificado el paradigma de la responsabilidad, resaltándose que la única manera de reparar el daño, es evitando que ocurra, dejando de ser, en consecuencia, la reparación el epicentro del sistema.

No es que socialmente la reparación del daño haya perdido su valor —pues los paradigmas anteriores coexisten—, solo que el sistema de reparación del daño no marca más la frontera de lo que es socialmente aceptable sufrir.

Asimismo, el daño, como núcleo de la responsabilidad civil, amplió sus esferas, no siendo únicamente el daño individual resarcible, sino también el colectivo, el perjuicio que lesiona intereses de incidencia colectiva, de legitimación difusa, amplia, etc. En efecto, el actual derecho de daños también atravesó todas las ramas del ordenamiento jurídico, pues interactúa con todo el sistema, no pudiendo brindar soluciones jurídicamente razonables si se lo analiza en forma aislada y bajo las concepciones clásicas de la responsabilidad civil.

Es por ello que, a lo largo del presente trabajo, trataremos de encontrar esos puntos de conexión entre en derecho ambiental y el derecho de daños, con el objetivo de verificar si, efectivamente, debemos releer o reinterpretar los elementos configurativos de la responsabilidad, cuando lo dañado es el medio ambiente.

Si bien la totalidad de cuestiones que involucra la temática en análisis excede de por sí el propósito del presente, el análisis se centrará en los presupuestos clásicos de la responsabilidad, analizados no solo desde la mirada del derecho ambiental sino también desde los nuevos lineamientos interpretativos impuestos por el Cód. Civ. y Com. en los arts. 1º, 2º y 3º.

Todo ello sin perder de vista que, al hablar de responsabilidad ambiental, no se considera la respuesta o reparación de perjuicios susceptibles de apreciación pecuniaria que se han causado a determinadas personas, sino por el contrario, se está atendiendo a la reparación del daño que sufre el ambiente en sí mismo.

II. El actual rol del operador jurídico y la incidencia del Código Civil y Comercial

El derecho evoluciona constantemente, al igual que lo hacen los seres humanos, tanto para bien, como en otros casos para mal. Muchas veces, esta evolución se encuentra desfasada, llegando las soluciones jurídicas de manera extemporánea a las nuevas realidades donde ellas se necesitan.

Actualmente, estamos viviendo una evolución en materia jurídica. El nuevo paradigma plantea un derecho que se caracteriza por su constante movimiento y permeabilidad a la articulación con otras ciencias, brindando con ello soluciones diferentes y ajustadas a las diferentes realidades.

En tal sentido, el operador jurídico no puede ser ajeno a los cambios de paradigmas que influyen e impactan en las soluciones que el derecho en nuestros tiempos nos viene planteando. Ignorar los cambios nos llevará a arribar a soluciones, interpretaciones y/o posiciones nutridas de las teorías jurídicas clásicas, generando con ello una intensificación de los inconvenientes sociales, económicos y ambientales que, precisamente, el “nuevo derecho” debería desterrar.

En efecto, tal como explica el Dr. Lorenzetti, toda una generación de juristas ha sido educada durante una “era del orden”, fundada en una única concepción formal del derecho, inspirada en la tradición filosófica inglesa del empirismo lógico y en la dogmática kelseniana. La lógica deontológica, propia de lo jurídico, la deducción como base del razonamiento, la remisión a una norma de reconocimiento fundante, y los principios de jerarquía, temporalidad y especialidad, fueron las bases de un sistema formal cuyo propósito fue la coherencia. De tal modo, el derecho es concebido como un sistema formal de coherencia lógica apriorística, es decir, una obra del legislador y de la dogmática que reproduce el modo de razonamiento (3).

A partir de diferentes exigencias sociales y económicas propias de nuestros tiempos el Derecho reaccionó mediante la creación de microsistemas jurídicos, los cuales cuentan con perfiles y aspectos muy propios que deben

(3) LORENZETTI, Ricardo L., "La decisión judicial en casos constitucionales", LA LEY del 01/11/2010, 1.

entenderse para advertir el desplazamiento de muchos principios que en la antigua “codificación decimonónica” parecían inalterables.

Ante ello, el Código Civil y Comercial, por intermedio de su título preliminar, recepta esta nueva cosmovisión jurídica y fija guías para decidir en un sistema de fuentes complejo, en el que, frecuentemente, debe recurrirse a un diálogo de fuentes (arts. 1º y 2º), y a la utilización no solo de reglas sino también de principios y valores (4).

En este contexto, el derecho de daños no es ajeno a la nueva realidad actual, debiendo brindar soluciones jurídicas, ajustadas a cada caso concreto, en atención a la proliferación de nuevos daños, en donde la razonabilidad de un contexto puede ser muy diferente al de otro.

Esto se ve reflejado, al decir del Dr. Lorenzetti, en el hecho de que uno de los fenómenos más trascendentes de la disciplina de la responsabilidad civil de los últimos cincuenta años ha sido el surgimiento de nuevas categorías de bienes protegidos, generando una expansión sin precedentes anteriores. En la responsabilidad civil el cambio de paradigma es notorio: se evoluciona desde una concepción productivista, que considera el daño en función de lo que la persona da a la sociedad, hacia otra personalista, que se basa en lo que la sociedad debe a la persona (5).

Por tal razón, se observa que el campo de la responsabilidad civil por daño ambiental será un ámbito en el cual necesariamente deberán afinarse ciertos razonamientos a la hora de explorar soluciones constitucionalmente coherentes (arts. 1º y 2º del Código) y razonablemente fundadas (art. 3º del Código). Ello importa una mutación en la manera en que el magistrado deberá arribar a la solución del caso, pues dependiendo de las nuevas herramientas que conforman el “derecho” (ya no solo la letra de la

ley, sino también los principios generales y los valores sociales) y prescindiendo de las posiciones previas, podrá lograrse la construcción de la solución legal al caso concreto.

Este es el motivo que autoriza a acudir a los principios y valores en orden a alcanzar la respuesta necesaria que las reglas —o normas— no pueden proporcionar y que, en el caso del derecho ambiental, atento a su dinámica evolución, la legislación puede quedar rápidamente superada por la cambiante realidad que busca gobernar.

En tal sentido, el abordaje en este campo deberá hacerse con un marcado compromiso y dejando de lado pre conceptualizaciones, razonamientos y marcos dogmáticos formalistas o arcaicos que en nada coadyuvan en la búsqueda de soluciones que el ambiente y la humanidad hoy le demandan.

La realidad actual nos obliga a repensar si los institutos clásicos de la responsabilidad civil serán suficientes para abordar los nuevos paradigmas que el derecho ambiental, su importancia y transcendencia, exige a la hora de encarar las controversias en donde lo que está en juego es el medio ambiente.

Esto no quiere decir, que deba eliminarse la teoría clásica ni los institutos que hicieron crecer y dar forma al actual derecho de daños, sino que cuando se encuentran comprometidos principios y valores —como los que impregnan y condicionan el derecho ambiental— deberá aplicarse lo mismo, pero de manera diferente.

III. Reinterpretación del derecho de daños bajo el paradigma ambiental

Resulta una verdad de Perogrullo afirmar que, en la actualidad, varios institutos clásicos del derecho han sido afectados rotundamente por la axiología ambiental. Se ha llegado a hablar incluso de una “medioambientalización del estado de derecho” (6). El ambiente sano precede, lógicamente, al propio derecho: sin medio ambiente adecuado no hay hombre, ni sociedad, ni derecho.

(4) LORENZETTI, Ricardo L., "Aspectos valorativos y principios preliminares del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación", LA LEY del 23/04/2015, 1.

(5) LORENZETTI, Ricardo L., "Responsabilidad civil en el caso de intereses individuales, individuales homogéneos y colectivos. Doctrina esencial", en STIGLITZ - HERNÁNDEZ, *Tratado de derecho del consumidor*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2015, t. III.

(6) CAFFERATTA, Néstor A. - LORENZETTI, Pablo, "Hacia la consolidación del estado de derecho ambiental. Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación", SJA del 07/11/2018.

El paradigma ambiental, enseña Ricardo Lorenzetti, es un metavalor que influye, impacta o impregna todo el Derecho en general, altera, modifica todos los institutos del sistema, sustantivos o de fondo, y rituales o de forma.

Con base en ello, Augusto Morello había afirmado que muchas normas del Derecho Ambiental se pueden interpretar correctamente si se entiende que la naturaleza y la sociedad funcionan no solo como objeto protegido normativo, sino “como” sujetos de derecho o centros de imputación de normas (7). Esta tendencia se ve reflejada en varias legislaciones y sentencias del derecho comparado, donde se ha considerado a la naturaleza como un sujeto de derecho (8). Incluso, recientemente en nuestro país se ha presentado un amparo colectivo, para que se declare el Delta del Paraná como un sujeto de derecho (9).

No por nada, la Cámara de Diputados convirtió en ley el proyecto que establece que todos los empleados públicos deben recibir una capacitación integral en materia ambiental. En efecto, esta nueva norma establece la “capacitación obligatoria en la temática de ambiente” para todas las personas que se desempeñen en la función pública en todos sus niveles y jerarquías en los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial de la Nación, cuyos lineamientos

(7) MORELLO, Augusto - CAFFERATTA, Néstor, "La sociedad y la naturaleza como sujetos de derecho", ED 212-899.

(8) Bolivia: ley 71; Nueva Zelanda: *Te Awa Tupui (Whanangui River Claims Settlement) Bill*, ley que declaró dicho río como una persona jurídica independiente; Colombia, sent. T-622 de la Corte Const. (10/11/2016), en un caso de contaminación por actividades mineras a cielo abierto, reconoció al río Atrato como sujeto de derechos; Ecuador: la Constitución (2008) declara que la Pacha Mama o naturaleza es sujeto de derecho (arts. 10, 72 y 73); India: la sentencia de la Suprema Corte del Estado de Uttarakhand en el caso "Mohd, Salim v. State of Uttarakhand & others", del 30/03/2017, mediante la cual se declaró a los ríos Ganges y Yamuna, sus afluentes y toda agua natural que de ellos fluya continua o intermitentemente, como personas y entidades vivientes.

(9) "Asociación Civil por la Justicia Ambiental y otros c. Entre Ríos, Provincia de y otros s/ amparo ambiental", expte. 542/2020, disponible en <https://classactionsargentina.com>.

generales deberán contemplar como mínimo información referida al cambio climático, a la protección de la biodiversidad y los ecosistemas, a la eficiencia energética y a las energías renovables, a la economía circular y al desarrollo sostenible, así como también deberán contemplar información relativa a la normativa ambiental vigente (10).

Esto significa que, en todas las órbitas del Estado, no podrá prescindirse de efectuar un enfoque ambiental, al momento de adoptar cualquier tipo de decisión. Sin lugar a dudas, esto impactará rotundamente en el ámbito del Poder Judicial, cuando deban resolverse controversias en las que de una u otra manera, el ambiente y/o su alteración puedan verse afectados, ya sea en forma positiva como negativa.

Asimismo, debemos sumar a lo señalado respecto de la referida ley la ratificación efectuada por la República Argentina al Acuerdo de Escazú, uno de los tratados más importantes en materia de derecho ambiental que tiene como objetivo “garantizar la implementación plena y efectiva en América Latina y el Caribe de los derechos de acceso a la información ambiental, participación pública en los procesos de toma de decisiones ambientales y acceso a la justicia en asuntos ambientales, así como la creación y el fortalecimiento de las capacidades y la cooperación, contribuyendo a la protección del derecho de cada persona, de las generaciones presentes y futuras, a vivir en un medio ambiente sano y al desarrollo sostenible” (11).

Ahora bien, el derecho ambiental como rama del derecho reposa sobre una serie de principios jurídicos que encuentran su fundamento en la autoconservación del medio ambiente y que están dotados de autonomía propia. Estos principios representan las directivas y orientaciones generales en las que se funda el derecho ambiental, con la característica de que no son el resultado de construcciones teóricas, sino que nacen a partir de necesidades prácticas, que a su vez han ido modificándose con el tiempo,

(10) "Ley Yolanda", <https://www4.hcdn.gob.ar/dependencias/dsecretaria/Periodo2020/PDF2020/TP2020/2658-D-2020.pdf>.

(11) Art. 1º del Acuerdo de Escazú, ratificado por la ley 27.566, promul. 16/10/2020.

transformándose en pautas rectoras de protección al medio ambiente.

Se trata de instrumentos que orientan algunas normas e inspiran directa o indirectamente una serie de soluciones, por lo que pueden servir para promover y encauzar la aprobación de nuevas leyes, alinear la exégesis de las existentes y resolver los casos no previstos (12).

El derecho fundamental a la protección del ambiente tiene su aparición a nivel internacional en el año 1972 a raíz de la promulgación de la Declaración de Estocolmo sobre Medio Ambiente Humano. Se ve desarrollado por la Carta de la Tierra del año 1982, la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo del año 1992 y por la Declaración de Johannesburgo del año 2002. A nivel del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales o Protocolo de San Salvador regula expresamente el derecho al ambiente en su art. 11, donde expresa: "Todo individuo tiene el derecho a vivir en un ambiente sano y a tener acceso a los servicios básicos públicos. Los Estados parte deben promover la protección, preservación y el mejoramiento del ambiente" (13).

Los constituyentes de 1994 se enrolaron en aquella tendencia que observaba, con preocupación, la evolución que se operaba en el medio ambiente y regularon detalladamente su tipificación y los medios formales para encauzarla de manera favorable al ser humano.

Asimismo, nuestro máximo tribunal ha señalado que el reconocimiento de estatus constitucional del derecho al goce de un ambiente sano, así como la expresa y típica previsión atinente a la obligación de recomponer el daño ambiental (art. 41, CN) no configuran una mera expresión de buenos y deseables propósitos para las generaciones del porvenir, supeditados en su eficacia a una potestad discrecional de los poderes públicos, federales o provinciales, sino la preci-

sa y positiva decisión del constituyente de 1994 de enumerar y jerarquizar con rango supremo a un derecho preexistente (14).

El art. 41 de nuestra Carta Magna menciona algunas de las cualidades que debe presentar el ambiente: sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano. Por su parte, el art. 240 del Cód. Civ. y Com. pone límites al ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes que componen el ambiente, dejando expresamente contemplado que no debe afectarse el funcionamiento ni la sustentabilidad de los ecosistemas de la flora, la fauna, la biodiversidad, el agua, los valores culturales, el paisaje, entre otros, según los criterios previstos en la ley especial.

Con la Ley General del Ambiente, el legislador pretendió establecer los presupuestos mínimos de protección ambiental, sentando las bases generales de política, gestión y legislación en la materia, en todos sus niveles (15).

El cambio de conciencia mundial y local, la necesidad de ver el mundo desde un aspecto ecocentrista implica la preservación de la naturaleza como pilar para el desarrollo de la humanidad y así para las nuevas generaciones, las cuales llegan cada vez a un planeta más lastimado por el paso y la acción que el ser humano ejerce en él, en muchos de sus casos, sin medir las consecuencias que sus actos generan.

En la actualidad existen cientos de normativas específicas, reglamentaciones, y programas tanto a nivel internacional, nacional, provincial y municipal que giran en torno a la regulación, protección y concientización del cuidado del medio ambiente con el objeto de lograr el goce del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer la de las generaciones futuras (16).

(14) Fallos 339:142.

(15) *Ibidem*, p. 174.

(16) Art. 41, CN; arts. 14, 240 y 241, Cód. Civ. y Com.; ley 25.675 - Ley General del Ambiente; ley 25.831 - Régimen de Libre Acceso a la Información Ambiental; ley 25.688 - Régimen de Gestión de Aguas; ley 26.331 - Protección de los Bosques Nativos; ley 26.562 - Ley de Quema; ley 26.815 - Ley de Manejo del Fuego; ley 26.639

(12) MADIEDO, Mariano C. - LEGUIZA CASQUEIRO, Guillermo, "Derecho ambiental", Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2020, p. 166.

(13) Ver www.elaw.org/resources/.

Conforme a lo expuesto, podemos apreciar que el desarrollo sostenible, es el norte que persigue toda la dinámica del sistema protectorio del ambiente. Siguiendo el Informe Brundtland —Asamblea General de las Naciones Unidas del año 1987— podemos definirlo como aquel “que satisface a las necesidades de las generaciones actuales sin comprometer a las capacidades de las futuras generaciones para satisfacer sus propias necesidades” (17).

Vemos así cómo el medio ambiente sano no es un fruto del desarrollo social sino un presupuesto para su existencia. Es decir, es un derecho vinculado a la propia vida humana, por lo que su respeto, su comprensión y su protección no pueden quedar fuera de la agenda de ningún Estado de derecho que tenga como eje central a la tutela de la persona humana. Ello así, ya que, sin ambiente, no hay vida humana que proteger. Por lo tanto, el paradigma de tutela debe comenzar desde el medio ambiente hacia la persona humana, y el ordenamiento jurídico debe proveer mecanismos de tutela orientados en esa dirección.

Es por eso que resultará esencial entender y comprender al ambiente en términos de integridad, soslayando la fragmentación que suele anidar en los criterios normativos tradicionales (18), valiéndose para ello de interpretaciones sistémicas y armónicas con todo el ordenamiento jurídico, tal como lo exige el Cód. Civ. y Com. en los arts. 1º y 2º.

A su vez, resulta de fundamental importancia lo plasmado en el art. 240 del Cód. Civ. y Com., el cual viene a consolidar un nuevo concepto de “orden público ambiental”, sumando al tradicional concepto de norma imperativa y norma protectoria, el “orden público de coordinación”.

- Protección de los Glaciares y del Ambiente Periglacial; ley 24.051 - Residuos Peligrosos; ley 25.018 - Residuos Radiactivos; ley 25.612 - Gestión de Residuos Industriales y de Servicios; ley 25.670 - Gestión de PCB'S; ley 25.916 - Gestión de Residuos Domiciliario; leyes provinciales reglamentarias de la ley 25.675, ordenanzas municipales.

(17) A/42/427, 04/08/1897, <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/42/427>.

(18) CANO, Guillermo "Introducción al derecho ambiental argentino", Ed. La Ley, Buenos Aires, 1972, t. 154, p. 917.

Por lo expuesto, el art. 240 es la columna vertebral del sistema común de derecho ambiental dispuesto por el Cód. Civ. y Com., toda vez que llama a todos aquellos que tengan que adoptar decisiones críticas en la cuestión —de colisión de principios—, a desarrollar un delicado juicio de ponderación o razonabilidad, en función de los bienes, intereses y derechos en juego, en casos de controversias, en el ejercicio de derechos individuales y derechos de incidencia colectiva (19).

Dicho lo anterior, no puede soslayarse el hecho de que el derecho ambiental es un derecho de incidencia colectiva, referido al bien colectivo ambiente, se ubica en la esfera social de los individuos, siendo de pertenencia supraindividual. Rememórese que, un derecho, para ser considerado “de incidencia colectiva” debe proteger un bien colectivo, indivisible e inapropiable o sustentar un interés llamado “individual homogéneo”, que lo es en el caso que un mismo hecho generador afecte a una pluralidad de sujetos titulares de un derecho subjetivo equivalente (20). Tanto es así, que en el caso de ejercer la defensa del bien en uso de la legitimación extraordinaria conferida por el art. 43 de la CN para tutela del bien colectivo del ambiente, cuya pretensión debe ser enfocada en el aspecto colectivo del derecho, si hubiese una indemnización, no ingresaría al patrimonio de él o de los accionantes, porque no hay derechos subjetivos individuales, no hay interés individual y por lo tanto no hay aumento del patrimonio individual; la decisión judicial repercute sobre el bien objeto de la pretensión (prevención o reparación), pero no hay beneficio directo para quien es legitimado.

Por lo tanto, este nuevo paradigma crea nuevos sujetos, nuevos protagonistas, nuevas instituciones, nuevos principios, por lo que también deberá crear nuevas soluciones a los problemas que desde antaño afectan al ambiente, y que, a partir de la ubicación de la tutela al ambiente en la cúspide de nuestro ordenamiento jurídico, las

(19) CAFFERATTA, Néstor A., "Artículo 240 del nuevo Código Civil y Comercial: Introducción del derecho ambiental en el derecho privado constitucional", *Diario Ambiental* nro. 100, 18/02/2016.

(20) CS, "Halabi, Ernesto c. PEN, ley 25.873 y dec. 1563/2004 s/ amparo, ley 16.986", expte. H 27023 XL.II.

obligaciones y derechos que surgen de ella son plenamente operativas tanto para los operadores jurídicos como para todos los ciudadanos. No hay que olvidar que si bien, tal como fuera referido previamente, los seres humanos tenemos derecho a un ambiente adecuado para vivir en dignidad y bienestar, también tenemos el consecuente deber de protegerlo y mejorarlo.

Con buen criterio, se dejó plasmado en la Declaración de Río anteriormente mencionada que “el mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todos los ciudadanos interesados” (21).

IV. Presupuestos de la responsabilidad en los daños al medio ambiente

Es sabido que para que se active el sistema de responsabilidad por daños resulta indispensable la verificación de sus requisitos de procedencia: acción u omisión, daño, antijuridicidad, relación de causalidad y factores de atribución.

La doctrina y la jurisprudencia han centrado la discusión en los últimos años respecto de las adaptaciones y modificaciones que exigen los “nuevos” tipos de perjuicios fundamentalmente en cuanto al daño y a la relación de causalidad. Sin dudas, se trata de dos presupuestos de esta rama jurídica cuyo estudio ha planteado y planteará grandes e interesantes desafíos.

El sistema propio de responsabilidad ambiental por daño de incidencia colectiva, contenido en la ley 25.675, completado para supuestos especiales por las leyes 25.612 y 25.670, halla correlato con las normas incorporadas al Cód. Civ. y Com. En efecto, el novel cuerpo normativo reconoce y respeta la existencia y vigencia de “microsistemas normativos autosuficientes” —como lo es el microsistema ambiental— no modificando las leyes que los sustentan. Ello queda evidenciado por los arts. 1º, 2º, 14, 241 y 1709 del Cód. Civ. y Com. Este último expresamente dispone el orden de prelación en casos en que concurren disposiciones del código y a alguna ley especial relativa a responsabilidad civil. En lo que aquí interesa, estatuye que en pri-

mer lugar se aplicarán las normas indisponibles de este y de la ley especial, y posteriormente las normas supletorias de la ley especial.

El daño ambiental implica una visión distinta que la clásica: no es de lo individual a lo colectivo, sino a la inversa, de lo colectivo a lo individual. Así, el método de encuadre, desembarco o arribo se produce no ya a partir de la producción o generación del daño real, cierto, personal, concreto, efectivo, mediante técnicas indemnizatorias o resarcitorias, de tipo economicistas, individuales, sino en la etapa del predaño, un antedano, previa a la producción del daño real, en todo caso, en la etapa del daño potencial, mediante técnicas de evitación o anticipación (22).

Es decir, el microsistema ambiental se sustenta en la obligación *ex ante* de prevenir un daño ambiental conforme prevé la cláusula constitucional del art. 41, de los arts. 1708, 1710 y 1711 del Cód. Civ. y Com. y de los arts. 2º, 4º, 11 de la Ley General del Ambiente; y a todo evento, el deber de reparar *ex post* las consecuencias derivadas del daño acaecido —*alterum non laedere*— en los términos de los arts. 19 y 41 de la CN, del art. 10, párr. 3º, 1716 y ss. del Cód. Civ. y Com. y de los arts. 28 y ss. de la Ley General del Ambiente (23).

Asimismo, el Cód. Civ. y Com. establece, además de la responsabilidad por culpa (arts. 160, 275, 278, 490, 1376, 1724 y 1749 y ccds.), la objetiva (arts. 732, 1722, 1751, 1753, 1763, 1757 a 1759, 1768, 1973 y ccds.), lo que facilita considerablemente la atribución de la responsabilidad por daños en materia ambiental.

(22) LORENZETTI, Ricardo L., “Tutela civil inhibitoria”, LA LEY, 1995-C, 1217; PEYRANO, Jorge W., “La acción preventiva”, LexisNexis, 2004; FALBO, Aníbal J., “La preeminencia de la protección preventiva del ambiente”, RD Amb. 9, Instituto “El derecho por un planeta verde”, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, enero/marzo de 2007, p. 216; MORELLO, Augusto M., “Anticipación de la tutela”, Ed. Platense, La Plata, 1996; CAMPS, Carlos, “La protección del medio ambiente a través de la cautela material”, JA 1998-II-648; *id.*, “Tutela anticipada”, JA 1999-III-1091; *id.*, “Amparo y ultra anticipación de la tutela”, JA del 19/09/2001, p. 11.

(23) DAGHERO, Luis A., “Repensando las funciones de la responsabilidad. Las particularidades del microsistema ambiental”, RD Amb. 58, 26/06/2019, 23, AR/DOC/1312/2019.

(21) Disponible en <http://www.un.org/spanish/esa/sustdev/agenda21/riodeclaration.htm>, visitado: 17-02-15.

También lo hace desde su sanción, a fines del siglo XIX, el Cód. de Minería respecto de los perjuicios que la explotación de la mina cause al fundo civil en que yace y a terceros (arts. 32, 146, 156 y 160 a 163, t.o. dec. 456/1997, como así también, como se observa en algunos artículos de la ley nacional 24.804 de actividad nuclear (24).

Por su parte, el art. 40, ley 25.612, presume *iusuris tantum* que todo residuo industrial es cosa riesgosa. Lo mismo hace el art. 45 de la ley 25.670 de Presupuestos Mínimos con el PCB y todo aparato que lo contenga.

Se puede observar que el régimen de responsabilidad por daños, articulado por el régimen especial, establece una prelación en la cual, lo primordial es evitar que el daño se produzca. Es decir, se requiere "anticipación" ya que su menoscabo puede ser irreversible; y si ya se afectó o dañó, la recomposición integral y mejoramiento, funcionará o resultará operativa en la medida de lo posible.

En otras palabras, primero estará la responsabilidad precautoria por daño ambiental colectivo; en segundo lugar, la responsabilidad preventiva y luego, en tercer lugar, una vez consumado el daño ambiental, operará la responsabilidad por recomposición o reparación en especie o in natura in situ, o en subsidio, tan solo en el supuesto de imposibilidad técnica o material, la responsabilidad por compensación ambiental, y, por último, podremos hablar de la responsabilidad indemnizatoria (25).

Ahora bien, sin perjuicio de lo dispuesto en la normativa específica, para poder imputar de responsabilidad al "supuesto agente dañador", indudablemente deberemos cumplir con los presupuestos de responsabilidad. En efecto, el Cód. Civ. y Com. trata de manera sistemática los cuatro elementos o presupuestos que la

(24) Por ejemplo, art. 9º, que considera al explotador de una instalación nuclear responsable del daño nuclear causado por "ii) los accidentes que se produjeren con sustancias nucleares fuera del sitio de la instalación o fuera del transporte, cuando al momento de ocurrir el accidente nuclear esas sustancias hubieren sido objeto de robo, pérdida, echazón o abandono".

(25) CAFFERATTA, Néstor A., "Régimen jurídico del daño ambiental", RCyS 2010-VIII-9.

doctrina suele enunciar como necesarios para que nazca la responsabilidad civil. Su articulado se ocupa, sucesivamente, de la antijuridicidad (arts. 1717 a 1720), los factores de atribución (arts. 1721 a 1725), la relación causal (arts. 1726 a 1736) y el daño (arts. 1737 a 1748).

Ahora bien, en la responsabilidad común no se pueda activar el mecanismo de la responsabilidad si no existe un daño patrimonial o personal, determinado y directo. Pero si aplicáramos este principio en todos los casos de daños ambientales, no se conseguiría la finalidad prevista por la CN en su art. 41. Esto es la protección y el restablecimiento del entorno ambiental (26).

Por tal motivo, veremos si la totalidad de los presupuestos delineados por la doctrina civilista, resultan lisa y llanamente aplicables en los supuestos de daños ambientales, o si por el contrario deberán ser ajustados o reinterpretados bajo el prisma medioambiental.

IV.1. Daño ambiental

Desentrañar el significado del daño y precisar su concepto, siempre ha sido una tarea ardua y dificultosa, atento a que el mismo resulta ser un concepto amplio, impreciso y esencialmente intuitivo (27), que suele ser utilizado como sinónimo de detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia.

El daño no deja de ser un fenómeno físico, pero para que adquiera relevancia en el mundo del derecho, debe trascender jurídicamente. Esto es, el menoscabo, la pérdida o el deterioro, deben ser considerados por el derecho para que adquieran relevancia jurídica (28).

(26) HUTCHINSON, Tomás, "Responsabilidad pública ambiental", en MOSSET ITURRASPE - HUTCHINSON - DONNA, *Daño ambiental*, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2011, 2ª ed., t. II, p. 31, cit. por TORRES, Sergio G. - LE-GUIZA CASQUERIO, Guillermo, "Derecho ambiental", Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2020, p. 220.

(27) ATAZ LÓPEZ, "Los médicos y la responsabilidad civil", 1985, p. 319, cit. en CALVO COSTA, C., en BUERES, Alberto (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2018, t. 3-F, p. 434.

(28) CALVO COSTA, C., ob. cit., p. 436.

El Cód. Civ. y Com. indica que “hay daño cuando se lesiona un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto la persona, el patrimonio, o un derecho de incidencia colectiva” (29). Observamos entonces, que el código reconoce a los daños individuales tradicionales e incorpora los daños colectivos cuando se lesionan derechos de incidencia colectiva. Estos últimos, podemos dividirlos en daños que tutelan bienes colectivos, y los que refieren a derechos individuales homogéneos, tal como la ha señalado la Corte Suprema en diversos precedentes (30).

Ahora bien, siendo el propósito de este trabajo efectuar una relectura de los presupuestos de la responsabilidad en materia ambiental, procederemos a analizar si el concepto de daño receptado por el Cód. Civ. y Com. resulta encuadrable en lo que la doctrina y jurisprudencia entiende respecto del daño ambiental propiamente dicho.

De acuerdo con el art. 1739 del Cód. Civ. y Com., como así también la doctrina civilista en forma pacífica, señala que el daño, para activar el sistema de responsabilidad civil, debe reunir ciertos caracteres (cierto, directo, personal, concreto, diferenciado, actual, subsistente, entre otros). A diferencia de ello, estas categorías o calificativos se diluyen cuando estamos hablando del daño ambiental puro, el cual resulta ser un daño en ocasiones incierto, indirecto o reflejo, impersonal, hipotético, indiferenciado, además es intergeneracional.

En tal sentido, gran parte de la doctrina nacional, entiende que el daño ambiental no podría ser asimilado (en cuanto a sus caracteres y requisitos) al daño civil clásico (31).

(29) Ver art. 1737, Cód. Civ. y Com.

(30) “Mendoza”, Fallos 329:2316.

(31) HUTCHINSON, Tomás, ob. cit., ed. 1999, t. II, cap. XI, “El daño ambiental colectivo”, ps. 115 y ss.; GOMIS CATALÁ, “Responsabilidad por daños al medio ambiente”, ob. cit., p. 67; DE MIGUEL PERALES, Carlos, “La responsabilidad civil por daños al medio ambiente”, Ed. Civitas, Madrid, 1994, p. 86; MOSSET ITURRASPE, “El daño ambiental en el derecho privado”, ob. cit., p. 73, donde dice: “Liminarmente, debemos señalar que las notas características del daño, según la concepción mayoritaria: cierto, personal y directo, son puestas en grave aprieto”;

En efecto, autorizada doctrina ha dicho que el daño ambiental no es un daño común, por su difícil, compleja o ardua comprobación, atendiendo a las circunstancias que, en muchas ocasiones, es despersonalizado o anónimo; suele ser el resultado de actividades especializadas, que utilizan técnicas específicas, desconocidas para las víctimas. Al mismo tiempo que alcanza a un número elevado de víctimas, un barrio, una región, puede ser cierto y grave para el ambiente o alguno de sus componentes, pero ser considerado despreciable o sin relevancia o significación, o no tenerlo en la actualidad, respecto de las personas individualmente consideradas. Este notable jurista santafesino, en su trabajo de investigación sobre la temática, contenido en una obra colectiva (32), ha dicho que “por la materia sobre la cual recae, por el bien jurídico comprometido, encaja difícilmente en las clasificaciones tradicionales: daño patrimonial o daño extrapatrimonial, daño cierto o incierto, daño actual o futuro, y daño personal o daño ajeno. De donde, liminarmente, debemos señalar que las notas características del daño, según la concepción mayoritaria: cierto, personal y directo, son puestas en grave aprieto” (33).

Sin perjuicio de ello, en el derecho ambiental existe prácticamente uniformidad tanto en doc-

BESALÚ PARKINSON, Aurora V., “Responsabilidad por daño ambiental”, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2005, p. 200; TRIGO REPRESAS, Félix A., “La defensa del ambiente en la provincia de Buenos Aires”, JA 1998-IV-1048; *id.*, “Responsabilidad civil por daño al ambiente”, en *Anticipo de Anales, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires*, año XLIII, 2a. época, nro. 36, Buenos Aires, 1998. También, “Responsabilidad civil por daño ambiental”, JA 1999-IV-1180; ANDORNO, Luis O., “La responsabilidad por daño al medio ambiente”, JA 1996-IV-877; BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, “Responsabilidad civil por daño ambiental”, LA LEY, 1994-C, 1052; PARELLADA, Carlos A., “Los principios de responsabilidad civil por daño ambiental en Argentina”, en AA.VV., Responsabilidad por daño ambiental, Ed. Universidad Externado de Colombia, 2000, p. 235; *id.*, “Breve reflexión sobre la noción de daño ambiental”, LA LEY, 2003-A, 872, cit. en CAFFERATTA, Néstor A., “Los daños al ambiente y su reparación”, RC D 1993/2012, t. 2008-3 “Daño ambiental”.

(32) MOSSET ITURRASPE, Jorge, “Cómo contratar en una economía de mercado”, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1996, p. 144.

(33) MOSSET ITURRASPE, Jorge, “El daño ambiental en el Derecho Privado”, en MOSSET ITURRASPE - HUTCHINSON - DONNA, *Daño ambiental*, ob. cit., t. I, p. 73.

trina, como así también en legislaciones comparadas, a la hora de conceptualizar el “daño ambiental”. En tal sentido, se lo ha definido como “toda pérdida, disminución, deterioro o menoscabo significativo inferido al medio ambiente o a uno o más de sus componentes, que se produce contraviniendo una norma o disposición jurídica” (34).

Nuestra Ley General del Ambiente se encargó de definir al daño ambiental, indicando que será toda alteración relevante que modifique negativamente el ambiente, sus recursos, el equilibrio de los ecosistemas o los bienes o valores colectivos (35). La mentada norma se encargó no solo de receptar los lineamientos del derecho comparado, ampliando y perfeccionando los conceptos que integran al “medio ambiente”, sino de dejar en claro que el daño ambiental será una consecuencia de hechos o actos lícitos o ilícitos que generen un detrimento en el ambiente o cualquiera de sus componentes.

Para comprender el alcance de dicha norma, deberá integrarse su texto con lo preceptuado por los arts. 14 y 240 del Cód. Civ. y Com., al condenar el abuso del derecho y poner como límite del ejercicio de los derechos sobre bienes colectivos, evitando afectar el funcionamiento ni la sustentabilidad de los ecosistemas de la flora, la fauna, la biodiversidad, el agua, los valores culturales, el paisaje, entre otros, según los criterios previstos en la ley especial (36).

Ahora bien, el ser humano constantemente realiza actos que alteran o modifican al medio ambiente. El progreso tecnológico y económico en la medida que acarrea un incremento en el nivel material de vida, justifica en cierta medida la alteración del medio ambiente avalado por el consenso social. En líneas generales, no se concibe el desarrollo de la propia vida del hombre, sin que este, a su paso, no haya cambiado o modificado la fisonomía del ambiente. Por ejemplo, conducir un auto, fumar un cigarrillo, hacer una fogata, pescar, construir un puente, etc. En todos

estos actos, en mayor o menor medida, se podrá advertir una alteración al medio ambiente o cualquiera de sus componentes (flora, fauna, agua, aire, tierra, etc.). Sin embargo, no podemos afirmar que todos esos actos, puedan constituir —en términos jurídicos— daños ambientales.

En efecto, el hombre siempre ha alterado su ambiente, y aquello que nos parece como natural, es en realidad con frecuencia una naturaleza cultivada. El daño ambiental supone un deterioro sustancial o durable del funcionamiento ecológico del recurso natural en cuestión, por ejemplo, la pérdida para un ecosistema de servicios ecológicos suministrados por una especie destruida o maltratada o la pérdida de capacidad de regeneración (37).

Ello ha sido reiterado por la doctrina judicial, afirmándose que no todo daño a la naturaleza comporta un daño antijurídico y que resulta necesario compatibilizar o acomodar la protección del ambiente con otros bienes igualmente valiosos para la comunidad (38).

En palabras de Besalú Parkinson, podemos afirmar entonces que el dilema será hasta qué límite el hombre deja de usar racionalmente el ambiente para comenzar a dañarlo (39).

Para poder contestar dicho interrogante, debemos recurrir al texto de la Ley General del Ambiente. Allí, la norma se encarga de precisar que, para que exista un daño ambiental, la alteración al ambiente debe presentar un cierto grado de relevancia. En efecto, expresamente dispone que la alteración del ambiente debe ser negativa y relevante para que configure un daño jurídicamente relevante.

(37) BRICEÑO, M., "El daño ecológico. Presupuestos para su definición", V Congreso de Derecho Ambiental Español, celebrado en Pamplona en marzo de 2004.

(38) CFed. San Martín, sala I, 26/07/1993, "Lauzán, Carlos c. Ministerio de Economía s/acción de amparo", JA 1995-III-208; LA LEY 1995-E, 375; ED 156-53, cit. por CAFFERATTA, Néstor A., en LORENZETTI, Ricardo L. (dir.), *Derecho ambiental y daño*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2011, p. 20.

(39) BESALÚ PARKINSON, Aurora, "El daño socialmente tolerable y el medio ambiente. Implicaciones básicas de la teoría del riesgo permitido", RCyS, nro. 2, 1999, p. 35, cit. por CAFFERATTA, Néstor A., en LORENZETTI, Ricardo L. (dir.), ob. cit., p. 21.

(34) Ley 81 del Medio Ambiente de Cuba; ley 19.300 de Chile; ley 17.283 de Uruguay; ley 28.611 de Perú; ley 64-00 de República Dominicana.

(35) Ver art. 27, ley 25.675 General de Ambiente.

(36) Ver arts. 14 y 240, Cód. Civ. y Com.

Podemos afirmar que existirá una alteración negativa y relevante del ambiente cuando aquella implique un riesgo inaceptable para la salud humana o la destrucción de un recurso o un deterioro de él que impida o afecte su capacidad de regenerarse naturalmente, o la dilate sustancialmente. Entonces, el daño al ambiente, para ser considerado tal, debe ser de cierta magnitud, gravedad y significancia.

El intérprete jurídico, al momento de determinar la relevancia del daño ambiental, deberá tener como norte la tolerabilidad, aceptabilidad y razonabilidad de la alteración ocurrida. Si no cumple con alguna de dichas pautas, la alteración al ambiente constituirá un daño que tornará operativa la obligación de recomponer y resarcir las consecuencias negativas producidas. Pero, fundamentalmente, el análisis deberá efectuarse teniendo en cuenta las circunstancias espaciales y temporales en las que se efectúa la alteración, sin desconocer no solo los avances científicos que existiesen en la materia en cuestión, sino también las exigencias que la nueva realidad medioambiental demanda.

Por ejemplo, puede suceder que durante algún tiempo se tolerase la utilización de ciertos elementos para la explotación de determinada industria. Luego, ellos resultaron ser (en virtud del avance científico) calificados como nocivos para el medio ambiente.

Por otra parte, puede suceder que el propio ecosistema demande la adopción de ciertas medidas para preservar su sustentabilidad. Con base en ello, ocurriría que ciertas alteraciones tolerables en algún momento, resulten intolerables en función de la nueva realidad medioambiental.

Teniendo en cuenta lo expuesto, reviste fundamental importancia la determinación del daño ambiental. Tal como afirma Kemelmaier de Carlucci, al aludir a la trascendencia de la delimitación del concepto, diciendo que “[d]eterminar qué es un daño ambiental no es un problema menor porque este, es del daño, el que genera las consecuencias fijadas por la ley” (40).

(40) KEMELMAIER de CARLUCCI, Aída, "Estado de la jurisprudencia nacional en el ámbito relativo al daño am-

IV.1.a. Daño ambiental colectivo y daño ambiental individual

Resulta imposible soslayar que el daño ambiental, aloja en su propia concepción “dos categorías de daños” que pueden ser diferenciados, y presentar algunos matices distintos: el daño ambiental colectivo y el daño ambiental individual. Trataremos de precisar, aquellas similitudes y diferencias que ambos conceptos engloban, cuyo análisis deviene necesario para un correcto abordaje del tema.

Siguiendo a Cafferatta (41), entendemos que el daño ambiental es esencialmente un daño al ambiente en sí mismo, traducido en un daño social o un perjuicio a la sociedad en general. Sin embargo, en ocasiones ese daño ambiental colectivo, de naturaleza supraindividual, masificado, impersonal, o indiferenciado, por reflejo o de rebote, caiga a su vez, sobre un patrimonio concreto, propio, personal y diferenciado, transformándose así en un daño ambiental individual o particular.

Véase que uno de los caracteres del daño ambiental es su ambivalencia, diferenciable en los conceptos genéricos de daño directo o daño al medio ambiente en sí mismo y daño indirecto o por rebote, que es el causado a raíz de aquel a personas individuales o a grupos de damnificados en sus bienes o en ellos mismos, y a nivel patrimonial o moral.

Nuestro Máximo Tribunal ha tenido oportunidad de distinguir ambos daños en el precedente más importante en la materia, al señalar que, en la acción incoada por los litigantes, se podía identificar dos reclamos diferenciados: “la primera reclamación se refiere al resarcimiento de la lesión de los bienes individuales, cuyos legitimados activos reclaman por el resarcimiento de los daños a las personas y al patrimonio que sufren como consecuencia indirecta de la agresión al ambiente. La segunda pretensión tiene

biental colectivo después de la sanción de la ley 25.675 Ley General del Ambiente (LGA)”, ANDCSBA, *Anticipo de Anales*, año LI, 2a época, nro. 44, p. 11, LA LEY, julio 2006, cit. en CAFFERATTA, Néstor A., en LORENZETTI, Ricardo L. (dir.), ob. cit., p. 22.

(41) CAFFERATTA, Néstor A., en LORENZETTI, Ricardo L. (dir.), ob. cit., p. 43.

por objeto la defensa del bien de incidencia colectiva, configurado por el ambiente; en este supuesto, los actores reclaman como legitimados extraordinarios para la tutela de un bien colectivo, el que por naturaleza jurídica es de uso común, indivisible y está tutelado de manera no disponible por las partes” (42).

Se ha dicho que reconocer la distinción entre el daño ambiental colectivo y el daño ambiental individual no solo sirve para diferenciar los alcances de la responsabilidad del agente dañador y la magnitud del daño ocasionado, sino que también permitiría simplificar, en la contratación de seguros ambientales —tal como así lo impone la ley (43)— la evaluación del riesgo por parte del asegurador y facilitará la cobertura de ambos tipos de riesgos (44).

En efecto, la concepción del daño referenciado en el punto anterior, además de afectar el equilibrio propio de los ecosistemas, la biodiversidad, y la salud en general, en muchas ocasiones perjudica los derechos subjetivos e intereses legítimos e individuales de una pluralidad de sujetos, los cuales pueden ser de fácil o difícil individualización, dependiendo del tipo y gravedad del daño acontecido, asistiéndole a todos y cada uno de los sujetos, la legitimación activa para actuar en su defensa y tutela. Estos daños ambientales, llamados “de rebote”, que afectan derechos individuales en virtud de las consecuencias que el menoscabo al bien ambiental irradia sobre la persona y su patrimonio,

(42) M.1569.XL, “Mendoza, Beatriz Silvia y otros c. Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza-Riachuelo)”, CSJN, Fallos 110:530.

(43) Art. 22 ley 25.675 General del Ambiente: Toda persona física o jurídica, pública o privada, que realice actividades riesgosas para el ambiente, los ecosistemas y sus elementos constitutivos, deberá contratar un seguro de cobertura con entidad suficiente para garantizar el financiamiento de la recomposición del daño que en su tipo pudiere producir; asimismo, según el caso y las posibilidades, podrá integrar un fondo de restauración ambiental que posibilite la instrumentación de acciones de reparación.

(44) Resolución Conjunta 98/2007 y 1973/2007 de la Secretaría de Finanzas y Secretaría del Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Nación: Pautas básicas para las Condiciones Contractuales de las Pólizas de Seguro de Daño Ambiental de Incidencia Colectiva”.

también se encuentran protegidos por nuestro ordenamiento jurídico, y a los cuales se los debe contemplar y analizar bajo el mismo prisma del paradigma ambiental antes aludido.

Ello así, ya que ambos daños tienen un origen común, el acto genético lesivo es común. No son realidades separadas, sino dos manifestaciones de una misma realidad, que debe ser valorada con una mirada medioambiental.

Por otra parte, en el daño ambiental individual, existe una legitimación individual que surge del art. 43 de la CN, y que también podrá ejercerse en el supuesto de encontrarse afectados intereses individuales homogéneos, que, aunque no se hallen regulados en el art. 14 del Cód. Civ. y Com., se pueden encontrar en la doctrina judicial de la Corte (“Halabi” y fallos subsiguientes), que sigue siendo fuente de derecho, a pesar de que el art. 2º del Código, no haya contemplado a la jurisprudencia como tal.

Vemos entonces cómo en el daño ambiental individual se podría llegar a generar un proceso singular —clásico— o un proceso colectivo cuando afecte intereses individuales homogéneos —siguiendo la doctrina de “Halabi”—, ya que estos últimos subsisten pretorianamente pese a la lamentable supresión operada en el art. 14 del Anteproyecto del Cód. Civ. y Com.

Por su parte, hay una gran diferencia entre la función preventiva y la resarcitoria. En el daño ambiental puro, lo importante es la función preventiva. En el daño ambiental individual, si bien existe un rol preventivo, en la práctica instrumental, judicial y abogadil se trabaja más comúnmente con el resarcimiento.

Indudablemente, la función preventiva en materia ambiental es la más importante, y así lo viene sosteniendo y reiterando la CS en inmensidad de fallos dictados al respecto. No obstante, en el daño ambiental individual o de rebote, resulta al caso destacarlo, que la función resarcitoria cobrará operatividad, luego de producido este. En cambio, en la faz preventiva, la operatividad cobrará importancia antes que aquel acontezca y, precisamente, para evitar que este ocurra.

Suele ocurrir que, si en el daño ambiental individual no hay reclamo simultáneo por daño

ambiental puro, se maneja al sistema de juzgamiento de los códigos procesales clásicos. Es decir, no suelen aplicarse los mecanismos instrumentales de implementación previstos por el microsistema tuitivo ambiental, que en materia de daños “puros”, buscan asegurar la aplicación concreta de las normas de protección ambientales.

En el daño ambiental individual o por rebote, quien pretende obtener la recomposición del daño efectivamente sufrido, a diferencia de lo que ocurre en el daño ambiental puro, este no puede eximirse de acreditar la extensión de las consecuencias patrimoniales o extrapatrimoniales producto del hecho dañoso. Por el contrario, en el daño ambiental puro, la indeterminación del daño apriorísticamente considerado no impide reclamar medidas preventivas o precautorias (45), y, además, medidas que hagan no solo al cese de los potenciales perjuicios, sino también aquellas que hagan a la recomposición del hábitat deteriorado, aunque ello conlleve costos que trascienden los meramente resarcitorios.

Asimismo, según se trate del daño ambiental colectivo o del daño individual o por rebote, al diferir en algunos aspectos la normativa aplicable, el régimen de la relación de causalidad será diferente. En el daño ambiental individual, quien sufre un daño individual como consecuencia de la afectación del ambiente, deberá acreditar el nexo adecuado de causalidad entre el hecho y el daño causado, de conformidad con la teoría que adscribe el Cód. Civ. y Com. en los arts. 1726 y 1736. Como veremos más adelante, en el daño ambiental puro la determinación del nexo causal, adquiere aristas singulares que nos llevará a analizarlo de un modo más preciso.

Del mismo modo, gran parte de los hechos y/o efectos que para cualquier tipo de daño individual podrían generar la fractura del vínculo causal, podría suceder que, en el campo del daño ambiental colectivo, terminen ingresando dentro de los parámetros regidos por el principio precautorio y, por tanto, no funcionarían como eximentes y, generarían a su vez, la obligación de prevenir, recomponer y/o resarcir.

(45) SAUX, Edgardo I. – MÜLLER, Enrique C., "El daño ambiental requisitos", en LORENZETTI, Ricardo L. (dir.), *ob. cit.*, p. 236.

No caben dudas en cuanto a la estrecha vinculación que estos tipos de daños ostentan, ya que, en ambos, la afectación del ambiente cumple un rol fundamental para que los principios y valores que rigen el sistema de tutela ambiental se torne operativo. Sin embargo, pudimos advertir ciertas diferencias en cada uno de ellos, cuya importancia residirá a la hora de aplicar las reglas específicas en cada caso, tanto para lograr su determinación, configuración, extensión del resarcimiento, eximentes, etcétera.

Sin embargo, tal como fuera afirmado en el párrafo anterior, nada obsta que, en ambos casos, los principios y valores que rigen el sistema de tutela ambiental, funcione como guía orientativa para el juez, a la hora de resolver una controversia relativa únicamente a un daño ambiental individual.

IV.2. Antijuricidad

De conformidad con lo dispuesto por el art. 1717 del Cód. Civ. y Com., podemos decir que será antijurídica toda acción u omisión que cause un daño a otro —en nuestro caso al ambiente— siempre y cuando no esté justificada. Advertimos entonces, cómo el novel cuerpo normativo recepta un concepto de antijuridicidad de carácter material y objetivo, siendo suficiente con que la acción dañosa resulte contraria al ordenamiento jurídico integralmente considerado, para que ella sea antijurídica.

En el contexto de la legalidad de un Estado, para determinar el daño ambiental producido en el marco de proyectos y obras de desarrollo, el derecho se ha convertido en uno de los determinantes de presunción de legitimidad que justifica no solo el impacto significativo sobre el medio ambiente y los recursos naturales, sino además de las vulneraciones en los derechos humanos tanto de naturaleza individual como colectiva (46).

Si bien es cierto que constantemente vivimos afectando al medio ambiente (47), es impor-

(46) MUNÉVAR QUINTERO, Claudia A., "La configuración de la juridicidad y antijuridicidad del daño ambiental y sus diferentes formas de legitimidades", *Revista Latinoamericana de Derechos Humanos*, vol. 27, segundo semestre, 2016.

(47) TRIGO REPRESAS, Félix A., "Responsabilidad por daño al ambiente", *Zeus*, 34-D-119.

tante señalar que no existe un derecho a contaminar, por lo que tal como fuera señalado en el acápite donde fue desarrollado el concepto de “daño ambiental”, creemos que no caben dudas de que la afectación relevante del medio ambiente es antijurídica, por ser contrario a un derecho constitucionalmente reconocido.

En efecto, el Cód. Civ. y Com. ha receptado un concepto de antijuridicidad perfectamente utilizable para la resolución de casos vinculados a daños individuales, colectivos, ambientales, en el cual deberá “dialogar” con las fuentes provenientes del microsistema que pretenden regular los supuestos de responsabilidad civil por daño ambiental (48).

En materia ambiental es muy usual que los daños masivos se generen por conductas que en principio no resultan violatorias de norma específica alguna, ya que no existe un catálogo preciso y exhaustivo de reglas que indiquen cómo actuar en cada caso particular en relación a los bienes colectivos.

Por esencia, todo daño ambiental es antijurídico, porque nadie puede tener un derecho adquirido en comprometer la salud pública y esparcir la muerte en la vecindad. Será también antijurídica la acción que cause un daño al ambiente, aun cuando haya autorización administrativa que permita llevar a cabo la acción (49), pudiendo ser concurrente con aquel que firmó la autorización.

Desde la doctrina ambientalista, comentando este dispositivo legal, se ha concluido de manera contundente en que “basta con la antijuridicidad material, es decir, no es indispensable la antijuridicidad formal, la falta o contravención a leyes o normas ambientales formales o expresadas,

para que se pueda dar un ámbito regular del derecho de daños” (50).

En definitiva, muchos casos de daño ambiental constituyen daños injustificados (antijuridicidad material), a pesar de que la actividad dañadora (obra o acción) está autorizada por el órgano administrativo correspondiente. Es decir, la actividad que causa el daño es lícita, desde el punto de vista formal, pero antijurídica desde el punto de vista material.

Por lo tanto, en materia ambiental la antijuridicidad material será la que en definitiva vulnera el sentido y finalidad del ordenamiento jurídico integralmente considerado.

Sin perjuicio de ello, no bastará solamente con la “antijuridicidad” —el no respeto o violación al ordenamiento jurídico considerado— para que se responsabilice civilmente por un daño, sino que ha de existir relación de causalidad: esto es, que el daño pueda ser atribuido a esa violación material (o formal) del ordenamiento jurídico.

Como veremos en el punto siguiente, en materia ambiental, la determinación de la relación de causalidad, no es una tarea sencilla y a la cual, las normas pensadas para la responsabilidad civil clásica, en la mayoría de los casos no sirven para determinar la causa que ha generado el daño.

IV.3. Relación de causalidad

Es del caso señalar que la relación de causalidad es un elemento necesario, imprescindible en todos los casos de responsabilidad civil, sin que queden excluidos aquellos que se fundamentan en la responsabilidad objetiva o responsabilidad sin culpa. En estos se prescinde de la culpa, pero no del vínculo de causalidad (51).

La relación causal consiste en el vínculo objetivo entre dos fenómenos, uno de los cuales (la

(48) LORENZETTI, Pablo, "Antijuridicidad como presupuesto de la responsabilidad civil por daño ambiental. Su reformulación a partir del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación", RDAMB. 43, 15/09/2015, 23.

(49) Conforme se puede desprender de la parte final del art. 1757 del Cód. Civ. y Com., al decir que "no son eximentes la autorización administrativa para el uso de la cosa o la realización de la actividad, ni el cumplimiento de las técnicas de prevención".

(50) CAFFERATTA, Néstor (dir.) - LORENZETTI, Pablo - RINALDI, Gustavo - ZONIS, Federico (coautores), "Tratado jurisprudencial y doctrinario de derecho ambiental", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2012, t. I, p. 500.

(51) TAMAYO LOMBANA, Alberto, "La responsabilidad civil extracontractual y la contractual", Ed. Doctrina y Ley, Bogotá, 2005, p. 92.

causa) engendra otro (el efecto), bajo determinadas condiciones. En efecto, el presupuesto de la causalidad es diferente de la culpa o del dolo, al punto que puede haber relación de causalidad sin que haya dolo o culpa, y, a la inversa, puede existir alguno de estos sin darse aquella.

Cabe aseverar así que “el nexo causal no es una vinculación meramente lógica y menos aún una relación mental de varios acontecimientos, sino el nexo legal, por cierto, no perceptible, pero susceptible de ser captado mentalmente a través de la sucesión del acontecer real y, por tanto, es como tal, tan real como el acontecer mismo” (52).

Si jurídicamente causalidad es probabilidad, entendida esta como la posibilidad u oportunidad de que suceda un evento particular, es natural concluir que causalidad es —también— previsibilidad, porque no puede haber probabilidad relevante que no se haya previsto (53). De tal modo, causalidad y previsibilidad son términos inseparables, ya que, sin previsibilidad del resultado, no existiría causalidad.

El Cód. Civ. y Com. configura el nexo causal a partir del concepto o idea de causalidad adecuada, conforme se desprende de los arts. 1726 (54) y 1736 (55).

Sabido es que, como regla general, todo daño individual se rige por las normas del derecho común; el actor que sufre el perjuicio deberá

(52) WELZEL, Hans, "Derecho penal. Parte general", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1956, p. 49, cit.; LÓPEZ MESA, Marcelo J., "La relación de causalidad en el nuevo Código Civil y Comercial y en el derecho comparado (de sobreentendidos, desatinos e incomprensiones)".

(53) MOSSET ITURRASPE, Jorge, "La relación de causalidad en la responsabilidad extracontractual", RDD, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2003, t. 2003-2, p. 67.

(54) Art. 1726.- Relación causal. Son reparables las consecuencias dañosas que tienen nexo adecuado de causalidad con el hecho productor del daño. Excepto disposición legal en contrario, se indemnizan las consecuencias inmediatas y las mediatas previsibles.

(55) Art. 1736.- Prueba de la relación de causalidad. La carga de la prueba de la relación de causalidad corresponde a quien la alega, excepto que la ley la impute o la presuma. La carga de la prueba de la causa ajena, o de la imposibilidad de cumplimiento, recae sobre quien la invoca.

probar la relación de causalidad entre el evento ilícito o lícito y el daño que experimenta. Para ello, le bastará con acreditar el nexo causal adecuado, de conformidad con lo dispuesto por los artículos mencionados en el párrafo anterior, como así también —de corresponder— con lo dispuesto por el art. 1757 del Cód. Civ. y Com.

Con base en ello, siguiendo el sistema de causalidad adecuada que adopta nuestro Cód. Civ. y Com., no se requiere proximidad, ni temporal ni espacial, entre la causa y el efecto. En esta línea, bien se ha puntualizado que “la causalidad no requiere simultaneidad en el tiempo, contacto físico o mínima separación de la cosa dañada. Interesa si un hecho es generador de un resultado; así será si es apto para producir la consecuencia dañosa” (56).

Recurrir a la expresión “curso regular y ordinario de las cosas” para determinar la incidencia causal de un hecho en la consecuencia generada no suele funcionar en materia de daños generados al ambiente.

La regularidad, la previsibilidad o la experiencia —pensados como requisitos necesarios para el funcionamiento de la teoría de la causalidad adecuada— brillan por su ausencia en problemas, por ejemplo, provenientes de radiaciones no ionizantes emitidas por antenas de telefonía celular o del alcance de las consecuencias nocivas que se predicen de las fumigaciones con agroquímicos (57).

Es por ello que en esta materia es corriente que se decida con base en criterios probabilísticos, descartando la previsibilidad cierta que presupone la aplicación estricta de la teoría de la causalidad adecuada. En tal sentido, se ha indicado que en los casos donde resulta involucrado el medio ambiente, “la relación de causa a efecto que el derecho aprehende no es aquella, calificada como científica, que exige una ‘certidumbre total’, una seguridad absoluta.

(56) C. 1ª Civ. Com. Córdoba, 26/08/1996, "Marmora, José A. S. y otro c. Gazzone, Omar H. y otros s/ daños y perjuicios", LLC 1997-425.

(57) LORENZETTI, Pablo, "Relación de causalidad como presupuesto del daño ambiental. Nuevos perfiles a partir del Código Civil y Comercial de la Nación", RCyS 2016-II, 19.

Nada de eso, se trata de una posibilidad cierta, de una probabilidad en grado de razonabilidad, tal como el Derecho entiende el vocablo” (58).

Ahora bien, la contaminación ambiental marcha inseparable de su carácter expansivo, tanto en lo temporal como en lo tocante al espacio físico que invade, por lo que introduce “un marco de complejidad en la individualización del nexo de causalidad” (59).

Isidoro Goldenberg señala que el carácter difuso del daño ambiental plantea un marco de complejidad respecto de la identificación del agente productor del daño, porque el daño ambiental es reacio al sistema de causalidad adecuada (60).

La incertidumbre es inherente a los problemas ambientales. Los efectos sobre la salud y el medio ambiente causado por las alteraciones realizadas por el ser humano son generalmente desconocidos y en algunas ocasiones difíciles o imposibles de conocer.

Por lo general, el daño ambiental tiene un período de latencia relativamente prolongado, por cuanto se manifiesta (o es detectado), con bastante posterioridad a su gestación, y sus efectos son permanentes en el tiempo, lo que hace necesario probar daños futuros que complejiza aún más la cuestión. Por otra parte, las fuentes de contaminación son confusas y a menudo múltiples, aumentando con ello la incertidumbre que impera en la materia.

En decir, en materia medioambiental es usual que se verifiquen fenómenos de “concausación” o “pluricausalidad” en los cuales existen diferentes condiciones que, *prima facie*, se presen-

tan como posibles o probables causas jurídicas del hecho dañoso (61).

Sucede que, por más que puedan ser diferentes sus grados e intensidades, la especial propensión de la temática ambiental a la falta de certeza no puede ser negada, al punto que, tal como lo afirma calificada doctrina, “si no existe algo de incertidumbre no estamos ante un verdadero caso ambiental (...) debemos contentarnos muchas veces con la verosimilitud antes que con la certeza” (62).

Como consecuencia, el posible o probable daño ambiental compartirá esta característica, y como resultado la incertidumbre siempre estará presente en todo posible daño ambiental; será mayor o menor, podrá ser reducida —pero muy difícilmente desaparezca—, cada caso tendrá un nivel y grado de incertidumbre propio, particular, diferente al de otros, pero esa incertidumbre será parte de su propia definición (63), pues si algo resulta innegable es que la problemática ambiental encierra un grado de incertidumbre (64).

De tal manera, ante la incertidumbre ambiental, y en el daño al ambiente, se propugna que, en caso de duda, se deberá estar a favor del ambiente, de su protección: *in dubio pro ambiente*, *in dubio pro salud* (65).

Una razón más para suscribir la opinión de Goldenberg y Cafferatta, que ven como positiva la aplicación a temas ambientales en lo que hace a la relación de causalidad, de la teoría anglosajona de *more probable than not* o de la probabilidad de la jurisprudencia norteamericana, pues “constituye un plus de protección y responde a la idea de una tutela diferenciada y

(58) Sup. Trib. Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, 10/08/2006, "Estancias Violeta SRL c. Techint SACI", LLPat. 2007 (abril), 914), cit. en LORENZETTI, Pablo, "Relación de causalidad...", ob. cit.

(59) STIGLITZ, Gabriel A., "Responsabilidad civil por contaminación del medio ambiente", LA LEY, 1983-A, 782.

(60) GOLDENBERG, Isidoro H., "Nuevas fuentes de atribución de responsabilidad. El alcance del nexo causal", RCyS, nro. 3, mayo-junio de 1999, cit. por CAFFERATTA, Néstor A., "Los daños al ambiente y su reparación", RC D 1993/2012, t. 2008/3 "Daño ambiental".

(61) LORENZETTI, Pablo, "Relación de causalidad...", ob. cit.

(62) GOLDENBERG, Isidoro - CAFFERATTA, Néstor, "Daño ambiental. Problemática de su determinación causal", Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2001, p. 48.

(63) FALBO, Aníbal, "El rol del derecho ante la incertidumbre científica en los casos ambientales", JA 1995-IV-976.

(64) GOLDENBERG, Isidoro - CAFFERATTA, Néstor, ob. cit., p. 72.

(65) FALBO, Aníbal, ob. cit.

privilegiada, dada la relevancia del derecho ambiental" (66).

Asimismo, en materia ambiental, se adscribe a la teoría denominada "causalidad circular", por oposición a la idea de "causalidad lineal", más propia de los fenómenos clásicos o individuales en los cuales a cada evento o hecho corresponde un mismo efecto.

En este sentido, se ha sostenido que en los procesos ambientales las condiciones suelen actuar en el marco de una especie de caos, desorganizando y reorganizando el sistema y cada una de sus partes. Por tal motivo, pequeñas causas pueden generar muy grandes consecuencias o a la inversa; al tiempo que las mismas condiciones pueden producir efectos muy diversos (67).

La posibilidad de explicación a partir de una causalidad compleja y circular, pueden potenciarse a partir de los siguientes apotegmas: i) las mismas causas pueden conducir a efectos diferentes y/o divergentes; ii) causas diferentes pueden conducir a los mismos efectos; iii) pequeñas causas pueden acarrear efectos muy grandes y viceversa; iv) algunas causas son seguidas de efectos contrarios (causalidad invertida); v) los efectos de causas antagónicas son inciertos (68).

Esta relativización y complejización, de la relación causal altera todos los determinismos en materia ambiental. Es cuestionada, entonces, la certeza de que los fenómenos del presente van a producir fenómenos del futuro y que esos fenómenos se pueden prever. Justamente, esto ocurre por la gran incertidumbre que existe en relación con los eventuales o concretos daños que sufre el ambiente.

Es por ello que, frente a la incertidumbre imperante, cobra fundamental importancia

(66) GOLDENBERG, Isidoro - CAFFERATTA, Néstor, ob. cit., p. 33.

(67) LORENZETTI, Pablo, "Relación de causalidad...", ob. cit.

(68) CAFFERATTA, Néstor A., en LORENZETTI, Ricardo L. (dir.), ob. cit., p. 60.

el reconocimiento normativo (69) del principio precautorio. En efecto, a la luz de este principio, cuando haya peligro de daño grave e 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 ambiente —art. 4º de la ley 25.675 (70).

Este principio se caracteriza por tres elementos: 1) la incertidumbre científica, característica que lo diferencia de la prevención; 2) evaluación del riesgo de producción de un daño, y 3) el daño debe ser grave e irreparable. Es decir que el riesgo nos pone en presencia de un riesgo no mensurable, es decir, no evaluable.

El juicio de ponderación al que obliga la aplicación del principio precautorio exige al juez considerar que todo aquel que cause daño ambiental es responsable de restablecer las cosas al estado anterior a su producción (art. 41 de la CN, art. 27 de la ley 25.675 y art. 263 del Cód. de Minería). Para su aplicación supone: "a) la identificación de efectos potencialmente peligrosos que se derivan de un fenómeno, un producto o un proceso; y b) una evaluación científica de los riesgos que, debido a la insuficiencia de los datos, a su carácter no concluyente o a su imprecisión, no permite determinar con una certeza suficiente el riesgo en cuestión" (71).

Por otra parte, de acuerdo con las particularidades de cada daño ambiental colectivo, será necesario ponderar con mayor rigidez si nos encontramos en el ámbito de consecuencias meramente casuales o remotas o si, por el contrario, será exigible al responsable algún grado mayor de previsibilidad o precaución tal como

(69) Art. 4º, Ley General del Ambiente "Principio precautorio: 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".

(70) (Fallos 339:142; 340:1193; 341:536).

(71) MORALES LAMBERTI, Alicia - NOVAK, Aldo, "Instituciones de derecho ambiental", Ed. Lerner, Córdoba, 2005, p. 111.

lo prevé por ejemplo el art. 1725 del Cód. Civ. y Com. o el art. 4º de la ley 25.675 (72).

No caben dudas de que este presupuesto de la responsabilidad civil experimenta un cierto grado de flexibilización o amplitud que otros institutos cuando a daños ambientales refiere. Sin embargo, el hecho de morigerar los efectos de la teoría de la causalidad adecuada, flexibilizar la distribución de la carga probatoria, no importa dejar de lado este requisito del sistema de responsabilidad civil en cada caso concreto. Es decir, frente a esta imposibilidad y/o dificultad para su determinación, no significa que se deba prescindir absolutamente del requisito de la relación causal, pues desvirtuaría la función que cumple este elemento común a todos los sistemas de responsabilidad existentes en los diferentes ordenamientos jurídicos del derecho comparado.

Podría resultar de gran utilidad, establecer presunciones del nexo causal a nivel legal para ciertas actividades que catalogadas *ex ante* como esencialmente peligrosas para el medio ambiente —como podría inferirse de algunos preceptos de la Ley de Residuos Peligrosos, o de PCBs, etc.—, lo que en definitiva se debería traducir en que la presunción del nexo causal existirá cuando la actividad realizada genere hechos que sean propios e idóneos para causar el daño, pese a no tener probados los hechos concretos que propiciaran el daño, tal como lo exigiría la teoría de la causalidad adecuada receptada por nuestro ordenamiento jurídico.

En efecto, los principios y los valores basilares del microsistema protectorio del ambiente en tantísimas situaciones nos llevarán a extraer imputaciones y presunciones de causalidad entre un hecho y un daño colectivo, aliviando así la carga de la prueba de este requisito de la responsabilidad civil que pesa sobre la víctima (73) (en este caso, el ambiente).

IV.4. Factor de atribución

La doctrina es conteste, en el hecho de afirmar de que, en todos los casos de daños ambienta-

(72) LORENZETTI, Pablo, "Relación de causalidad...", ob. cit.

(73) *Ibidem*.

les, el factor de atribución de la responsabilidad es objetivo. El hecho de que cada contaminador deba pagar por el costo de la contaminación producida pareciera tan evidente que no valdría la pena discutirlo.

En efecto, la mayoría de los daños producidos al medio ambiente encuadran hoy en el régimen objetivo de la responsabilidad civil por riesgo o vicio de la cosa, por responder a una actividad riesgosa, de conformidad con lo dispuesto por el art. 1757 del Cód. Civ. y Com.

Los arts. 28 y 29 de la ley 25.675 General del Ambiente establecen que "[e]l que cause el daño ambiental será objetivamente responsable de su restablecimiento al estado anterior a su producción. En caso de que no sea técnicamente factible, la indemnización sustitutiva que determine la justicia ordinaria interviniente, deberá depositarse en el Fondo de Compensación Ambiental que se crea por la presente, el cual será administrado por la autoridad de aplicación, sin perjuicio de otras acciones judiciales que pudieran corresponder (...). La exención de responsabilidad solo se producirá acreditando que, a pesar de haberse adoptado todas las medidas destinadas a evitarlo y sin mediar culpa concurrente del responsable, los daños se produjeron por culpa exclusiva de la víctima o de un tercero por quien no debe responder".

Conforme a los preceptos transcriptos, podemos advertir que la Ley General del Ambiente consagra una imputabilidad objetiva —a nuestro juicio con base en la creación de un riesgo de dañosidad nacido de la contaminación— y, por tanto, deja de lado la actuación culposa o dolosa, se decide por consagrar, a la vez que la solidaridad, la acción de reintegro (74).

Lo hace en los términos siguientes: "sin perjuicio, en su caso, del derecho de repetición" y, consciente de las dificultades en la determinación de la real participación de cada uno de los "miembros del grupo", agrega: "para lo que el juez interviniente podrá determinar el grado de responsabilidad de cada persona responsa-

(74) MOSSET ITURRASPE, Jorge, "La solidaridad en el daño ambiental colectivo", RC D 678/2013.

ble" (75), poniéndose nuevamente el acento en el rol del juez ambiental.

Las eximentes para liberarse de responsabilidad son agravadas; solo se producirán acreditando que, a pesar de haber tomado todos los recaudos, los daños se produjeron por culpa de la víctima o por culpa de un tercero por el cual no debe responder, tal como surge del art. 29 de la Ley General del Ambiente, previamente referido. En este sentido, ello se condice con lo dispuesto por el art. 1722 del Cód. Civ. y Com., al establecer que el factor de atribución es objetivo cuando la culpa del agente dañador es irrelevante a los efectos de atribuir responsabilidad.

Ahora bien, el haber acreditado que fueron tomadas todas las medidas necesarias para evitar la producción del daño no quiere decir que el factor de atribución se subjetivizó, sino que el dañador podrá liberarse de responsabilidad solo demostrando que tomó las medidas preventivas tendientes a evitar tal daño. Por ejemplo, en materia de desmonte por incendios, donde puede tratarse de un caso fortuito, también se evaluará el cumplimiento de ciertos recaudos preventivos para evitar la expansión del incendio.

Asimismo, parte de la doctrina señalaba desde antaño que, según los casos, el factor de atribución podría tratarse de un fundamento subjetivo u objetivo. Sin embargo, existió una inclinación predominante en considerar que, en todos los casos de contaminación ambiental, se opte por el factor de atribución basado en la teoría del riesgo, ya que, en razón de responder a actividades riesgosas con utilización de cosas, como son las que generan las empresas contaminantes, y a su vez por resultar prácticamente imposible reclamarle a la víctima que pruebe el dolo o la culpa del que generó el riesgo (76).

(75) BRUNO DE FAVOT, A. L., "Daño ambiental. El derecho de daños en el nuevo milenio", RDAMB. 11, 2007, p. 67. LIBERATORI, G. L. E. - HIDALGO, J., "Derecho procesal ambiental. Sobre algunos aspectos de derecho ambiental. El rol de los jueces", RDAMB. 13, 2008, p. 122.

(76) II Jornadas Marplatenses de Responsabilidad Civil y Seguros, 1992, comisión sobre "Daño Ambiental"; Conclusiones de las VI jornadas Rioplatenses de Derecho Civil, Comercial y Procesal, Junín, 1994; XV Jornadas Nacionales de Derecho Civil - Mar del Plata, 1995, donde se confirmó que la responsabilidad civil derivada de daños ecológicos es objetiva.

En definitiva, para el daño ambiental, el factor de atribución será siempre objetivo, y, según cada caso, responderá en razón del riesgo creado, la actividad riesgosa, el ejercicio abusivo del derecho, el exceso en la normal tolerancia, la garantía o violación del deber de seguridad.

Ahora bien, en materia ambiental, cobra especial relevancia la prevención antes que la reparación. Ello será motivo de tratamiento en el apartado siguiente. Sin embargo, corresponde señalar que el Cód. Civ. y Com. regula en forma sistémica a la acción preventiva, en los arts. 1710 a 1715 estableciendo que, para la procedencia de esta acción, no es exigible ningún factor de atribución (77).

Por último, demás está decir que, para que el sindicado pueda eximirse de responsabilidad deberá probar la ruptura del nexo causal, el cual —tal como fuera anticipado previamente— resulta de difícil acreditación. Esto no quiere decir, que se lo hará responsable de lo imprevisible, de lo inevitable, de lo imposible, eliminando la totalidad de las causas eximentes de responsabilidad. Sino que, en atención de los derechos que se encuentran comprometidos, las causales que lo eximan se encontrarán limitadas y/o restringidas.

V. Tutela preventiva ambiental

No podría dejar de mencionarse —por lo menos a simples rasgos, ya que escapa al objeto del presente trabajo— que en esta materia indefectiblemente deberán arbitrase todos los medios necesarios para evitar que el daño ocurra, puesto que en la mayoría de los casos las consecuencias dañosas son irreversibles. En este sentido, debemos exigir más medidas positivas tendientes a evitar daños y no buscar mayores formas de repararlos, porque en materia ambiental la reparación nunca va resultar plena.

La esencia de la responsabilidad civil ambiental está en la evitación, no en la reparación, y los hechos demuestran que esta, cuando opera, es

(77) Art. 1711.- Acción preventiva. La acción preventiva procede cuando una acción u omisión antijurídica hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento. No es exigible la concurrencia de ningún factor de atribución.

tardía, insuficiente y a veces hasta irrelevante (78). En lo ambiental es gravitante adoptar soluciones tempranas, de anticipación del daño ambiental, porque se sabe que el daño ambiental, de producirse, lleva a situaciones de daño grave e irreversible o puede conducir a un desastre, emergencia o estrago ambiental, que es necesario evitar y controlar (79).

En los Fundamentos del Proyecto del Cód. Civ. y Com. se especificó que, en los derechos de incidencia colectiva (dentro de los cuales se encuentra la tutela del ambiente), surge con claridad que la prevención es prioritaria y precede a la reparación, sobre todo cuando se trata de bienes que no se pueden recomponer fácilmente (80).

Este deber de prevención del daño, consagrado expresamente en el nuevo cuerpo normativo (arts. 1710 y ss.), consiste en aplicar todas las actividades, instrumentos y métodos de actuación tendientes a evitar o disminuir los daños que, por razón de cualquier clase de accidentes, puedan sufrir las personas o bienes (81).

Sin embargo, el fundamento jurídico de la prevención ya lo encontrábamos en los arts. 41 y 43 de la CN.

Por su parte, la Ley General del Ambiente también preveía el principio preventivo en su articulado, al señalar que “las causas y las fuentes de los problemas ambientales se atenderán en forma prioritaria e integrada, tratando de prevenir los efectos negativos que sobre el am-

biente se pueden producir” (82). Este último debe complementarse con el principio precautorio referenciado anteriormente.

Estos principios obligan al operador jurídico —el juez, la autoridad competente o de aplicación de la normativa ambiental—, metodológicamente, a priorizar el análisis, en la etapa previa al daño, operando sobre las causas y las fuentes de los problemas ambientales, tratando de impedir la consumación del daño ambiental.

El énfasis “preventivo” (frente al riesgo cierto) o “precautorio” (en situaciones de peligro de daño grave o irreversible, aun cuando hubiera ausencia de información o de certeza científica) son características salientes del derecho ambiental (83).

La transformación actual del derecho de daños, con la incorporación de la función preventiva, regulada por el Cód. Civ. y Com. —aunque jurídicamente ya se encontraba prevista en nuestro ordenamiento jurídico—, le da un mayor apoyo al microsistema de tutela preventiva ambiental, que se enriquece además, con la operatividad conjunta de los principios de prevención, precautorio y de cesación de las actividades generadoras de daño ambiental colectivo, como así también de los valores que irrogan la esencia de esta rama (hoy) fundamental del derecho.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en múltiples oportunidades ha señalado que “en cuestiones de medio ambiente, cuando se persigue la tutela del bien colectivo consagrado en la CN, tiene una prioridad absoluta la prevención del daño futuro. La mejora o degradación del ambiente beneficia o perjudica a toda la población, porque es un bien que pertenece a la esfera social y transindividual, y de allí deriva la particular energía con que los jueces debe actuar para hacer efectivos estos mandatos constitucionales” (84).

(82) Art. 4º, ley 25.675 General del Ambiente.

(83) CAFFERATTA, Néstor A., “Responsabilidad civil...”, ob. cit.

(84) Fallos 329:2316, doctrina recientemente reiterada en los autos FSM 116712/2017/1/1/RH4, “Juvevir Asociación Civil y otros c. APR Energy SRL s/ incidente de apelación”, del 03/12/2020.

(78) SAUX, Edgardo I. - MÜLLER, Enrique C., “El daño ambiental requisitos”, en LORENZETTI, Ricardo L. (dir.), *Derecho ambiental y daño*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2011, p. 231.

(79) MARTÍN MATEO, Ramón, “Tratado de derecho ambiental”, Ed. Trivium, Buenos Aires, 1992, vol. I, 1ª ed., p. 93, cit., en CAFFERATTA, Néstor A., “Responsabilidad civil por daños ambientales”, RC D 99/2018.

(80) Ver fundamentos del Anteproyecto del Cód. Civ. y Com.

(81) VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A., “Responsabilidad por daños”, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1993, p. 239, cit., en BESTANI, Adriana, “Acción preventiva y omisión precautoria en el nuevo Código Civil y Comercial”, RCCyC 2015 (nov.), 111; RCyS 2016 III-26.

Por lo tanto, tal como ha puesto el foco nuestro máximo tribunal en la faz preventiva de la responsabilidad en esta materia, pese a todo lo desarrollado previamente respecto de los presupuestos de la responsabilidad para sindicar al responsable frente a los daños acaecidos, no quedan dudas de que el mejor remedio será actuar preventivamente. Es decir, se procura dar una solución *ex ante* (evitar el daño), en vez de confinar el remedio a una solución *ex post* (la indemnización) (85).

Así las cosas, en materia ambiental, nunca serán demasiadas las medidas y los esfuerzos exigidos, para procurar evitar la causación de daños al medio ambiente. Solo así podrá garantizarse el mantenimiento y el equilibrio ecológico, como así también la eficiencia económica y la equidad social entre las actuales y las futuras generaciones.

VI. Conclusión

Podemos concluir que el derecho ambiental encierra una riqueza temática inagotable, en razón de que las nuevas y cada vez mayores alteraciones ocasionadas al “medio ambiente” continúan generando debates, propuestas y soluciones diferentes. Asimismo, teniendo en cuenta la realidad y los intereses comprometidos, las respuestas exigidas en la materia requieren compromiso y prontitud.

Con base en lo desarrollado a lo largo del presente trabajo, no resultaría desacertado afirmar que estamos frente a una categoría de daño autónomo, que ostenta ciertas características propias que le dan singularidad y al cual se le aplican reglas particulares que lo diferencian claramente del daño entendido en la concepción clásica del derecho.

(85) MESSINA DE ESTRELLA GUTIÉRREZ, Graciela N., "La responsabilidad civil en la era tecnológica. Tendencias y perspectivas", Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1989.

En este sentido, las características especiales que distinguen el daño ambiental de los daños tradicionales a partir de los cuales se forjó la teoría de la responsabilidad civil, deben llevarnos ineludiblemente a reinterpretar los institutos clásicos, teniendo como norte la tutela y el resguardo del ambiente en todas sus esferas. Es decir, la interpretación y aplicación de las normas, debe ser por y para la debida tutela del medio ambiente.

Para ello, es preciso romper con conceptos que a ultranza se defienden solo por mantener construcciones o posiciones que, al igual que en todas las demás ciencias, han debido adaptarse para afrontar los nuevos desafíos que social, cultural e históricamente se han ido presentando. En efecto, tal como lo afirmaba Morello (86), “la realidad nos marca el camino”, lo que significa, que debemos afrontar la gravedad de la situación con soluciones que resulten factibles y lógicas, ya que, si continuamos por esta senda, la vida en el planeta corre serio riesgo.

Está claro que el derecho en materia de daños en general y, sobre todo, en materia de daños ambientales en particular tiene el deber de proveer los mecanismos para contrarrestar, neutralizar los efectos dañosos y de tal manera, también prevenir y disuadir ulteriores comportamientos que sean causantes de daños, para poder así dar respuestas a las nuevas exigencias sociales.

En términos sencillos, podría decirse que “la prueba definitiva de la conciencia de los seres humanos hoy puede ser su voluntad de sacrificar algo hoy para las generaciones futuras cuyas palabras de agradecimiento no escucharán” (87).

(86) MORELLO, Augusto M., "La justicia, de frente a la realidad", Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2002, 1ª ed.

(87) GAYLORD, Nelson (1916-2005), político estadounidense, fundador del Día de la Tierra.

DERECHO PENAL AMBIENTAL

La educación ambiental y su relación con el derecho animal y el derecho penal (*)

Rosa I. Torres Fernández (**)

Sumario: I. Introducción.— II. El derecho ambiental.— III. La educación ambiental.— IV. El derecho animal.— V. El derecho penal.— VI. Conclusión.— VII. Bibliografía complementaria.

I. Introducción

El ambiente es un derecho humano fundamental, en virtud de lo cual es importante la existencia de una protección internacional, nacional y local contra la agresión ambiental que pudiera afectar la salud pública, la vida humana y la vida de los animales no humanos y del ecosistema en general, asegurando de esta manera el desarrollo sustentable.

II. El derecho ambiental

El derecho se encuentra en evolución y los derechos de tercera generación responden a un Derecho moderno que tiende a reconocer principios generales sistematizados por el derecho público y el derecho privado.

El derecho de todo ciudadano a gozar de un medioambiente sano, equilibrado y apto para el desarrollo humano de las generaciones presentes sin comprometer las futuras y el deber de preservarlo se encuentra contemplado en la CN en su art. 41.

(*) Trabajo elaborado sobre la base del presentado en el "Primer taller práctico: delitos ambientales", organizado por la Escuela de Graduados y la Comisión de Derecho Ambiental del Colegio de Abogados de Tucumán.

(**) Abogada, procuradora (UNC); mediadora (UBA); profesora en Ciencias Jurídicas (UNSa); magíster en Gestión Ambiental (UCASAL); investigadora universitaria categorizada; promotora de ODS (OPDS); miembro de IDEAS e ICPSA (UCASAL); miembro del Instituto de Derecho Ambiental y del Instituto de Derecho Penal y Procesal Penal del Colegio de Abogados y Procuradores de Salta.

A través de la constitucionalización del ambiente se produce su reconocimiento como un derecho humano fundamental, por lo tanto, es un bien jurídico que merece tutela jurídica; por ende, la degradación y el deterioro del ambiente, así como el uso y abuso de los recursos naturales, provocan un peligro extremo para la supervivencia de los seres humanos y no humanos. Asimismo, la jurisprudencia ha visto el avance en materia de derechos de tercera generación, por ejemplo, a través del fallo "Mendoza, Beatriz S. y otros c. Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios por los daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza-Riachuelo".

En cuanto a la legislación de presupuestos mínimos, la ley 25.675 General del Ambiente (LGA) establece las condiciones necesarias para garantizar la dinámica del sistema ecológico, asegurando la preservación del ambiente, el desarrollo sustentable, conceptualizando el daño ambiental, fijando los principios de política ambiental e imponiendo la obligación de recomponer.

Por su parte, la autora Ángeles Cuadrado Ruiz expresa que "el medioambiente en el ámbito de la Unión Europea ha pasado de ser un objetivo esencial de sus políticas para introducirse en la Carta de Derechos europeos que contiene el tratado por el que se constituye una Constitución para Europa, ahora Tratado de Lisboa. Por ello, una vez entrado en vigor, la interpretación del art. 45 de la Constitución española tendría que acoger al medioambiente, como lo que ver-

daderamente es, un verdadero derecho fundamental" (1).

Nuestra normativa nacional está inspirada en los tratados y acuerdos internacionales ratificados por nuestro país, tales como la Conferencia de las Naciones Unidas de Estocolmo de 1972, la Conferencia de la Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo de Río de Janeiro de 1992 conocido como "Cumbre de la Tierra", donde se logró la Declaración de Río, la Agenda 21, el Convenio sobre Cambio Climático, el Convenio sobre diversidad biológica, la Cumbre de Johannesburgo de 2002 conocida como "Río +10".

En tal sentido, se puede decir que del Informe Brundtland surge lo siguiente: "El desarrollo sostenible es el desarrollo que satisface las necesidades de la generación presente sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer sus propias necesidades" (2).

En la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible realizada en Nueva York en septiembre de 2015, los Estados Nacionales, miembros de la ONU, aprobaron el documento "Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible".

Es así que los objetivos de desarrollo sostenible brindan el marco necesario para la formulación y ejecución de las políticas de desarrollo a nivel local y el gobierno local contribuye de manera asociativa al logro de los ODS.

Entre ellos se encuentran "el ODS 3 - Garantizar una vida saludable y promover el bienestar para todos y todas en todas las edades, el ODS 4 - Garantizar una educación de calidad inclusiva y equitativa, y promover las oportunidades de aprendizaje permanente para todos, el ODS 16 - Promover sociedades pacíficas e inclusivas para el desarrollo sostenible, facilitar acceso a la justicia para todos y crear instituciones eficaces, responsables e inclusivas a todos los niveles, el

ODS 17 - Fortalecer los medios de ejecución y reavivar la alianza mundial para el desarrollo sostenible" (3).

III. La educación ambiental

Asimismo, es necesario contemplar el derecho ambiental vinculado a la educación ambiental la cual brinda las herramientas necesarias, propiciando nuevos comportamientos para la existencia de una sociedad más igualitaria, equitativa y democrática que permita potenciar ciudadanos activos que hagan posible la sostenibilidad de los recursos y la universalidad de los derechos humanos.

La educación ambiental es un proceso que apoya el desarrollo de actitudes que favorezcan el desarrollo de aquellas conductas que minimicen la degradación del paisaje o las características geológicas de una región, la contaminación del aire, agua o suelo, y las amenazas a la supervivencia de otras especies de plantas y animales.

La educación ambiental pretende dotar a las personas con:

- El conocimiento para comprender los problemas ambientales.
- Las oportunidades para desarrollar las habilidades para investigar y evaluar la información disponible sobre los problemas.
- Las oportunidades para desarrollar las capacidades para ser activo e involucrarse en la solución de problemas actuales y la prevención de problemas futuros.
- Las oportunidades para desarrollar las habilidades para enseñar.

IV. El derecho animal

Recientemente se intentaron nuevas interpretaciones del art. 41 que son relevantes para

(1) CUADRADO RUIZ, María Ángeles, "Derecho y medioambiente", *Revista Electrónica de Derecho Ambiental*, nro. 21, Buenos Aires, junio 2010, p. 17.

(2) LIBSTER, Mauricio - CREA, Javier, "Derecho penal ambiental. El acceso a la justicia y la integración a los objetivos de desarrollo", Ed. Cathedra Jurídica, Buenos Aires, 2019, ps. 7-8.

(3) GARROS MARTÍNEZ, María C. - CAU CATTÁN, Alejandra - LAVÍN, Laura - LOMBARDO, Valeria - LUNA, Walter - RODRÍGUEZ FARALDO, Marcelo - SEGHEZZO, Gabriel - TORRES FERNÁNDEZ, Rosa I. - ZORICICH, Mariana, "Propuesta del IDEAS de la UCASAL. Presupuestos mínimos para la implementación de un consorcio por cuencas en la provincia de Salta", *RDamb*. 62, junio 2020, ps. 354-355.

pensar la cuestión animal. Se coloca el foco en el término “habitante” el cual es reinterpretado e incluye a los animales. En tal sentido el autor Aníbal Falbo (2017) propone ampliar el concepto y entiende que son habitantes (4):

1) Los seres animados: como los animales, los vegetales, los insectos, los microorganismos.

2) Los seres inanimados: ya que estos “morar” en el país, ya que, para la Real Academia, morar es “residir habitualmente en un lugar”. Así que, por ejemplo, las montañas son habitantes. O las nubes.

3) Los elementos naturales o seres naturales: como el agua, los ríos, el suelo, las napas, el aire, el viento.

4) Los seres o elementos complejos: como los procesos ecológicos, la biodiversidad, el equilibrio ecológico, la ecología, el clima. Habitar no requiere permanencia, por lo que la ausencia de permanencia no impide que exista.

5) Los seres artificiales: como las ciudades.

6) Los seres y elementos futuros: acorde con el concepto constitucional de generaciones futuras.

Por su parte, Celeste Martínez (2020) propone:

- Incorporar al derecho ambiental la noción de animal humano y no humano propia del derecho animal, con un fin de reconocimiento, constructivo, superador y educativo.

- Un mayor reconocimiento del derecho animal al derecho ambiental, de sus enormes e indiscutidos beneficios y avances que ha conllevado para el medio ambiente en su generalidad en el sentido de la inevitabilidad de la dependencia del bienestar animal y una salud ecosistémica general y única como lo es, de los factores de desarrollo humano, que en una medida razonable, permiten las vías de sustento y sobrevivencia humana (ps. 43-44).

(4) FALBO, Aníbal, "El término 'habitantes' del artículo 41 de la Constitución Nacional excede a los seres humanos", RDAMB, 52, 2017.

V. El derecho penal

Nuestro Cód. Penal fue sancionado en 1921; es necesario proteger el ambiente como bien jurídico independiente, con normas penales que resulten disuasivas de las conductas disvaliosas para el ambiente y para los seres humanos presentes y de las futuras generaciones.

Actualmente se prevén delitos en forma aislada, pero especialmente vinculados con la salud y la protección de la fauna silvestre. Se introdujo al proyecto de reforma del Cód. Penal la cuestión ambiental como bien jurídico protegido (BJP) en el título “Delitos contra el ambiente”.

El título contempla ocho capítulos:

1. Contaminación y otros daños al ambiente.

2. Delitos contra la biodiversidad.

3. Delitos contra la fauna silvestre y otros animales.

4. Maltrato y crueldad con animales.

5. Delitos contra los bosques nativos y protectores.

6. Delitos contra el patrimonio genético.

7. Definiciones (actos de crueldad, sustancias prohibidas, agua, etc.).

8. Disposiciones generales, referidas al título de delitos ambientales; por ejemplo, se imponen sanciones penales, multas o prisión.

En el proyecto de reforma del Cód. Penal Argentino se contemplan figuras necesarias en caso de daños graves y resulta disuasivo, preventivo del daño ambiental, al sancionar ciertas conductas con carácter punitivo penal. Es importante el cuidado del medioambiente, la tierra —nuestra casa común—, los bienes ambientales (5) que lo integran, y de todos los seres

(5) Cuando se refiere a bienes ambientales se puede estar haciendo referencia a dos hipótesis: "macrobien" o "microbien": "El ambiente es un 'macrobien' y, como tal es un sistema, lo cual significa que es más que sus partes: es la interacción de todas ellas (...) Los 'microbienes' son partes del ambiente, que en sí mismos tienen la característica de subsistemas, que presentan relaciones internas

sentientes, por ello se considera que la punición penal debe ser la *ultima ratio* del derecho.

Surge el interés por el cuidado del medioambiente, y la preocupación de la sociedad por el planeta que habitarán las futuras generaciones. Como dice Polaino Navarrete, estamos ante una protección necesaria debido a la escasez de recursos ambientales y la exigencia y equilibrio y preservación de ellos, por la eficacia de la tutela penal frente a las agresiones típicas, por reconocer como valores vitales para la salvaguarda de la coexistencia personal y de la calidad de vida de las generaciones actuales y futuras, para garantizar directamente un interés colectivo al servicio de las futuras generaciones.

En tal sentido, Ángeles Cuadrado Ruiz afirma: "Creo que la ecología ha dejado de ser una mera instancia bucólica o la expresión pacifista de la contestación política. Esta 'conciencia ecológica' entiendo que ha de favorecerse ya que para el desarrollo de una sociedad pacífica, no pocos valores éticos tienen una relación tan directa con la cuestión ambiental (...). La descripción que se hace en el art. 340 sigue en los aspectos fundamentales al modelo alemán (...) la reparación del daño y del daño medioambiental ha de situarse en un primer plano de los objetivos político criminales" (6).

La necesidad de sancionar penalmente las agresiones al medioambiente es reconocida por diversas declaraciones internacionales entre las cuales se pueden mencionar: las recomendaciones del Consejo de Europa de 1997, la XVIII Conferencia de Ministros Europeos de Justicia de 1990, la Conferencia de Naciones Unidas sobre Medioambiente y Desarrollo de 1992, el XII Congreso Internacional de Defensa Social de 1991, el 8º Congreso de Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente de 1990, el XV Congreso Internacional de la Asociación Internacional de Derecho Pe-

entre sus partes y relaciones externas con el macrobien" (LORENZETTI, Ricardo, "Teoría del derecho ambiental", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2008).

(6) CUADRADO RUIZ, María Ángeles, "Consecuencias jurídicas en los delitos contra el medioambiente", *Derecho Penal Ambiental*, Madrid, 2006, ps. 239-240.

nal de 1994 (7), el 9º Congreso de Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente de 1995.

La protección penal del bien jurídico medioambiente, está consagrada en el art. 41 de la CN, cuando dice que "[t]odos 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".

La ley nacional 14.346/1954 conocida como "Ley Benítez" (8) tiene por objeto reprimir los malos tratos y la crueldad con los animales, dejándose plasmado en el debate parlamentario que el BJP es el sentimiento de piedad o humanidad hacia los animales, el sentimiento moral y ético de la sociedad en cuanto a la protección y defensa de los animales, que son seres susceptibles de sufrimiento. Jeremías Bentham decía que "en vez de preguntar si un ser viviente puede razonar, o hablar, hay que preguntar si puede sufrir. Si estos animales, lo mismo que los seres humanos, pueden sufrir, y si se considera que el sufrimiento debe ser evitado, todos estos seres vivientes tienen, por virtud de semejante característica común, el derecho de que no se les infrinjan sufrimientos porque sí, eso es el derecho a no ser tratados con crueldad". Mientras que Claus Roxin sostiene que "el legislador en una especie de solidaridad entre las criaturas, tam-

(7) "Para garantizar el respeto de los principios de desarrollo sostenible y precaución los estados deben tener a su disposición una amplia variedad de medidas de control. En casos apropiados debe contemplarse al derecho penal como un medio de intervención con medidas realmente efectivas para asegurar la protección del ambiente".

(8) El bien jurídico tutelado por la ley penal es la vida e integridad (física, emocional y psíquica) de todos los animales no humanos (ANH), es decir que dicha norma sanciona el "hacer víctima" al ANH.

bién considera a los animales superiores como nuestros semejantes, como hermanos distintos y los protege como tales”.

“Ley 14.346.

“Art. 1º.- Será reprimido con prisión de quince días a un año, el que infligiere malos tratos o hiciere víctima de actos de crueldad a los animales.

“Art. 2º.- Serán considerados actos de maltrato:

”1) No alimentar en cantidad y calidad suficiente a los animales domésticos o cautivos;

”2) Azuzarlos para el trabajo mediante instrumentos que, no siendo de simple estímulo, les provoquen innecesarios castigos o sensaciones dolorosas;

”3) Hacerlos trabajar en jornadas excesivas sin proporcionarles descanso adecuado, según las estaciones climáticas;

”4) Emplearlos en el trabajo cuando no se hallen en estado físico adecuado;

”5) Estimularlos con drogas sin perseguir fines terapéuticos;

”6) Emplear animales en el tiro de vehículos que excedan notoriamente sus fuerzas”.

En el caso del art. 2º, pareciera que la enumeración es taxativa, pero se puede decir que existen diversas modalidades de someter y maltratar a los animales.

“Art. 3º.- Serán considerados actos de crueldad (9):

”1) Practicar la vivisección con fines que no sean científicamente demostrables en lugares o por personas que no estén debidamente autorizados para ello;

(9) El fallo de la sala VII de la CNCrim. y Corr. Capital Federal, en “S. Daniel A. y otros” (marzo 2004), al revocar un sobreseimiento, dijo que “no podía justificarse que una ceremonia religiosa permita que ella pueda consumarse con crueldad a sus destinatarios”.

”2) Mutilar cualquier parte del cuerpo de un animal, salvo que el acto tenga fines de mejoramiento, marcación o higiene de la respectiva especie animal o se realice por motivos de piedad.

”3) Intervenir quirúrgicamente animales sin anestesia y sin poseer el título de médico o veterinario, con fines que no sean terapéuticos o de perfeccionamiento técnico operatorio, salvo el caso de urgencia debidamente comprobada;

”4) Experimentar con animales de grado superior en la escala zoológica al indispensable según la naturaleza de la experiencia;

”5) Abandonar a sus propios medios a los animales utilizados en experimentaciones;

”6) Causar la muerte de animales grávidos cuando tal estado es patente en el animal y salvo el caso de las industrias legalmente establecidas que se fundan sobre la explotación del nonato;

”7) Lastimar y arrollar animales intencionalmente, causándoles torturas o sufrimientos innecesarios o matarlos por el solo espíritu de perversidad.

”8) Realizar actos públicos o privados de riñas de animales, corridas de toros, novilladas y parodias en que se mate, hiera u hostilice a los animales”.

El art. 3º menciona taxativamente los actos de crueldad animal; cabe acotar que existen guías que permiten regular el desarrollo de investigaciones con animales respetando el carácter ético (ANMAT, Senasa, entre otras).

Según Miguel Asturias (2018), la ley 14.346 “reconoce al animal como titular del bien jurídico en el delito de maltratamiento, asignándole el carácter de víctima, lo cual considerando su fecha de creación —en la que no era aún materia de discusión tan viva como en el presente— constituye una intuición sumamente interesante. Ello también se ve reflejado en los proyectos de reforma de nuestro Cód. Penal de los años 2006, 2013 y en el actual Anteproyecto (dec. 103/2017) en el cual se prevé un título de delitos contra el ambiente que contempla específicamente la protección de los animales de modo autónomo”.

En 1977, la Liga Internacional de los Derechos del Animal realizó la Declaración Universal de los Derechos del Animal. En 1978, la ONU y la UNESCO aprobaron la declaración. El cambio de paradigma repercute en la legislación penal argentina y es así que en 1981 se dictó la ley nacional 22.421 de Protección y Conservación de la Fauna Silvestre, cuyo objeto es resolver los problemas vinculados a la depredación que perjudica la fauna silvestre y la conservación de las especies, así como el equilibrio ecológico, censurando la caza furtiva.

VI. Conclusión

Se puede decir que la cuestión ecológica es un problema político que involucra a todas las naciones y es un problema social que exige la participación y el compromiso de todos los ciudadanos. Tal cuestión requiere un cambio de mentalidad y todos estamos llamados a la conversión ecológica y a la educación ecológica. Por ello, el papa Francisco, en la Encíclica *Laudato Si'* destaca los valores y la ética de la ecología y hace referencia a la "alfabetización ecológica" en cuanto principios de la organización de los ecosistemas de la naturaleza, al decir en el punto 159: "La noción de bien común incorpora también a las generaciones futuras. Las crisis económicas internacionales han mostrado con crudeza los efectos dañinos que trae aparejado el desconocimiento de un destino común, del cual no pueden ser excluidos quienes vienen detrás de nosotros (...). Ya no puede hablarse de desarrollo sostenible sin una solidaridad intergeneracional (...) hablamos de una cuestión básica de justicia, ya que la tierra que recibimos pertenece también a los que vendrán".

VII. Bibliografía complementaria

ASTURIAS, Miguel A., "El no humano como sujeto de derecho. Una visión posible", *Revista Iberoamericana de Derecho Ambiental y Recursos Naturales*, nro. 28, julio 2018, disponible en <https://ar.ijeditores.com/pop.php?option=articulo&Hash=5399b85a0c31551bfb4d2a87fa510831>.

BERROS, Valeria, "Algunas notas sobre los animales y el derecho", *Miradas Latinoamericanas sobre Derecho Animal*, 2020.

BUOMPADRE, Jorge E., "Derechos de los animales, medio ambiente y derecho penal", *Reflexiones para las futuras generaciones*, Ed. Con-Texto Libros, Chaco, 2021.

Carta Encíclica *Laudato Si'* del Santo Padre Francisco sobre el Cuidado de la Casa común, 2015.

CAU CATTAN, Alejandra - TORRES FERNÁNDEZ, Rosa I. - VILLADA, Jorge L., "Inclusión de los delitos ambientales en el Código Penal Argentino", *Revista OMNIA* nro. 4 de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Católica de Salta, EUCASA, 2021.

GARROS MARTÍNEZ, Cristina - TORRES FERNÁNDEZ, Rosa I. - MARTÍNEZ, Celeste - SAFAR, Elizabeth, "Delitos ambientales", *RDAMB*. 60, oct.-dic. 2019.

LEMA, Mariano N. - SARMIENTO, Nicolás, "Reseña: Seminario sobre delitos ambientales y su incorporación al Código Penal", Asociación de Investigadores de Derecho Penal, Ambiental y Climático, Buenos Aires, 2021.

Ley 14.346. Malos tratos y actos de crueldad, Cita online: TR LALEY AR/LEGI/1K4M.

MARTÍNEZ, Celeste, "Pandemia Covid-19. Revalorización y reformulación de las nociones ambientalistas y animalistas", *Miradas Latinoamericanas sobre Derecho Animal*, 2020.

TRIGO, Hugo M., "La ley 14.346 y los derechos animales 65 años de vigencia entre debates legislativos, posiciones éticas y criterios judiciales", *Miradas Latinoamericanas sobre Derecho Animal*, 2020.

VILLADA, Jorge L. - TORRES FERNÁNDEZ, Rosa I. - CAU CATTAN, Alejandra, "Necesidad de legislar los delitos ambientales en forma específica", *Revista Iberoamericana de Derecho Ambiental y Recursos Naturales* nro. 38, diciembre 2020.

Faltas ambientales en el régimen de faltas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Jorge A. Franza (*)

Sumario: I. Sobre la protección del medio ambiente a nivel internacional.— II. Protección del medio ambiente a nivel nacional y en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.— III. Autonomía de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.— IV. Poder de policía de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.— V. Delitos, contravenciones y faltas en general.— VI. Faltas en particular.— VII. Régimen de faltas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.— VIII. Principales actores en los procesos por faltas ambientales cometidas en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.— IX. Procedimiento para la sanción de faltas cometidas en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.— X. Bibliografía complementaria.

I. Sobre la protección del medio ambiente a nivel internacional

El cuidado, la conservación y la protección del ambiente han sido objeto de preocupación

desde hace mucho tiempo con el fin de asegurar un desarrollo social sustentable para la vida humana en todo el planeta y porque, además, se lo considera un derecho humano fundamental.

A raíz de ello se han firmado diversos instrumentos internacionales y se han sancionado leyes que receptan los objetivos y obligaciones asumidos, así como también las complementan.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre aprobada en la 9ª Conferencia Internacional Americana celebrada en Bogotá, Colombia, en 1948, y la Declaración Universal de los Derechos Humanos adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en ese mismo año, son los primeros instrumentos que reconocieron una serie de principios inherentes a la condición humana. Sin embargo, pasado un tiempo quedó claro que existían otros derechos que no habían sido contemplados, y así fue que el concepto original de derecho humano se fue ampliando progresivamente hasta adquirir nuevos significados. Por ello, ya es común hablar de derechos humanos de segunda, de tercera y hasta de cuarta generación.

Resumidamente, los derechos humanos de primera generación reconocen los derechos ci-

(*) Abogado especializado en Derecho de los Recursos Naturales y doctor en Derecho y Ciencias Sociales (Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UBA); máster en Sociología del Este de Europa (UNLZ, en convenio con la Academia de Ciencias de la República Checa —Instituto de Sociología—); máster en Derecho Ambiental (Universidad del País Vasco - Departamento de Derecho Constitucional y Administrativo); desde hace 60 años ejerce ininterrumpidamente la docencia en todos los niveles académicos; profesor titular consulto (Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UBA); profesor titular consulto de Derecho Constitucional (Facultad de Ciencias Económicas, UNLZ); profesor titular de Derecho de Recursos Naturales (Facultad de Derecho, UCES); excoordinador local del Proyecto Alfa-UBA - Unión Europea, "Regional Integration and Environment: Mercosur and The European Community" (1992); consultor del Banco Interamericano de Desarrollo y el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (1999-2003); miembro honorario del Centro de Exbecarios de la Organización de los Estados Americanos en la República Argentina; es autor de numerosos libros y artículos de doctrina sobre la temática ambiental, tanto en la Argentina como en el exterior; conferencista, expositor y coordinador general de conversatorios y congresos académicos, a nivel internacional, regional y nacional; presidente de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Penal Juvenil, Contravencional y de Faltas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires desde 2021.

viles y políticos, entre los cuales se encuentran, por ejemplo, el derecho a la vida y a la integridad física, el derecho a elegir, a ser elegido y a participar en los asuntos del gobierno.

Los de segunda generación son básicamente los de carácter económico, social y cultural e incluyen los derechos a la alimentación, a la vivienda adecuada, a la educación, a la salud, a la seguridad social, a la participación en la vida cultural, al agua y saneamiento y al trabajo (1).

Los derechos de tercera generación surgen a partir de una serie de preocupaciones globales propias de finales del siglo XX y principios del XXI, principalmente el deterioro del medio ambiente y sus efectos negativos en la calidad de vida de las personas (2).

Por último, se habla de una cuarta generación de derechos. En este grupo se incluyen aquellos que están relacionados con la sociedad de la información, destacando entre ellos los derechos digitales. Algunos de los que están incluidos en este grupo y al menos deben ser protegidos son el derecho a la identidad digital, a la privacidad virtual, al olvido y al anonimato (3).

El derecho humano al medio ambiente sano es uno de los que están englobados en los de tercera generación.

Cabe destacar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en función de lo solicitado por la República de Colombia en 2016 en materias relacionadas con el medio ambiente, sostuvo por unanimidad al expedirse en la opinión consultiva OC-23/17 del 15/11/2017 que este posee dos dimensiones: una colectiva y otra individual.

(1) OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, "Preguntas frecuentes sobre los derechos económicos, sociales y culturales"; folleto informativo nro. 33, disponible en <https://www.ohchr.org/sp/issues/escr/pages/escrindex.aspx>.

(2) ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS, "¿Cuáles son los derechos humanos de tercera generación?", disponible en https://eacnur.org/blog/declaracion-universal-los-derechos-humanos-lista-articulos-tc_alt45664n_o_pstn_o_pst/.

(3) RIOFRÍO MARTÍNEZ-VILLALBA, Juan Carlos, "La cuarta ola de los derechos humanos: los derechos digitales", disponible en <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r33897.pdf>.

Allí se pronunció también sobre las obligaciones estatales que surgían de la necesidad de protección del medio ambiente bajo la Convención Americana de Derechos Humanos.

En cuanto a esas dos dimensiones, afirmó respecto de la primera que "constituye un interés universal, que se debe tanto a las generaciones presentes y futuras". Con respecto a la segunda, que "en la medida en que su vulneración puede tener repercusiones directas o indirectas sobre las personas debido a su conexidad con otros derechos, tales como el derecho a la salud, la integridad personal o la vida, entre otros. La degradación del medio ambiente puede causar daños irreparables en los seres humanos, por lo cual un medio ambiente sano es un derecho fundamental para la existencia de la humanidad" (4).

Ahora bien, teniendo en cuenta que la problemática medioambiental abarca un amplio repertorio de temas tan variados como por ejemplo la tala de los bosques; la preservación de los glaciares; la contaminación del agua (lagos, arroyos, ríos, manantiales naturales); el uso de la tierra; la preservación de la fauna; la contaminación sonora y visual; el tratamiento de residuos sólidos urbanos; el tratamiento de residuos patológicos y la explotación, industrialización, transporte y comercialización de los hidrocarburos, se han suscripto a nivel internacional diversas declaraciones, pactos, convenciones, acuerdos y protocolos.

Entre los instrumentos específicos en materia ambiental, podemos mencionar:

- la Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, también conocida como la Primera Cumbre para la Tierra (adoptada por la Conferencia Científica de las Naciones Unidas celebrada en Estocolmo, Suecia, del 5 al 16/06/1972);

- el Convenio de Viena para la protección de la Capa de Ozono (adoptado en Viena, Austria, el 22/03/1985 y aprobado por ley 23.724);

(4) Corte IDH, 15/11/2017, opinión consultiva OC-23/17, concerniente a las obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal - interpretación y alcance de los arts. 4.1 y 5.1, en relación con los arts. 1.1 y 2 de la CADH, párr. 59.

- el Convenio de Basilea sobre el Control de los Movimientos Transfronterizos de los Desechos Peligrosos y su Eliminación (suscripto en Basilea, Confederación Suiza, el 22/03/1989 y aprobado por ley 23.922);

- la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas durante la Cumbre celebrada en Río de Janeiro, República Federativa del Brasil, 1992);

- la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (adoptada en Nueva York, Estados Unidos de América, el 09/05/1992 y aprobada por ley 24.295);

- el Protocolo de Kyoto de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (adoptado en Kyoto, Japón, el 11/12/1997 y aprobado por ley 25.438) y

- el Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe, también conocido como Acuerdo Regional de Escazú (celebrado en Escazú, Costa Rica, el 04/03/2018 y aprobado por ley 27.566, entrada en vigor el 22/04/2021).

Con respecto a este último instrumento, cabe resaltar que es el único acuerdo vinculante emanado de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Desarrollo Sostenible (“Río+20”), el primer acuerdo regional ambiental de América Latina y el Caribe y el primero en el mundo en contener disposiciones específicas sobre defensores de derechos humanos en asuntos ambientales.

El acuerdo, además, está en sintonía con las conclusiones a las que arribó la Corte Interamericana de Derechos Humanos al expedirse a consecuencia de la opinión consultiva solicitada por la República de Colombia a la que nos referimos más arriba.

II. Protección del medio ambiente a nivel nacional y en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

A fin de asegurar el respeto de las distintas disposiciones previstas en materia ambiental, tanto a nivel nacional, como provincial y local,

se han dictado numerosas normas vinculadas con su protección, muchas de las cuales establecen sanciones que pueden ser aplicadas por órganos administrativos y judiciales ante el incumplimiento de sus disposiciones.

En primer lugar, cabe destacar que tanto la Constitución Nacional como la de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires elevan el medio ambiente a la categoría de bien jurídico protegido, un derecho-deber de los ciudadanos, así como uno de los ineludibles objetivos de toda política pública.

Además, ambas regulan el ambiente en función de la salud, el equilibrio y la tutela de la diversidad biológica, del patrimonio natural y cultural y de su utilización racional, más allá de los recursos naturales.

También contemplan el amparo ambiental, el principio contaminador-pagador y el federalismo ambiental de concertación, a partir de la colaboración legislativa entre la Nación (que debe dictar los presupuestos mínimos de protección) y las provincias (que complementan aquellos con leyes provinciales reglamentarias).

En efecto, el art. 41 de la CN establece que “[t]odos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley.

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

”Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementirlas, sin que aquellas alteren las jurisdicciones locales.

Se prohíbe el ingreso al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos, y de los radiactivos”.

Por su parte, la Const. CABA dedica uno de sus capítulos al medio ambiente (arts. 26 al 30) del cual destacamos los siguientes párrafos:

“El ambiente es patrimonio común. Toda persona tiene derecho a gozar de un ambiente sano, así como el deber de preservarlo y defenderlo en provecho de las generaciones presentes y futuras” (art. 26, párr. 1).

“Toda actividad que suponga en forma actual o inminente un daño al ambiente debe cesar. El daño ambiental conlleva prioritariamente la obligación de recomponer” (art. 26, párr. 2º).

“La Ciudad desarrolla en forma indelegable una política de planeamiento y gestión del ambiente urbano integrada a las políticas de desarrollo económico, social y cultural, que contemple su inserción en el área metropolitana” (art. 27, párr. 1).

Para asegurar la calidad ambiental y proveer al proceso de ordenamiento territorial, el art. 28 establece una serie de prohibiciones y reglas relativas al ingreso y tratamiento de residuos y desechos industriales, peligrosos, patológicos y radiactivos.

Asimismo, “[l]a Ciudad define un Plan Urbano Ambiental elaborado con participación transdisciplinaria de las entidades académicas, profesionales y comunitarias (...) que constituye la ley marco a la que se ajusta el resto de la normativa urbanística y las obras públicas” (art. 29).

Finalmente, “[e]stablece la obligatoriedad de la evaluación previa del impacto ambiental de todo emprendimiento público o privado susceptible de relevante efecto y su discusión en audiencia pública” (art. 30).

En consonancia con lo expuesto en las Constituciones nacional y de la ciudad se han dictado numerosas normas vinculadas con la materia ambiental que enuncian principios generales y establecen criterios rectores para la preservación del medio ambiente.

En función del objeto de la presente publicación, podemos destacar dos normas centrales que se aplican en el ámbito de la ciudad. Por un lado, la Ley General del Ambiente, que rige en

todo el territorio de la Nación; por otro, la Ley de Evaluación del Impacto Ambiental de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

II.1. Ley General del Ambiente

La Ley General del Ambiente (ley nacional 25.675) establece “los presupuestos mínimos para el logro de una gestión sustentable y adecuada del ambiente, la preservación y protección de la diversidad biológica y la implementación del desarrollo sustentable” (art. 1º) y que “[l]os distintos niveles de gobierno integrarán en todas sus decisiones y actividades previsionales de carácter ambiental, tendientes a asegurar el cumplimiento de los principios enunciados en la presente ley” (art. 5º).

Esos principios están enumerados en el art. 4º y son:

- Principio de congruencia: la legislación provincial y municipal referida a lo ambiental deberá ser adecuada a los principios y normas fijadas en la presente ley; en caso de que así no fuere, este prevalecerá sobre toda otra norma que se le oponga.

- Principio de prevención: las causas y las fuentes de los problemas ambientales se atenderán en forma prioritaria e integrada, tratando de prevenir los efectos negativos que sobre el ambiente se pueden producir.

- Principio precautorio: 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.

- Principio de equidad intergeneracional: los responsables de la protección ambiental deberán velar por el uso y goce apropiado del ambiente por parte de las generaciones presentes y futuras.

- Principio de progresividad: los objetivos ambientales deberán ser logrados en forma gradual, a través de metas interinas y finales, proyectadas en un cronograma temporal que facilite la adecuación correspondiente a las actividades relacionadas con esos objetivos.

- Principio de responsabilidad: el generador de efectos degradantes del ambiente, actuales o futuros, es responsable de los costos de las acciones preventivas y correctivas de recomposición, sin perjuicio de la vigencia de los sistemas de responsabilidad ambiental que correspondan.

- Principio de subsidiariedad: el Estado nacional, a través de las distintas instancias de la administración pública, tiene la obligación de colaborar y, de ser necesario, participar en forma complementaria en el accionar de los particulares en la preservación y protección ambientales.

- Principio de sustentabilidad: el desarrollo económico y social y el aprovechamiento de los recursos naturales deberán realizarse a través de una gestión apropiada del ambiente, de manera tal, que no comprometa las posibilidades de las generaciones presentes y futuras.

- Principio de solidaridad: la Nación y los Estados provinciales serán responsables de la prevención y mitigación de los efectos ambientales transfronterizos adversos de su propio accionar, así como de la minimización de los riesgos ambientales sobre los sistemas ecológicos compartidos.

- Principio de cooperación: los recursos naturales y los sistemas ecológicos compartidos serán utilizados en forma equitativa y racional. El tratamiento y mitigación de las emergencias ambientales de efectos transfronterizos serán desarrollados en forma conjunta.

Llegado a este punto, me parece importante dedicar unas líneas para explicar la diferencia entre el "principio precautorio" y el "principio preventivo", así como también hacer una breve referencia al "principio de no regresión".

Se ha dicho con acierto que hallar una definición precisa del principio precautorio se vuelve una tarea compleja. Es que su definición remite inmediatamente a la noción incierta *per se* de incertidumbre científica. En otras palabras, el principio precautorio plantea un presupuesto de incertidumbre en relación con el cual convendría estar particularmente atento, aunque sea mediante la abstención.

El principio precautorio se traduce, así, como la obligación de suspender o cancelar actividades que amenacen el medio ambiente, pese a que no existan pruebas científicas suficientes que vinculen tales actividades con el deterioro ambiental.

Este principio de avance pretoriano, que se inserta en la noción de prudencia y diligencia, significa que los sujetos de DIPC no pueden ampararse en la falta de certeza científica absoluta para postergar la adopción de medidas eficaces, en función de los costos, con el fin de impedir la degradación del ambiente. El desconocimiento científico no debe ser utilizado como razón para trasladar a generaciones futuras las decisiones que se deben tomar ahora en cuanto a precaución de eventuales e inexorables daños al ambiente.

Siguiendo a Demetrio Loperena Rota, en materia ambiental existen ciertos riesgos e incertidumbres científicas sobre el alcance de algunos daños que se están produciendo. El principio de precaución exige que cuando surja una duda razonable en relación con la peligrosidad de cualquier actividad de repercusiones ambientales, esta se evite o se tomen las medidas pertinentes para que ese eventual daño —científicamente no comprobado todavía— no llegue a producirse (5).

El objetivo general no es causar daños "aceptables" a los seres humanos y el ambiente; el objetivo principal es evitar los daños hasta donde podamos (6).

El principio de la precaución representa una nueva manera de tomar decisiones acerca del ambiente y la salud. El propósito del enfoque preventivo es tomar decisiones hoy en día de las cuales no nos arrepentiremos en cincuenta años. A medida que se conoce mejor el enfoque preventivo, se va estudiando y criticando, lo cual es normal para las ideas nuevas (7).

(5) LOPERENA ROTA, Demetrio, "Los principios del derecho ambiental", Ed. Civitas, Madrid, 1998.

(6) MONTAGUE, Peter, "Medio ambiente. ¿Qué es el principio precautorio o preventivo?", disponible en <http://www.alihuen.org.ar/preguntas-frecuentes-faq/-que-es-el-principio-precautorio-o-preven.html>.

(7) *Ibidem*.

Este principio rector es importante tanto en su contenido moral como jurídico, ya que no solo es en sí mismo un principio que determina la abstención de la acción ante el riesgo, sino que connota una valoración por parte de la humanidad al imponer a los actores del mundo de hoy que, ante la duda, rige el principio *in dubio pro ambiente*. Sería descabellado arriesgar nuestras riquezas naturales, que son únicas e irrepetibles, para un lucro de momento y egoísta.

Este ideal se manifiesta con destacada importancia en la Declaración de Río de 1992. Este es un precedente incalculable cualitativamente para todos los ordenamientos internos ya que, aceptada esta premisa a nivel internacional y como consecuencia de la internacionalización del Derecho, cada Estado llevaría la obligación implícita de reconocerla y aceptarla como norma interna (expresa o implícita en cada ordenamiento interno).

Por otro lado, el principio de precaución se inserta en el amplio espectro de protección del ambiente y tiene en mira los intereses de las generaciones futuras (art. 41, CN) al prevenir daños al ecosistema, lo cual es esencial para la subsistencia de los seres humanos. Dicho principio, en tanto incrementa fuertemente el deber de diligencia, insta una nueva dimensión tutelar en el instituto de la responsabilidad civil: el aseguramiento de riesgos que pudieran ocasionar efectos calamitosos.

Entender este principio rector no solamente como una manifestación de deseo sino como una coacción moral, significa valorar el medio ambiente de hoy y el de mañana y entender que las generaciones futuras (nuestros propios hijos y nietos) son olvidadas al desconocerlo.

Luis Facciano sostiene que son tres los elementos que caracterizan al principio de precaución: a) la incertidumbre científica: principal característica de este principio que lo diferencia del de prevención; b) la evaluación del riesgo de producción de un daño: se presenta aquí una situación paradójica, ya que se debe evaluar la posibilidad de la producción de efectos nocivos tal vez desconocidos, y c) el nivel de gravedad del daño: el daño debe ser grave e irreversible y solo en este caso juega el principio de precaución. Afirma Facciano: "La hipótesis de precaución

nos pone en presencia de un riesgo no mensurable, es decir, no evaluable" (8).

En resumen, el principio de precaución apunta a impedir la creación de un riesgo con efectos todavía desconocidos y, por lo tanto imprevisibles, operando en un ámbito signado por la incertidumbre.

Con respecto al principio de prevención, Leme Machado expresa que "el estudio de costo de las medidas de prevención para un país, región o localidad, debe ser ponderado de acuerdo con las posibilidades de cada país porque la responsabilidad ambiental es común a todos los países". A continuación, señala que "la Convención de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático preconiza que las medidas adoptadas deben ser eficaces en función del costo, de modo de asegurar beneficios generales a nivel mundial al menor costo posible" (9).

Cafferatta sintetiza claramente ambos principios: la prevención es una conducta racional frente a un mal que la ciencia puede objetivar y mensurar, o sea que se mueve dentro de las certidumbres de la ciencia. La precaución, por el contrario, se enfrenta a otra naturaleza de la incertidumbre: la incertidumbre de los saberes científicos en sí mismos (10).

A diferencia de los anteriores, el principio de no regresión en materia ambiental no está previsto dentro del catálogo enumerado en la Ley General del Ambiente. Sin embargo, es sumamente importante su aplicación en ese campo,

(8) FACCIANO, Luis A., "La agricultura transgénica y las regulaciones sobre bioseguridad en la Argentina y en el orden internacional. Protocolo de Cartagena de 2000", Tercer Encuentro de Colegios de Abogados sobre Temas de Derecho Agrario, Instituto de Derecho Agrario del Colegio de Abogados de Rosario, febrero de 2001, ps. 247 y ss. Con cita de LACOUNE, P., "La précaution un nouveau standard de jugement", *Esprit*, París, 1997, p. 131, a su vez citado por BERGEL, S., "El principio precautorio y la transgénesis de las variedades vegetales" (versión preliminar, inédito), en CAFFERATTA, Néstor A., "Principio precautorio y derecho ambiental", LA LEY, 2004-A, 1202.

(9) LEME MACHADO, Paulo A., "Direito ambiental brasileiro", Ed. Malheiros, San Pablo, 2000.

(10) CAFFERATTA, Néstor A., "El principio precautorio", *Gaceta Ecológica*, Instituto Nacional de Ecología, 2004.

debido a que en función de este principio el Estado no puede disminuir la protección de los derechos ni abolir los reconocidos.

El principio de no regresión ingresó en los debates existentes en torno a la Conferencia llevada a cabo por Naciones Unidas sobre Desarrollo Sustentable en junio de 2012 en Río de Janeiro (Brasil), conocida como “Río+20”. Con ello se materializó una importante repercusión de esta propuesta que, originada en el ámbito académico, se dedicó también a construir una proposición hacia el mundo de lo político.

Dicho encuentro internacional puso en evidencia la escasa capacidad de los Estados para avanzar en un acuerdo global sólido sobre la protección del ambiente, problemática urgente dada la grave situación actual.

En el párrafo 20 del texto final de dicha Cumbre, denominado “El futuro que queremos”, se estableció 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. 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”.

Esta incorporación constituye un paso importante en pos de la defensa del ambiente, pues permite consolidar su construcción continua en el ámbito global. Asimismo, en algunos eventos relevantes que se llevaron a cabo en paralelo a la conferencia de Naciones Unidas, este principio ha sido formulado con diferentes modalidades.

En primer lugar, se debatió en la Declaración final de la Cumbre de los Pueblos, llamada “Cúpula dos Povos na Río+20 por Justiça Social e Ambiental - Em defesa dos bens comuns e contra a mercantilização da vida”.

En segundo lugar, en algunos encuentros especializados del área del Derecho, tanto en lo

que hace a juristas como a jueces, se redactaron documentos en los que aparece la noción de no regresión. En tal sentido, en las conclusiones del Encuentro Mundial de Juristas de Medio Ambiente, que tuvo lugar entre el 15 y 17 de junio de 2012 en el Jardín Botánico de Río de Janeiro, se manifestó que “[n]osotros, juristas de derecho ambiental, actores de la sociedad civil de los pueblos de las Naciones Unidas, reunidos en Río desde el 15 al 17 de junio de 2012 en ocasión de la Conferencia de Naciones Unidas sobre desarrollo sustentable a iniciativa del Centro Internacional de Derecho Comparado del Ambiente, de la Fundación Getulio Vargas y del Environmental Law Institute (...). 2) Señalado que esta confirmación consagra los logros ambientales de Río 1992, asignándoles un carácter consuetudinario en el sentido del derecho internacional, evitando a partir de ahora toda regresión”. Esta declaración fue el resultado de tres días de intervenciones y debates por parte de juristas dedicados al Derecho ambiental representativos de una importante cantidad de países, y de manera clara remite a la necesidad de evitar todo tipo de regresiones, con lo que se alude a un concepto amplio no solo focalizado en la legislación, sino también en las políticas públicas y decisiones judiciales.

En el caso de los magistrados de diferentes países que se reunieron en el Congreso Mundial de Justicia, Gobernabilidad y Derecho para la Sustentabilidad —en la Corte Suprema de Justicia de Río de Janeiro entre los días 17 y 20 de junio de 2012— también se presentó un documento en el que se afirma —dentro del apartado dedicado a los principios para el avance y promoción de la justicia, gobernanza y el derecho para la sustentabilidad ambiental— que “reconocemos que las leyes ambientales y las políticas adoptadas para alcanzar estos objetivos no deben ser regresivos”.

II.2. Ley de Evaluación del Impacto Ambiental

La Ley de Evaluación del Impacto Ambiental de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (ley de la ciudad 123) regula el procedimiento técnico-administrativo de evaluación de impacto ambiental, reglamentando así lo dispuesto en el art. 30 de la Constitución de la ciudad y en la Ley General del Ambiente (ley 25.675).

La evaluación de impacto ambiental (EIA) es el procedimiento técnico-administrativo obligatorio que establece la Ley General del Ambiente (11) y que permite identificar, predecir, evaluar y mitigar los potenciales impactos que un proyecto de obra o actividad puede causar al ambiente en el corto, mediano y largo plazo; siendo un instrumento que se aplica previamente a la toma de decisión sobre la ejecución de un proyecto.

El documento técnico central de la EIA es el estudio de impacto ambiental (EsIA) que realiza la persona proponente del proyecto (sea pública o privada) y contiene: una descripción del proyecto, su línea de base ambiental y social, el marco legal de cumplimiento, un análisis de alternativas, la identificación y valoración de los potenciales impactos ambientales y sociales que el proyecto (en todas sus etapas) puede causar en el corto, mediano y largo plazo, así como la previsión de la gestión ambiental para abordarlos (prevención, mitigación y compensación), que se concreta a través del Plan de Gestión Ambiental dentro del EsIA.

A su vez, los principales objetivos de la EIA son:

- determinar la viabilidad ambiental de un proyecto para la toma de una decisión informada;
- promover la transparencia y la participación pública en el proceso de planificación y toma de decisiones; y
- propiciar la prevención y adecuada gestión de los potenciales impactos ambientales y sociales asociados a determinados proyectos.

Vale decir, entonces, que la evaluación de impacto ambiental constituye la institución preventiva por excelencia del derecho ambiental, que puede conceptualizarse como la necesidad de prever las consecuencias ecológicas de las acciones humanas y adoptar medidas para evitar o atenuar dichos daños.

De lo expuesto podemos destacar que la ley considera el EsIA como un documento escrito y

(11) El Gobierno Nacional ha publicado mucha información relativa a esta ley que se encuentra disponible en <https://www.argentina.gob.ar/ambiente/desarrollo-sostenible/evaluacion-ambiental/evaluacion-de-impacto-ambiental>.

la EIA, como un procedimiento. Por su parte, y en cuanto al acto mediante el cual la autoridad se expide, la refiere como una Declaración de Impacto Ambiental (DIA).

Por otro lado, los estudios de impacto ambiental deben contener como mínimo la descripción detallada del proyecto de la obra o actividad a realizar, la identificación de las consecuencias que tal obra o actividad pudieran causar sobre el ambiente y las acciones destinadas a mitigar los efectos identificados como negativos.

Presentado el estudio de impacto ambiental, que contiene la EIA, la autoridad competente procederá al análisis de lo declarado y se expedirá a través de una DIA, en la que manifestará la aprobación de la ejecución de la obra o actividad o el rechazo de lo presentado (12). Si bien la ley no lo dispone formalmente, de más está decir que la autoridad podrá asimismo solicitar modificaciones tanto del estudio como de la evaluación, como así también de la obra o actividad propuesta, y ser más exigente con las medidas de mitigación o minimización de modo de garantizar la adecuación que asegure eliminar efectos negativos al ambiente.

Por otra parte, la ley 25.675 determina una clara diferenciación de conceptos similares y comunes al objetivo de determinación previa y a tiempo de los efectos que una actividad humana puede producir en el ambiente y acompaña definiciones puntuales en relación con lo que en general se denomina EIA.

Las autoridades competentes podrán determinar requerimientos específicos, detallados en la ley particular:

“Cabe destacar que al momento de la sanción de la Ley General de Ambiente, la mayoría de las provincias argentinas, ya habían recogido esta herramienta de gestión en normas generales de ambiente o en particulares de EIA. Establecido ahora el presupuesto mínimo, la adecuación provincial a la ley general solo apuntará a

(12) En algunas jurisdicciones la DIA se denomina Certificado de Aptitud Ambiental (CAA). Independientemente del nombre que se les haya dado, estos documentos son conocidos como "licencia ambiental" en la mayoría de los países.

ajustar los nombres de cada uno de los institutos recogidos" (13).

En resumen, el objetivo de esta institución es simple: modificar y/o evitar que una construcción o actividad, necesaria desde un punto de vista económico o social regional inmediato, aparentemente benéfica para un grupo social o económico, derive en el futuro mediano o inmediato en un desastre ecológico o tenga un resultado nefasto para el medio ambiente. Esto se relaciona directamente con el "principio de prevención", establecido en el art. 4º de la ley 25.675.

Por último, no podemos dejar de mencionar que la EIA se encuentra consagrada, además, en el Principio 17 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo ("Declaración de Río de Janeiro"), que establece:

"Deberá emprenderse una evaluación del impacto ambiental, en calidad de instrumento nacional, respecto de cualquier actividad propuesta que probablemente haya de producir un impacto negativo considerable en el medio ambiente y que esté sujeta a la decisión de una autoridad nacional competente" (14).

(13) NONNA, Silvia, "Presupuestos mínimos de protección ambiental", Ed. Estudio, Buenos Aires, 2008, p. 37. En la nota al pie y entre las provincias que ya habían incorporado la EIA, puede leerse: Buenos Aires: ley 11.723 de Ambiente; Ciudad de Buenos Aires: ley 123 de Evaluación de Impacto Ambiental; Córdoba: dec. 2131/2000 Reglamento de Evaluación de Impacto Ambiental; Corrientes: ley 5067 de Evaluación de Impacto Ambiental; Chaco: ley 3964 de Medio Ambiente; Chubut: ley 4032 de Evaluación de Impacto Ambiental; Formosa: ley 1060 de Política ecológica y ambiental; Jujuy: ley 5063 de Medio Ambiente; Misiones: ley 3079 de Evaluación de Impacto Ambiental; Mendoza: ley 5961 de Preservación del Medio Ambiente; Neuquén: ley 1875 de Ambiente; Río Negro: ley 2342 de Efectos Degradativos del Medio Ambiente; San Juan: ley 6571 de Evaluación de Impacto Ambiental; Salta: ley 7070 de Medio Ambiente; Santa Cruz: ley 2658 de Evaluación de Impacto Ambiental; Santa Fe: ley 11.717 de Medio Ambiente y desarrollo sustentable; Tierra del Fuego: ley 55 de Ambiente; y Tucumán: ley 6253 de Ambiente.

(14) Para mayor información ver: FRANZA, Jorge A., "Manual de los derechos de los recursos naturales y protección del medio ambiente. Una visión holística y transversal del Derecho como instrumento del desarrollo sustentable", Ed. Jurídicas, Buenos Aires, 2007, ps. 112-113; LEME MACHADO, Paulo A., "Estudos de direito

Esta evaluación constituye uno de los ejes técnico-jurídicos del derecho ambiental. Según Fraga, "como técnica jurídica específicamente ambiental, ha marcado el comienzo del derecho ambiental moderno introduciendo la consideración de los factores ambientales en el proceso de toma de decisión" (15).

Al respecto, Loperena Rota afirma que "[l]a prevención, al contrario que la precaución, se proyecta sobre consecuencias perjudiciales ciertas de algunas actividades. El tratar de evitarlas con anticipación es una exigencia de la racionalidad. El ejemplo más típico de procedimiento tendiente a evitar consecuencias no deseables es el de la evaluación del impacto ambiental" (16).

III. Autonomía de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Antes de avanzar sobre otra normativa local vinculada a la protección del medio ambiente en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, me parece importante hacer algunas referencias a su autonomía y a su potestad para sancionar normas en ese sentido.

Para que la Ciudad Autónoma de Buenos Aires tuviera la posibilidad de dictar sus propias leyes y ejercer otras tantas atribuciones que gozan las demás jurisdicciones del país, tuvo que recorrer un largo trecho; sin embargo, aún no ha alcanzado su plena autonomía.

El 21 de septiembre de 1880, el Congreso Nacional sancionó la ley 1029 que declaró "capital de la República" al municipio de la Ciudad de Buenos Aires (art. 1º); dispuso que todos los es-

ambiental", Ed. Malheiros, San Pablo, 1994 y, en especial, id., "Direito ambiental...", ob. cit.

(15) FRAGA, Jesús J., "La protección del derecho a un medio ambiente adecuado", Ed. Bosch, Barcelona, 1995. Sobre la evaluación de impacto en Estados Unidos, ver: RODGERS JR., William H., "Environmental Law", West Publishing Company, St. Paul, Minnesota, 1977, ps. 725-738. Con respecto al procedimiento de evaluación de impacto ambiental, Rodgers afirma que la evaluación de impacto ambiental actúa como una alarma cuando pueden existir consecuencias para el ambiente y que la información permite a otros hacer sus propias apreciaciones sobre el proyecto.

(16) LOPERENA ROTA, Demetrio, ob. cit., p. 94.

tablecimientos y edificios públicos en ella situados quedaban bajo la jurisdicción de la Nación (art. 2º) y que mientras el Congreso no organizara en la Capital la administración de Justicia, los Juzgados y Tribunales provinciales continuarían desempeñándola (art. 7º).

El 29 de noviembre de 1972, el Congreso Nacional sancionó la ley 19.987 (Ley Orgánica de la Municipalidad de Buenos Aires), que reconoció a la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires como persona jurídica pública estatal y, por ende, le correspondía ejercer el gobierno y administración dentro de su territorio “de conformidad con las atribuciones y deberes que se establecen en la presente ley” (art. 1º).

El Poder Legislativo de la ciudad lo constituía el Concejo Deliberante, cuyos miembros eran elegidos directamente por los ciudadanos y tenía entre sus funciones la de sancionar ordenanzas de alcance local.

El Poder Ejecutivo era desempeñado por el intendente municipal, que era nombrado directamente por el presidente de la Nación, cercenándose así el derecho a elegir de los vecinos. La ley también creó consejos vecinales en los barrios; sin embargo dichas instituciones fueron disueltas en 1976 por la ley 21.291.

El Poder Judicial de la ciudad estaba constituido por la “Justicia Municipal de Faltas”, que estaba integrada por jueces de primera instancia, una Cámara de Apelaciones y un Ministerio Público. Su competencia estaba limitada al juzgamiento de las contravenciones a las disposiciones municipales y a las normas nacionales, cuya aplicación correspondía a la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, con excepción de las que fueran imputadas a menores de dieciocho años de edad.

En 1993 se sancionó la ley nacional 24.309 (17), que declaró la necesidad de llevar a cabo una reforma parcial de la Constitución Nacional y estableció entre los temas que debían ser tratados por la Convención Constituyente que se iba a reunir a tal efecto la elección directa del jefe de Gobierno por votación popular; dotar a la ciudad de un estatus constitucional especial

(17) Promul. y sanc. el 29/12/1993.

que reconociera su autonomía y facultades propias de legislación y jurisdicción y la necesidad de garantizar los intereses del Estado Nacional mientras la Ciudad de Buenos Aires continuara siendo capital de la Nación (18).

En 1994 se aprobó el texto de la nueva Constitución Nacional.

Según surge de su art. 129, se le dio a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires un régimen de gobierno autónomo con facultades propias de legislación y jurisdicción; se estableció la elección mediante voto popular del titular del Ejecutivo y de los integrantes de la Asamblea que dictaría el estatuto organizativo de sus instituciones y que “una ley garantizará los intereses del Estado nacional mientras la ciudad de Buenos Aires sea capital de la Nación”. El estatuto organizativo de la ciudad (Const. CABA), fue sancionado por la Convención Constituyente el 1 de octubre de 1996.

Previo a ello, y también en función de lo previsto en el art. 129, el Congreso Nacional sancionó en 1995 la ley 24.588 (19), que garantiza los intereses del Estado Nacional en la Ciudad de Buenos Aires mientras sea Capital de la República, para asegurar el pleno ejercicio de los poderes atribuidos a las autoridades del Gobierno de la Nación (art. 1º).

Según Balbín (20), ello implica que si bien la Ciudad de Buenos Aires tiene iguales competencias en el marco constitucional que los Estados provinciales, existe un punto divergente; esto es, mientras que la ley de garantías resta competencias propias a la ciudad en razón de los intereses del Estado nacional y el propio art. 129 de la CN, en el caso de los Estados provinciales el Estado federal y sus leyes no pueden desconocer las potestades provinciales. Es que mientras que la Ciudad ejerce el conjunto de competencias reconocidas por el Convencional

(18) Art. 2º, apart. f), del núcleo de coincidencias básicas.

(19) Sanc. el 08/11/1995, promul. el 27/11/1995 y comúnmente denominada “Ley Cafiero” en alusión a su impulsor, el senador Antonio Cafiero.

(20) BALBÍN, Carlos F., “Tratado de derecho administrativo”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2015, 2ª ed. act. y amp., t. II, p. 195.

Nacional (es decir, aquellas que le fueron transferidas) estos tienen todo el poder, salvo las potestades delegadas en el Estado Nacional.

En resumen, dicha ley limita la autonomía de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, debido a que establece que “la Nación conserva todo el poder no atribuido por la Constitución al gobierno autónomo de la ciudad de Buenos Aires, y es titular de todos aquellos bienes, derechos, poderes y atribuciones necesarios para el ejercicio de sus funciones” (art. 2º). De esa manera se restringieron atribuciones y competencias que le corresponden a la Ciudad y que al día de hoy continúan estando en cabeza del gobierno nacional, ya que no se han celebrado los convenios relativos a la transferencia total de organismos, funciones, competencias, servicios y bienes previstos en su art. 6º.

Esa ley también establece que el Poder Judicial de la Nación mantiene su jurisdicción y competencia hasta tanto se traspasen los juzgados que están bajo su órbita, sin perjuicio de concederle a la ciudad facultades propias de jurisdicción en materia de vecindad, contravencional y de faltas, contencioso-administrativa y tributaria locales. En otras cuestiones jurisdiccionales tales como la investigación de delitos, la Nación y la ciudad deben firmar convenios de transferencia de competencias.

En el caso de las cuestiones penales, se firmaron tres convenios de transferencia progresiva de competencias de la justicia nacional al Poder Judicial de la ciudad entre el Poder Ejecutivo Nacional y el jefe de Gobierno de la ciudad: a) el primero fue celebrado el 07/12/2000, fue aprobado por la legislatura de la ciudad a través de la ley 597 (21) y por el Congreso Nacional por ley 25.752 (22); b) el segundo fue celebrado el 01/06/2004, fue aprobado por la legislatura local por ley 2257 (23) y por el Congreso Nacional por ley 26.357 (24) y c) el tercero fue aprobado

por la legislatura local por ley 5935 (25) y por el Poder Legislativo Nacional por ley 26.702 (26).

Cabe aclarar que la ley 5935 fue publicada en el Boletín Oficial de la ciudad del 03/01/2018 y que a través de la res. conjunta DG 26/2018, AGT 17/2018 y FG 32/2018, el fiscal general, el defensor general y la asesora general de la ciudad establecieron que la competencia para investigar los delitos transferidos por el tercero de los acuerdos firmados sería asumida a partir del 01/01/2018. Sin embargo, esa fecha fue posteriormente rectificadas y las competencias finalmente fueron asumidas a partir del 1 de marzo de ese año.

En consonancia con todo lo anterior y sin perjuicio de lo previsto en la ley 24.588, los tribunales de la Ciudad y la Corte Suprema de Justicia de la Nación han dictado numerosos fallos en los que se ha reconocido expresamente la autonomía de la ciudad.

Por ejemplo, la sala III de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Penal Juvenil, Contravencional y de Faltas de la Ciudad falló en la causa “Correo Oficial de la República Argentina SA s/ falta de habilitación y otras - apelación” (27), expresando a propósito del estatus jurídico de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que se trata de una “ciudad constitucional federada” porque integra directamente el sistema federativo argentino junto con el Gobierno Federal y las provincias (arts. 54 y 75, incs. 2 y 31 CN), a los que deben agregarse —desde el punto de vista de la descentralización político-territorial— los municipios (art. 5 CN) en las condiciones del derecho público provincial (art. 123 CN) y —eventualmente— las regiones, en las condiciones del derecho público interprovincial (art. 124 CN)” (28).

Así lo ha explicado la doctrina reiteradamente. En ese sentido, se ha sostenido que “[n]o pa-

(25) Sanc. 05/12/2017.

(26) Sanc. 07/09/2011.

(27) CPenal, Contravencional y de Faltas, sala III, 22/05/2006, “Correo Oficial de la República Argentina SA s/ falta de habilitación y otras - apelación”, causa 69-00/CC/2006.

(28) ROSATTI, Horacio, “Tratado de derecho municipal”, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2006, t. II, p. 289.

(21) Sanc. 31/05/2001.

(22) Sanc. 02/06/2003.

(23) Sanc. 14/12/2006.

(24) Sanc. 28/02/2008.

rece discutible que la Ciudad de Buenos Aires carece de los poderes conservados por las provincias conforme a la cláusula residual del art. 121 de la CN, y que tampoco ha sido creada con sujeción a las prescripciones contenidas en los arts. 13 y 75, inc. 15 de esa Carta” (29).

“La autonomía de la Ciudad de Buenos Aires (...) significa la existencia de un Estado (con población, territorio, poder y un gobierno) dividido en tres departamentos (ejecutivo, legislativo y judicial) bajo la impronta de un Estatuto Organizativo o Constitución (...). Esta autonomía, a diferencia de la propia de las provincias, no es reconocida, sino que es creada por la CN. Es así que mientras aquellas conservan todo el poder no delegado, la Ciudad de Buenos Aires solo tiene el poder que le otorga la CN con las limitaciones de una ley del Estado Nacional para garantizar sus intereses mientras esta sea capital de la Nación (...). En este sentido el Dr. Alfonsín (...) refirió: “cuando exista alguna duda respecto del alcance de la autonomía de la Ciudad de Buenos Aires, debe interpretarse que hemos reconocido al pueblo de la Ciudad de Buenos Aires la más amplia autonomía” (30).

“La correcta regla hermenéutica para identificar los ámbitos materiales de competencia de la ciudad es la analogía. Pero esta analogía no se funda en la equiparación directa del gobierno autónomo con un gobierno de provincia, sino que me parece preferible verla como un supuesto de equiparación de las comunidades políticas que organizan los gobiernos de provincia y el gobierno autónomo de Buenos Aires; si alguna de ellas tuviere mayores poderes que las restantes se rompería el principio de la soberanía del pueblo a nivel nacional” (31).

“Deben tenerse en cuenta, además, otras disposiciones de la CN que establecen atribu-

(29) PALACIO, Lino, "La justicia de la Ciudad de Buenos Aires", Academia Nacional de Derecho - Ed. La Ley, Buenos Aires, 2001, p. 356.

(30) GARZÓN, Agustín, "Perspectivas para el Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires", Supl. Act., LA LEY del 07/02/2006, 1.

(31) LOZANO, Luis F., "Transferencia de funciones jurisdiccionales a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires - ¿Constituye la Constitución Nacional un obstáculo?", LA LEY 1997-B, 1446.

ciones y deberes de la Ciudad de Buenos Aires y ordenan relaciones de este nuevo sujeto de derecho público, situado entre las provincias y los municipios, que es menos que una provincia pero más que un municipio” (32).

“Los habitantes de la ciudad no pueden tener menores derechos constitucionales que los de cualquier provincia argentina, y el Estado autónomo no puede relacionarse con la Nación y las restantes provincias en una desventaja que no sea pura y exclusivamente de su carácter de asiento principal de los órganos del Estado federal. Este ha sido el espíritu de la Convención Constituyente de 1994, consagrando un ente jurídico con límite territorial urbano dotado de facultades especiales, similares a las provincias (...) la conclusión será la cuasi equiparación constitucional de la Ciudad Autónoma con las provincias, con la excepción de las limitaciones impuestas por la ley de garantías de los intereses del Estado federal mientras sus autoridades residan en Buenos Aires y mientras subsista la vigencia de dicha ley” (33).

Recientemente la Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha expedido en favor de la autonomía porteña en la causa CSJ 567/2021, “Originario. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c. Estado Nacional (Poder Ejecutivo Nacional) s/ acción declarativa de inconstitucionalidad” (04/05/2021), con motivo de una presentación efectuada el 16 de abril de 2021 por el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en los términos del art. 322 del Cód. Proc. Civ. y Com. contra el Estado Nacional, a fin de obtener la declaración de inconstitucionalidad del art. 2º del decreto de necesidad y urgencia (DNU) 241/2021 del Poder Ejecutivo Nacional, que modificó lo dispuesto en el art. 10 del dec. 235/2021 y estableció —en su último párrafo— la suspensión del dictado de clases presenciales y de las actividades educativas no escolares presenciales en todos los niveles y en todas sus modalidades, desde el 19 hasta el 30/04/2021, inclusive, en el ámbito del aglomerado urbano

(32) GELLI, María Angélica, "Constitución de la Nación Argentina comentada y concordada", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2005, 3ª ed. amp. y act., p. 1041.

(33) ZBAR, Agustín, "La Corte Suprema frente a la autonomía de la Ciudad de Buenos Aires", Supl. Const. LA LEY del 01/11/2006, 15.

denominado “Área Metropolitana de Buenos Aires (AMBA)” definido en el art. 3° del dec. 125/2021.

Sin perjuicio del fondo del asunto, cabe destacar algunos de los argumentos sostenidos por los ministros en sus votos en relación con la autonomía local.

Los Dres. Juan Carlos Maqueda y Horacio Daniel Rosatti sostuvieron que a partir de la reforma del año 1994 la Ciudad de Buenos Aires adquirió el estatus constitucional que se expresó en el nuevo art. 129, habiéndose modificado radicalmente por esa vía la histórica premisa según la cual la unión nacional requería suspender la participación porteña en el diálogo federal en virtud de su elección como capital federal.

Recordaron que el tribunal dictó a partir de 2016 una serie de pronunciamientos a través de los cuales se reconoció paulatina, aunque evidente, la consolidación de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires como sujeto del federalismo argentino en cuanto ciudad constitucional federada. Es ciudad, por sus características demográficas. Es ciudad constitucional, porque es la única designada expresamente por su nombre y con atributos específicos de derecho público en la CN, a diferencia de las otras ciudades que son aludidas genéricamente al tratar los municipios. Y es ciudad constitucional federada, porque integra de modo directo el sistema federal argentino juntamente con los restantes sujetos políticos que lo componen (“Bazán”, Fallos 342:509, consid. 3°, y “Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”, Fallos 342:533, consid. 12, ambos referidos con anterioridad).

Del voto del Dr. Carlos F. Rosenkrantz podemos destacar la referencia a que desde 1994 el federalismo argentino tiene un nuevo estado participante bajo la forma de una ciudad constitucional federada por la inclusión de la ciudad en los arts. 75, inc. 31, y 99, inc. 20, de la CN. Por ello, la Ciudad de Buenos Aires cuenta con todas las facultades propias de legislación interna similares a las que gozan las provincias argentinas, con la exclusiva salvedad de las atribuciones que la ley 24.588 reconoce al gobierno nacional para garantizar los intereses del Estado Nacional en la ciudad.

IV. Poder de policía de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

En la distribución de poder que realiza nuestra Constitución existen cuatro sujetos primarios o básicos: el pueblo, entendido como el conjunto de habitantes de nuestro país (art. 22 y ccds., CN); el Estado Nacional; los Estados provinciales (arts. 121 y ss., CN) y los municipios, entes de gobierno local dentro de los diferentes departamentos o partidos que conforman el territorio de una provincia (arts. 5° y ccds., CN).

El poder de policía es la facultad que tiene el Estado, a través del Poder Legislativo, de regular y restringir el ejercicio de derechos individuales a favor del interés público. Balbín (34) es más específico al respecto, al señalar que dicha potestad también implica ordenar, limitar, prohibir y controlar derechos.

Ahora, lejos de estar centralizada, esa facultad se encuentra repartida entre distintos sujetos.

En ese sentido, mientras que la Legislatura Nacional dicta normas de alcance federal como por ejemplo el Cód. Penal, las provincias conservan todo el poder no delegado en el Estado Nacional y el que expresamente se hayan reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación (cfr. Art. 121, CN) y dictan leyes de alcance local, con las limitaciones propias previstas en el art. 126 de la CN.

Es decir, existen básicamente dos bloques de competencias, el de los Estados provinciales y el del Estado federal. Por ello, en caso de conflicto entre normas federales y provinciales, corresponde, en primer lugar, dilucidar cuál es el poder competente en razón de las materias ya que, en principio, la Constitución atribuyó competencias exclusivas a ambos.

Por otro lado, la Constitución de 1853/60 establece ciertas competencias concurrentes entre la Nación y las provincias (por ejemplo, art. 75, inc. 18, CN).

Por último, el Convencional en el año 1994 introdujo, además de las competencias exclusivas y concurrentes, las potestades compartidas en-

(34) BALBÍN, Carlos F., ob. cit., p. 375.

tre el Estado federal y las provincias. En efecto, el art. 41 de la CN establece que corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección del medio ambiente y a las provincias las necesarias para complementarlas. En este caso, los dos poderes concurren, pero sin superposiciones; por ello, los conflictos deben resolverse por el principio material.

De todo lo anterior se desprende que los Estados provinciales tienen potestad para legislar en materia contravencional y de faltas. Y para hacer cumplir las limitaciones impuestas a los derechos regulados en ambas materias se valen de distintos medios; entre ellos: realizar inspecciones a fin de constatar el cumplimiento de las regulaciones; otorgar o rechazar autorizaciones, permisos y habilitaciones; hacer uso de la fuerza y aplicar sanciones.

Claro que la potestad que tienen las provincias de legislar en aquellas materias que no fueron delegadas a la Nación se encuentra limitada en función de los preceptos contenidos en la CN, entre ellos, los derechos reconocidos en los arts. 14 (35), 19 (36), 28 (37) y 75, incs. 10, 12 y 13 (38). También existen restricciones

(35) Art. 14. Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio; a saber: de trabajar y ejercer toda industria lícita; de navegar y comerciar; de peticionar a las autoridades; de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino; de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa; de usar y disponer de su propiedad; de asociarse con fines útiles; de profesar libremente su culto; de enseñar y aprender.

(36) Art. 19. Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.

(37) Art. 28. Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio.

(38) Art. 75. Corresponde al Congreso:... 10) Reglamentar la libre navegación de los ríos interiores, habilitar los puertos que considere convenientes, y crear o suprimir aduanas;... 12) Dictar los Códigos Civil, Comercial, Penal, de Minería, y del Trabajo y Seguridad Social, en cuerpos unificados o separados, sin que tales códigos alteren las jurisdicciones locales, correspondiendo su aplicación a los tribunales federales o provinciales, según que las cosas o las personas cayeren bajo sus respectivas

en las Constituciones provinciales e incluso en instrumentos internacionales, como por ejemplo, la "Declaración Universal de Derechos Humanos" (39) que en su art. 29, inc. 2º, establece que "[e]n el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática" (40).

Con independencia de ello, el art. 75, inc. 30, de la CN, dispone que la Nación tiene competencia para dictar la legislación necesaria para el cumplimiento de los fines específicos de los establecimientos de utilidad nacional en el territorio de la República, siendo que las autoridades provinciales y municipales conservan los poderes de policía e imposición sobre estos establecimientos en tanto no interfieran en el cumplimiento de aquellos fines.

De ello se infiere que, en lo que hace al control específico del cumplimiento de normas penales, contravencionales y de faltas en el ámbito de la ciudad, en particular de aquellas relacionadas con cuestiones ambientales, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires tiene potestad para ejercer dicho control incluso en los establecimientos de utilidad nacional que se ubican en su territorio.

Más allá de lo hasta aquí expuesto, en relación con el "poder de policía", me parece importante destacar que, según explica Lorences (41), esa institución resulta de difícil comprensión

jurisdicciones; y especialmente leyes generales para toda la Nación sobre naturalización y nacionalidad, con sujeción al principio de nacionalidad natural y por opción en beneficio de la argentina: así como sobre bancarrotas, sobre falsificación de la moneda corriente y documentos públicos del Estado, y las que requiera el establecimiento del juicio por jurados; 13) Reglar el comercio con las naciones extranjeras, y de las provincias entre sí.

(39) Esta Declaración es uno de los instrumentos internacionales a los que la Constitución Nacional le reconoce jerarquía superior a las leyes (cfr. art. 75, inc. 22).

(40) Ver BALBÍN, Carlos E., ob. cit., ps. 379 y ss.

(41) LORENCES, Valentín H., "Poder de policía. Edictos policiales. Justicia contravencional y de faltas. Doctrina - Jurisprudencia - Legislación", Ed. Universidad, Buenos Aires, 1997, ps. 16-19.

si no se la estudia acabadamente, ya que no es un poder y tampoco es policía, en el sentido de cuerpo de seguridad exclusivamente. Este autor entiende el poder como potestad, función o aptitud legal de aplicaciones diversas, mientras que policía es una función o actividad administrativa que tiene por objeto la protección de la seguridad, moralidad o salubridad pública. Para él, el poder de policía se manifiesta a través de la actividad de policía, que se relaciona con el conjunto de normas administrativas que se refieren a seguridad, moralidad, salubridad, publicidad y tránsito, entre otras y se manifiesta en normas de distinto rango: leyes, decretos, decretos-leyes, ordenanzas, actos administrativos o sentencias.

Dicho eso, corresponde ahora centrarnos en la manera en que el poder de policía se relaciona con la materia ambiental en esta ciudad.

La protección del medio ambiente se encuentra tutelada en la CN, también a través del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (que tiene jerarquía constitucional y debe ser entendido como complementario de los derechos y garantías reconocidos en la CN en función de lo dispuesto en su art. 75, inc. 22) y en especial en el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (más conocido como "Protocolo de San Salvador") (42), cuyo art. 11 dispone: "Derecho a un medio ambiente sano: 1. Toda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos; 2. Los Estados partes promoverán la protección, preservación y mejoramiento del medio ambiente".

Como ya se mencionó, el derecho al ambiente también se encuentra garantizado tanto en la CN (art. 41) como en la de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (arts. 26 a 30).

Del tercer párrafo del art. 41 de la CN surge claramente la distribución de competencias en materia ambiental. Dicha norma contiene un deslinde de competencias entre la Nación y las provincias y, por extensión, entre la Nación y la

Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en virtud del cual corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquellas alteren las jurisdicciones locales.

Del art. 26 de la Const. CABA se desprende el derecho de toda persona de gozar de un ambiente sano, así como el deber de preservarlo y defenderlo contra todo daño.

A su vez, el art. 27 dispone que la ciudad desarrolla en forma indelegable una política de planeamiento y gestión del ambiente urbano y promueve, entre otros fines, la protección, el saneamiento, control de la contaminación y mantenimiento de las áreas costeras del Río de la Plata, de la cuenca Matanza-Riachuelo, de las subcuencas hídricas y de los acuíferos (inc. 6°), así como la regulación de la producción y el manejo de tecnologías, métodos, sustancias, residuos y desechos que comporten riesgos (inc. 10).

A ello podemos agregar que la protección del ambiente ha sido receptada ampliamente en el art. 30 de la Const. CABA, que establece la obligatoriedad de la evaluación previa del impacto ambiental de todo emprendimiento público o privado que pueda tener relevante efecto y su discusión en audiencia pública, que como ya dijimos ha sido regulada en la ciudad a través de la ley 123 de Evaluación del Impacto Ambiental.

De todo ello se colige que existe una protección múltiple y expresa del medio ambiente a través de la CN, de diversos instrumentos internacionales, de la Constitución de la ciudad y de normas nacionales y locales.

Según explica Loperena Rota, "[l]a aplicación de técnicas protectoras del medio ambiente desde la perspectiva jurídica es muy antigua, aunque los objetivos globalizadores que se pretenden en la actualidad son efectivamente recientes. Como lo ha señalado recientemente Jordano Fraga, el derecho ambiental no es un meteoro que ha caído en nuestro ordenamiento jurídico de repente y sin referencia alguna. Cualquiera de las culturas de la Antigüedad que se estudie tiene abundantes ejemplos, tanto en las normas que regulaban las relaciones entre

(42) El Protocolo fue aprobado por ley 24.658, sanc. 19/06/1996 y promul. de hecho el 15/07/1996.

los particulares, como en la actuación de los poderes públicos, aparecen abundantes disposiciones que tratan de preservar una atmósfera sana, unas aguas limpias y de explotar los recursos minerales, vegetales y faunísticos de forma equilibrada” (43).

Cabe hacer hincapié en este punto en que el derecho de cada habitante consiste en que otros no alteren significativamente el ambiente, es decir el entorno, en perjuicio de su salud o el equilibrio ecológico. A su vez, el derecho al “uso del ambiente” para realizar diversas actividades que implican riesgos de degradación conlleva necesaria y correlativamente la obligación de que estos sean minimizados y controlados.

Sobre el particular, deben aplicarse las reglas del paradigma ambiental que distingue entre la “esfera íntima,” que es el ámbito absolutamente intangible de protección de la vida privada, con una protección máxima; “la esfera privada,” constituida por el ámbito individual que repercute sobre los demás, de modo que surge la necesidad de establecer un límite con las otras esferas individuales y “la esfera social,” que contempla aquellos actos que realiza el individuo situado en la acción colectiva. En este último caso, la protección de lo individual es menor, porque se actúa en el ámbito de lo colectivo y tienen prioridad los bienes públicos. El derecho al medio ambiente sano se ubica en este plano y el intérprete debe guiarse por la preservación del bien colectivo (44).

Cabe señalar también que debe tenerse especialmente en cuenta que la cuestión ambiental no suscita solo una mutación disciplinaria sino también epistemológica. El paradigma ambiental reconoce como sujeto a la naturaleza y, sabiendo que está en peligro, está dispuesto a limitar los derechos individuales transitando un camino inverso, que parte de lo colectivo para llegar a lo individual. Sostiene un nuevo escenario de conflictos entre bienes pertenecientes a

la esfera colectiva —ambiente— e individuales, dando preeminencia a los primeros (45).

En este paradigma la preservación del ambiente es la regla de oro, de manera tal que los derechos fundamentales individuales en esta área deben ser interpretados de modo que coordinadamente no conspiran a favor del deterioro de tales bienes colectivos.

Sobre la base de lo anteriormente expuesto, resulta claro que la competencia ambiental fue delegada a la órbita federal solo en lo referido a los presupuestos mínimos de protección. En todo lo demás, las provincias conservaron atribuciones para complementar y extender el resguardo ambiental (art. 121, CN). Dictada la norma de presupuestos mínimos, las provincias pueden complementarla y también están habilitadas para establecer mayores niveles de protección; es decir, fijar estándares más severos.

Como conclusión resulta que la aplicación concreta de toda la legislación nacional o local, es decir, el efectivo ejercicio de la función de policía, corresponde a la ciudad a través de sus órganos administrativos con competencia en cuestiones ambientales y de su poder judicial.

En relación con el reconocimiento del ejercicio del poder de policía de la ciudad, así como también de la intervención de sus tribunales y de las amplias facultades persecutorias en relación con las conductas violatorias de normas penales, contravencionales y de faltas cometidas en su territorio que tiene el Ministerio Público Fiscal local, se han dictado numerosos fallos. Entre ellos, podemos destacar los siguientes:

- “Hipódromo Argentino de Palermo SA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad negado en: 'Hipódromo Argentino de Palermo SA s/ inf. art. 9.1.1, obstrucción de inspección - apelación” (TSJ CABA, 17/06/2009, expte. 6369/08).

- “Buenos Aires Container, Terminal Service SA s/ infr. art(s). Allanami, s/ artículo por alla-

(43) LOPERENA ROTA, Demetrio, "El derecho al medio ambiente adecuado", Ed. Civitas, Madrid, 1998, reimp., ps. 27-28.

(44) LORENZETTI, Ricardo L., "Teoría de la decisión judicial. Fundamentos de derecho", Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2006, 1ª ed., ps. 436-437.

(45) Cfr. LORENZETTI, Ricardo L., "Teoría de la decisión judicial", Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2008, p. 426 y "Teoría del derecho ambiental", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2008.

namiento” (CPenal, Penal Juvenil, Contravencional y de Faltas CABA, sala III, 11/09/2009, causa 18432-00-00-09).

- “Transporte Rivas y Cía. SA s/ infr. art(s). 4.1.1.2, Habilitación en infracción - L 451” (CPenal, Penal Juvenil, Contravencional y de Faltas CABA, sala III, 10/11/2009, causa 16984-00-00/09).- “Incidente a tenor de la audiencia art. 197 del Cód. Proc. Penal CABA, respecto de Cormini, Marisa s/infr. art. 54 CC” (CPenal, Penal Juvenil, Contravencional y de Faltas CABA, sala III, 02/11/2010, causa 29051-02-00/09).

V. Delitos, contravenciones y faltas en general

Además de las leyes sancionadas por la Legislatura de la ciudad cuyo objeto se centra en la regulación de actividades que puedan afectar directa o indirectamente al medio ambiente para prevenir su degradación, existen leyes que establecen sanciones en caso de incumplimiento de ciertas obligaciones.

Así, en el ámbito porteño existen tres niveles de normas cuya investigación y eventual castigo le corresponde a la justicia de la ciudad; ellas son:

- los delitos, que han sido legislados por el Congreso Nacional en función de los arts. 75, inc. 12, 121 y 126 de la CN y cuya competencia para investigar ha sido transferida por la Nación a la ciudad través de los convenios arriba detallados y

- las contravenciones y las faltas, cuya sanción se encuentra reservada a la legislatura local en razón de lo previsto en los arts. 121 y 129 de la CN y 81, inc. 2º, de la Const. CABA, que se encuentran reguladas en la ciudad en el Cód. Contravencional (ley 1472) y en el Régimen de Faltas (anexo I, ley 451).

Con independencia del órgano que sanciona las normas de fondo aplicables en cada una de esas materias, los procedimientos correspondientes a la tramitación de las causas en que se investigan delitos, contravenciones y faltas cometidos en el territorio de la ciudad son regulados por la Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Así, la ciudad cuenta con su propio Cód. Proc. Penal (ley 2303), su Régimen

Procesal Penal Juvenil de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (ley 2451) y leyes de procedimiento en materia Contravencional (ley 12) y de Faltas (ley 1217).

Ahora bien, cabe destacar que pareciera existir cierta confusión terminológica entre las contravenciones y las faltas, que se extiende también a la comparación con los delitos.

Al respecto, la doctrina ha ensayado dos posturas: la distinción formal (46) y la distinción sustancial (47).

La distinción formal hace una diferencia entre delitos, contravenciones y faltas sobre la base de la gravedad de las sanciones previstas para uno y otro caso que guarda relación con la naturaleza de la infracción.

En función de la distinción sustancial, en cambio, son delitos aquellas conductas que atentan contra derechos individuales o colectivos (por ejemplo, la vida, la libertad, la propiedad —pública o privada— y el honor). En tanto, las contravenciones y las faltas están ligadas a la indiferencia del administrado frente a materias propias del poder de policía local (por ejemplo, la reglamentación de las profesiones y oficios, de la convivencia entre vecinos y del ordenamiento del tránsito en la vía pública).

A su vez, entre estas últimas, la distinción radica no ya en la materia regulada sino en la mayor o menor peligrosidad de la conducta. Así, las contravenciones son intrínsecamente más lesivas que las faltas, las cuales en muchos casos pueden consistir en meros incumplimientos de la normativa dictada por la administración en materia policial, administrativa o municipal, con escasa o nula capacidad de generar un daño a terceros.

Más allá de lo expuesto, y aunque parezca una obviedad, también se las diferencia en

(46) En esta postura se enrola la gran mayoría de nuestros juristas, entre los cuales cabe mencionar a Rodolfo Rivarola, Sebastián Soler y Eugenio Raúl Zaffaroni.

(47) Trátase de la distinción enarbolada por NÚÑEZ, Ricardo C., "La diferencia entre delitos y contravenciones y su importancia constitucional", en *Temas de Derecho Penal y de Derecho Procesal Penal*, Ed. Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1958, ps. 9 y ss.

función de los poderes legislativos y judiciales que, respectivamente, las sancionan y las aplican.

El Dr. Julio B. J. Maier tuvo oportunidad de referirse a esa distinción y remarcó que ambas posturas son acertadas parcialmente, aunque tiene preferencia por la sustancial. Al respecto, indicó que la tesis formal fracasa al distinguir materialmente la contravención del delito, porque queda entonces atrapada frente al libre arbitrio del legislador de turno. Asimismo, sostuvo que “la frontera que divide los delitos de las contravenciones es, en último extremo, imposible de trazar con precisión matemática”, pero que “la distinción es absolutamente necesaria para nuestra forma de organización federativa, para deslindar la competencia legislativa federal de la local” (48).

Sin perjuicio de ello, autores de la talla de Balbín (49) consideran que no es posible realizar una distinción entre delito e infracción según el bien protegido por el orden jurídico, la gravedad del castigo a aplicar, el órgano que las dicta o la mayor o menor gravedad del efecto causado por las conductas tipificadas en dichos regímenes. De hecho, para este autor solo se diferencian en razón de que los delitos están regulados en el Cód. Penal y leyes complementarias y las infracciones, en otros cuerpos normativos.

García Pullés (50), por otro lado, explica que, en relación con el ámbito de aplicación de esta potestad administrativa nuestra Corte Suprema ya dejó establecido setenta años atrás un criterio que no ha sido modificado, según el cual “[l]a distinción entre delitos y contravenciones o faltas no tiene base cierta que pueda fundarse en la distinta naturaleza jurídica de cada orden de infracciones para establecer

un criterio seguro que permita distinguirlos” (51).

VI. Faltas en particular

VI.1. Naturaleza jurídica de las faltas

Siendo que el objeto central de esta publicación versa en torno a las faltas, no podemos dejar de tratar un tema respecto del cual no existen criterios coincidentes.

El Estado ejerce su poder punitivo a través del derecho penal y del derecho administrativo sancionador. Ello implica que, sin perjuicio de la división de poderes, el Ejecutivo se reservó la potestad de aplicar sanciones. De ahí que el poder punitivo del Estado no sea exclusivo del juez.

La potestad estatal administrativa sancionatoria, tanto en su vertiente de autoprotección (en la cual se sitúa, por ejemplo, la potestad disciplinaria sobre los empleados públicos) como en la de protección general, se distingue y diferencia conceptualmente de la potestad judicial punitiva.

Enseña Alejandro Nieto que originalmente se consideraba el derecho administrativo sancionador como una hijuela del derecho penal construido exclusivamente con materiales tomados de este. Esto es, partiendo del derecho público constitucional se formaba el tronco específico del derecho punitivo público que luego se desdoblaba en dos ramas: la del derecho penal y la del derecho administrativo sancionador (52).

Si bien ambos se asientan sobre la base de los principios jurídicos constitucionales y se rigen por regímenes jurídicos propios, están quienes sostienen que existe una distinción entre ambas ramas y quienes consideran que hay una subordinación del derecho administrativo sancionador al derecho penal. Esa distinción es de vital importancia porque en caso de considerarse la

(48) MAIER, Julio B. J., "El derecho contravencional como derecho administrativo sancionatorio", *Revista Pensamiento Penal*, 16/03/2011, disponible en www.pensamientopenal.com.ar.

(49) Ver BALBÍN, Carlos F., ob. cit., ps. 476-483.

(50) GARCÍA PULLÉS, Fernando R., "La potestad sancionatoria administrativa y las garantías del derecho penal", *Prudentia Iuris*, nro. aniversario, 2020, ps. 263-279, disponible en <https://doi.org/10.46553/prudentia.aniversario.2020.pp.263-279>.

(51) CS, "Castellini, Ernani L. c. Dirección General del Impuesto a los Réditos", Fallos 205:173, 1946.

(52) NIETO, Alejandro, "Régimen sancionador de las administraciones públicas: últimas novedades. Pasos recientes del proceso sustantivador del derecho administrativo sancionador". Si bien la referencia es respecto del derecho español, entiendo que se aplica a nivel general.

segunda postura, deberían regir en materia de faltas los derechos, principios y garantías propios del derecho penal.

Sin adentrarnos en los fundamentos de esa distinción y partiendo de la base de que nos encontramos ante dos regímenes represivos distintos, aunque resulte habitual la aplicación de ciertos principios del derecho penal en el ámbito del derecho administrativo ello no significa que en ambos regímenes deban aplicarse idénticos principios o garantías pues las consecuencias jurídicas previstas en el derecho penal son sustancialmente diversas de aquellas contempladas en el derecho administrativo sancionador.

En ese sentido explica Silva Sánchez que el derecho penal y el administrativo sancionador se diferencian en función de un criterio teleológico, lo que significa que la cuestión central para distinguirlos radica en su finalidad. “El primero persigue proteger bienes concretos en casos concretos y sigue criterios de lesividad o peligrosidad concreta y de imputación individual de un injusto propio. El segundo, en cambio, persigue ordenar, de modo general, sectores de actividad (reforzar, mediante sanciones, un determinado modelo de gestión sectorial). Por eso no tiene por qué seguir criterios de lesividad o peligrosidad concreta, sino que debe, más bien, atender a consideraciones de afectación general, estadística; asimismo, no tiene por qué ser tan estricto en la imputación, ni siquiera en la persecución (regida por criterios de oportunidad y no de legalidad)” (53).

Por ello, y porque las consecuencias jurídicas previstas en uno y otro régimen son sustancialmente diversas, el autor sostiene que ni en todo el sistema jurídico debe haber las mismas garantías, ni en todo el sistema del derecho sancionatorio tiene que haber las mismas garantías y que ni siquiera en todo el sistema sancionatorio penal tienen por qué exigirse las mismas garantías (54).

(53) SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, "La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales", Civitas Ediciones, S. L.; 2001; 2ª ed., p. 125.

(54) SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, ob. cit., ps. 150-151.

Sobre el punto, Nieto especifica que “el derecho administrativo sancionador no debe ser construido con los materiales y con las técnicas del derecho penal, sino desde el propio derecho administrativo del que obviamente forma parte, y desde la matriz constitucional y del derecho público estatal” (55).

Es que para este la naturaleza de los intereses protegidos por las normas sancionadoras son los intereses colectivos, generales y públicos. A diferencia de lo que sucede ante supuestos de daños producidos en bienes individuales a consecuencia de lo cual el perjudicado puede reclamar el importe del daño causado, cuando se trata de intereses y bienes generales lo importante no es la indemnización del daño causado sino la evitación de que se produzca. “Lo que las normas sancionadoras fundamentalmente pretenden es, por tanto, que el daño no se produzca y para evitar ese daño hay que evitar previamente el riesgo, que es el verdadero objetivo de la política represiva” (56).

En forma coincidente se pronuncia Balbín, postulando que “cabe preguntarse si es prudente distinguir entre ambas ramas del conocimiento jurídico o, lisa y llanamente, y sin más vueltas, volcar el derecho sancionador en el marco del derecho penal. Creemos que no es razonable ese traspaso por dos argumentos. Primero, el entramado jurídico vigente nos muestra un régimen sancionador exuberante, complejo, y propio, ubicado en el contexto del derecho administrativo y, en un lugar distinto, el derecho penal. Segundo, el régimen sancionador es autónomo del derecho penal y lejano a este (...). Entendemos que el derecho sancionador debe crear sus propias técnicas y consecuentemente reemplazar los instrumentos prestados por el derecho penal” (57).

Finalmente, enfatizando la autonomía y especialidad propias del derecho administrativo sancionador, donde campea la prevención como

(55) NIETO GARCÍA, Alejandro, "Derecho administrativo sancionador", Ed. Tecnos, Madrid, 2012, 5ª ed. totalmente reformada, reimp. 2018, p. 30.

(56) *Ibidem*, ps. 38 y 39.

(57) BALBÍN, Carlos F., "Curso de derecho administrativo", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2008, p. 802.

principio rector del sistema, explica Maljar que “a diferencia de la responsabilidad penal, donde se exige la verificación de un daño concreto, el derecho administrativo sancionador es fundamentalmente un derecho preventivo al intentar impedir que la lesión a los bienes jurídicos se efectivice. La transgresión por lo tanto, es el incumplimiento de un deber legal desconectado de sus eventuales consecuencias, es decir el derecho sancionador es esencialmente de “prevención de riesgos” al existir una situación de “peligro potencial” (58).

Para García Pullés, por otro lado, “[l]a ausencia de una diferencia ontológica entre delito y falta, o la mera imposibilidad de superar la discusión bizantina en la materia, redundan en el necesario reconocimiento de la facultad del legislador de caracterizar a una conducta en una u otra categoría sin más recaudo que su sola decisión, y aún de trasladar conductas de uno a otro ámbito.

Este reconocimiento resulta particularmente peligroso para los derechos de los ciudadanos si se admite que las garantías reconocidas a estos en el derecho penal no se trasladan, sino con matices, al ámbito del derecho administrativo sancionador” (59).

Ahora bien, en lo particular considero que el régimen de faltas se encuentra inserto dentro del derecho administrativo sancionador y no dentro del derecho penal.

En primer lugar, con sustento en lo dispuesto por los arts. 104, incs. 11 y 12 (60), y 105, inc.

(58) MALJAR, Daniel E., "El derecho administrativo sancionador", Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004, p. 88.

(59) GARCÍA PULLÉS, Fernando R., "La distinción entre delitos y faltas. El Régimen jurídico circundante - Una nueva y acertada doctrina de la Corte".

(60) Art. 104.- Atribuciones y facultades del jefe de Gobierno: (...) 11. Ejerce el poder de policía, incluso sobre los establecimientos de utilidad nacional que se encuentren en la Ciudad; 12. En ejercicio del poder de policía, aplica y controla las normas que regulan las relaciones individuales y colectivas del trabajo. Sin perjuicio de las competencias y responsabilidades del Gobierno Nacional en la materia, entiende en el seguimiento, medición e interpretación de la situación del empleo en la Ciudad.

6° (61), de la Const. CABA las faltas constituirían violaciones a las disposiciones que en ejercicio del poder de policía dicta el poder administrador. Por ello, no serían una manifestación del derecho penal (como los delitos y las contravenciones), sino una rama del derecho administrativo sancionador.

En segundo lugar, sobre la base de los fundamentos que esgrimí en los siguientes párrafos, considero que el hecho de que las faltas se inserten dentro del derecho administrativo sancionador no implica que el infractor a una norma administrativa pueda ser colocado en una situación más gravosa que aquella en la que se encontraría una persona imputada de haber cometido un delito o una contravención.

Aunado a lo expresado anteriormente, el TSJ CABA ha sostenido: “No puede decirse, así, sin más, que el régimen material y formal de faltas sea enteramente clasificable como derecho penal. Existen algunas razones para pensar que se trata de un régimen sancionatorio de la Administración. En principio, las reglas nuevas (leyes 451 y 1217) no conducen a una aplicación supletoria de normas procesales o de fondo de carácter penal, tal como lo hacían las anteriores leyes aplicables (19.690 y 19.691) y como lo hacen expresamente las normas contravencionales vigentes (argumentación solo formal). Por lo demás, desde el punto de vista material, el hecho de que se declame (art. 13, ley 451) que la acción es pública no parece ser más que ello, esto es, una suerte de declamación sin el efecto que el art. 71 del Cód. Penal adjudica a esta expresión. En ese sentido, resulta claro que la voluntad del imputado, mediante el llamado pago voluntario de la multa (arts. 14, inc. 3°, y 17, ley 451), no solo extingue la acción sino que evita todo procedimiento de persecución. De la misma manera, también el procedimiento judicial se resume en una facultad del infractor que cuestiona la decisión sancionatoria del controlador de faltas, mediante su sola expresión de voluntad (art. 24, ley 1217). Por lo demás, no resulta necesaria la asistencia letrada (art. 29, ley 1217), ni el Ministerio Público es un intervinien-

(61) Art. 105.- Son deberes del jefe de Gobierno: (...) 6. Disponer las medidas necesarias para el cumplimiento de las normas de higiene, seguridad y orden público.

te necesario durante el período judicial cuando el infractor ocurre a esta vía (art. 41, ley 1217).

“Como se observa, todo el procedimiento judicial se asemeja bastante al procedimiento de impugnación de resoluciones administrativas singulares, por las cuales el Estado, detentador del orden y de la fuerza pública (poder de policía), decide aplicarla (coerción) a una persona determinada, quien, como toda la teoría en la legislación administrativa lo supone, cuenta con un recurso judicial para objetar esa decisión. Por lo demás, el régimen de faltas no contiene la pena grave de privación de la libertad, ni siquiera como conversión de otras penas menores, de tal manera que la multa, como detracción del patrimonio del presunto infractor resulta ser, en términos punitivos, la sanción más grave. Acerca de ello, ya tenemos dicho que cuando la pena no es excesiva, cualquiera que sea el régimen de sanción, no resultan aplicables todas aquellas garantías que conforman el catálogo referido a una persona acusada por un delito, garantías reguladas incluso en las convenciones regionales o internacionales sobre derechos humanos (ver las consideraciones vertidas en votos *in re* ‘Ministerio Público - Defensoría en lo Contravencional N° 3 s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en «Ábalos, Oscar A. s/ art. 71 CC - apelación»’, en *Constitución y Justicia [Fallos del TSJ]*, t. IV, ps. 521 y ss., ‘Masliah Sasson, Claudio s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en Masliah Sasson, Claudio s/ infracción art. 71 CC»’, en *Constitución y Justicia [Fallos del TSJ]*, t. IV, ps. 553 y ss., y, más recientemente, *in re* ‘Ministerio Público - Defensoría en lo Contravencional y de Faltas N° 2 s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en «Martínez, Horacio Daniel s/ art. 68 CC - apelación»’, expte. 3988/05, sentencia del 03/10/2005)” (62).

Esa postura es la sostenida por Nieto, para quien en el campo del derecho administrativo sancionador se aplican algunos de los principios propios del derecho penal, aunque con

(62) Expte. 4054/05, “Ministerio Público - Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas N° 1 s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Leiva Quijano, Lita E. s/ venta ambulante sin permiso - apelación”’, sent. del 21/12/2005, voto del Dr. Julio B. Maier.

matices. Sin embargo, ellos únicamente podrían ser aplicados en este campo en supuestos verdaderamente excepcionales tales como: a) analogía *in melior*; b) declaración expresa de supletoriedad y c) remisión expresa de la norma administrativa (63).

Ahora bien, el problema radica en dilucidar qué principios y con qué alcance deben aplicarse para satisfacer los derechos, principios y garantías fundamentales reconocidos en nuestra CN (arts. 18, 28 y 33), la Constitución de la ciudad (en particular los arts. 10 y 13) y los instrumentos internacionales aprobados por el Congreso Nacional que tienen jerarquía superior a las leyes o jerarquía constitucional (conf. art. 75, inc. 22, CN), que son comunes a todo el ordenamiento punitivo estatal.

A nivel internacional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostuvo en el caso “Baena, Ricardo y otros (270 trabajadores vs. Panamá)” (64) que en los procedimientos administrativos deben respetarse las garantías mínimas previstas en el art. 8.1, 8.2 y 9 de la CADH (más conocida como “Pacto de San José de Costa Rica”) (65).

El Pacto de San José de Costa Rica reconoce en los artículos referidos por la Corte Interamericana diversas garantías judiciales.

En el art. 8.1 dispone que “[t]oda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”.

(63) NIETO GARCÍA, Alejandro, “Derecho administrativo sancionador”, ob. cit., p. 132.

(64) Sent. del 02/02/2001 (fondo, reparaciones y costas). Se trata del primer asunto sometido a su jurisdicción en que se alegó la afectación del debido proceso en un procedimiento administrativo.

(65) La Convención fue aprobada por ley 23.054 y complementa los derechos y garantías reconocidos por nuestra Constitución Nacional, de conformidad con lo establecido en su art. 75, inc. 22.

En el art. 8.2 establece: “Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: a) derecho del inculcado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal; b) comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada; c) concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa; d) derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor; e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrase defensor dentro del plazo establecido por la ley; f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos de todas personas que puedan arrojar luz sobre los hechos; g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior”.

En el art. 9º, titulado “Principio de legalidad y de retroactividad”, dispone que “[n]adie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello”.

La Corte Interamericana entendió en “Baena” que “[e]s un derecho humano el obtener todas las garantías que permitan alcanzar decisiones justas, no estando la Administración excluida de cumplir con este deber. Las garantías mínimas deben respetarse en el procedimiento administrativo y en cualquier otro procedimiento cuya decisión pueda afectar los derechos de las personas” (párr. 127).

En el caso, la Corte Interamericana constató que los despidos de un determinado número

de trabajadores estatales fueron realizados sin un procedimiento administrativo previo a la sanción de destitución. Sobre la base de la ley 25 (aprobada el 14/12/1990), fueron arbitrariamente destituidos de sus cargos 270 empleados públicos que habían participado en una manifestación por reclamos laborales, a quienes se los acusó de complicidad con una asonada militar.

El art. 1º dispuso: “Con el fin de preservar el orden constitucional, se autoriza al órgano ejecutivo y a los directores de instituciones autónomas y semiautónomas, empresas estatales, municipales y demás dependencias públicas del Estado para que declaren insubsistentes los nombramientos de los servidores públicos que participaron y que participen en la organización, llamado o ejecución de acciones que atenten contra la democracia y el orden constitucional, y que ocupen o no cargos en las juntas directivas de las organizaciones sindicales y de las asociaciones de servidores públicos; sus delegados y representantes sindicales o sectoriales, directores de las asociaciones de servidores públicos con independencia de la existencia o no de fuero sindical; o que estén o no regidos por leyes especiales”.

Posteriormente al despido arbitrario de dichos trabajadores, en el procedimiento de sus quejas y demandas se cometieron en su contra una sucesión de actos violatorios de sus derechos al debido proceso y a la protección judicial. Sobre esta base fáctica, el 16/01/98 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sometió ante la Corte Interamericana una demanda contra la República de Panamá que se originó en una denuncia (Nº 11325) recibida en la Secretaría de la Comisión el 22/02/1994. En su demanda, la Comisión invocó los arts. 50 y 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y los arts. 26 y ss. del Reglamento. La Comisión sometió este caso con el fin de que la Corte Interamericana decidiera si hubo violación, por parte de Panamá, de los arts. 1.1 (“Obligación de respetar los derechos”), 2 (“Deber de adoptar disposiciones de derecho interno”), 8º (“Garantías judiciales”), 9º (“Principio de legalidad y de retroactividad”), 10 (“Derecho a indemnización”), 15 (“Derecho de reunión”), 16 (“Libertad de asociación”), 25 (“Protección judicial”), 33 y 50.2 de la Convención.

La Corte Interamericana también sostuvo en ese caso que el art. 9° de la Convención resulta aplicable a la materia sancionatoria administrativa y no solo a la penal. Es que, si bien los términos utilizados en dicho precepto parecen referirse exclusivamente a esta última, las sanciones administrativas son al igual que las penales una expresión del poder punitivo del Estado y tienen, en ocasiones, naturaleza similar a la de estas. Por lo tanto, en un sistema democrático es preciso extremar las precauciones para que dichas medidas se adopten con estricto respeto a los derechos básicos de las personas y previa una cuidadosa verificación de la efectiva existencia de la conducta ilícita. En el caso puntual, sostuvo que toda norma punitiva, sea penal o administrativa, debe existir y resultar conocida, o pueda serlo, antes de que ocurran la acción o la omisión que la contravienen y que se pretende sancionar y que la calificación de un hecho como ilícito y la fijación de sus efectos jurídicos deben ser preexistentes a la conducta del sujeto al que se considera infractor. Ello constituye el fundamento de los principios de legalidad e irretroactividad. De lo contrario, los particulares no podrían orientar su comportamiento conforme a un orden jurídico vigente y cierto, en el que se expresan el reproche social y las consecuencias de este. Estos son los fundamentos de los principios de legalidad y de irretroactividad desfavorable de una norma punitiva (66) (párr. 106).

La Corte Interamericana indicó también allí que “[s]i bien el art. 8° de la Convención Americana se titula ‘Garantías judiciales’, su aplicación no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto, ‘sino [al] conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales’ a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier tipo de acto del Estado que pueda afectarlos (Trib. Const., *supra* nota 7, párr. 69; y ‘Garantías judiciales en Estados de Emergencia’ [arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos]; opinión consultiva OC9/87 del 6 de octubre de 1987, serie A No. 9, párr. 27). Es decir, cualquier actuación

u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea administrativo sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal” (párr. 124).

En ese mismo pronunciamiento entendió que “[e]n cualquier materia, inclusive en la laboral y la administrativa, la discrecionalidad de la Administración tiene límites infranqueables, siendo uno de ellos el respeto de los derechos humanos. Es importante que la actuación de la Administración se encuentre regulada, y esta no puede invocar el orden público para reducir discrecionalmente las garantías de los administrados. Por ejemplo, no puede la administración dictar actos administrativos sancionatorios sin otorgar a los sancionados la garantía del debido proceso” (párr. 126).

La Corte Interamericana agregó que la Corte Europea se había pronunciado sobre este tema, señalando que “los principios enunciados en el párr. 2 (art. 6-2) y 3 —a saber, los incs. a), b) y d)— [de la Convención Europea de Derechos Humanos], se aplican *mutatis mutandis* a los procesos disciplinarios a los que se refiere el inc. 1° (art. 6-1) de la misma forma en que se aplican a los casos en que una persona es acusada por una infracción de carácter penal” (67) (párr. 128).

Por lo tanto, consideró que “[l]a justicia, realizada a través del debido proceso legal, como verdadero valor jurídicamente protegido, se debe garantizar en todo proceso disciplinario, y los Estados no pueden sustraerse de esta obligación argumentando que no se aplican las debidas garantías del art. 8° de la Convención Americana en el caso de sanciones disciplinarias y no penales. Permitirle a los Estados dicha interpretación equivaldría a dejar a su libre voluntad la aplicación o no del derecho de toda persona a un debido proceso” (68) (párr. 129).

(67) Cfr., *inter alia*, Eur. Court HR, 10/02/1983, “Albert and Le Compte”, series A, nro. 58, par. 39.

(68) Allí citó cfr., *inter alia*, Eur. Court HR, 28/06/1984, “Campbell and Fell”, series A, nro. 80, para. 68; *id.*, 27/02/1980, “Deweert”, series A, n. 35, par. 49; y *id.*, 08/06/1976, “Engel and others”, series A, nro. 22, para. 82.

(66) Cfr., *inter alia*, Eur. Court HR, 26/04/1991, “Ezeilin”, serie A, n. 202, par. 45; e *id.*, 24/05/1988, “Müller and others”, serie A, n. 133, par. 29.

Esa posición de la Corte fue reafirmada en la sentencia dictada en el caso “Ivcher Bronstein vs. Perú” (69).

Baruch Ivcher Bronstein nació en Israel, posteriormente adquirió la ciudadanía peruana por naturalización y era el propietario mayoritario de un canal de televisión desde 1986. Eventualmente, uno de los programas de dicho canal empezó a transmitir reportajes relacionados con el gobierno del entonces presidente Alberto Fujimori.

El 23 de mayo de 1997 el Poder Ejecutivo del Perú expidió el dec. supremo 004-97-IN, que reglamentó la ley 26.574 de Nacionalidad, y estableció la posibilidad de cancelar la nacionalidad a los peruanos naturalizados.

En julio de 1997 se dejó sin efecto legal el título de nacionalidad peruana del señor Ivcher y, debido a ello, se lo suspendió como accionista mayoritario del canal televisivo.

En resumen, el caso se refiere a la responsabilidad internacional del Estado peruano por la pérdida de nacionalidad peruana de Baruch Ivcher Bronstein y la pérdida de sus acciones de un canal de televisión.

En oportunidad de resolver, la Corte Interamericana estimó que “tanto los órganos jurisdiccionales como los de otro carácter que ejerzan funciones de naturaleza materialmente jurisdiccional, tienen el deber de adoptar decisiones justas basadas en el respeto pleno a las garantías del debido proceso establecidas en el art. 8º de la Convención Americana” (párr. 104) y que “pese a que el art. 8.1 de la Convención alude al derecho de toda persona a ser oída por un ‘juez o tribunal competente’ para la ‘determinación de sus derechos’, dicho artículo es igualmente aplicable a las situaciones en que alguna autoridad pública, no judicial, dicte resoluciones que afecten la determinación de tales derechos” (párr. 105).

En ese sentido la Corte Interamericana ya había fallado en el caso “Tribunal Constitucional vs. Perú” (70) al que allí se remitió, en el cual el

15 de mayo de 1997 la Comisión Interamericana había recibido una denuncia firmada por veintisiete diputados del Congreso del Perú relativa a la destitución de tres magistrados del Tribunal Constitucional producto de la aplicación de una sanción por parte del Poder Legislativo en el marco de un juicio político.

Al expedirse, la Corte sostuvo que cuando el Estado ejerce su poder sancionatorio, debe ceder las garantías mínimas del debido proceso a todas las personas que se encuentran sujetas a su jurisdicción bajo las exigencias establecidas en la Convención (párr. 69).

Al respecto, sostuvo que si bien el art. 8º de la Convención Americana se titula “Garantías judiciales”, su aplicación no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto sino ante cualquier tipo de acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos (párr. 70).

Además, recordó que si bien la Corte ha dejado establecido que a pesar de que ese artículo no especifica garantías mínimas en materias que conciernen a la determinación de los derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter, el elenco de garantías mínimas establecido en el numeral 2 del mismo precepto se aplica también a esos órdenes y, por ende, en ese tipo de materias el individuo tiene también el derecho, en general, al debido proceso que se aplica en materia penal. Ello aplica ante cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, que a través de sus resoluciones determine derechos y obligaciones de las personas. Por esa razón la Corte consideró que cualquier órgano del Estado que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional, tiene la obligación de adoptar resoluciones apegadas a las garantías del debido proceso legal en los términos del art. 8º de la Convención Americana (párrs. 70 y 71).

Otro caso en el cual la Corte Interamericana se expidió en relación con las garantías judiciales aplicables en procedimientos administrativos fue “López Mendoza vs. Venezuela” (71).

(69) Sent. 06/02/2001 (reparaciones y costas).

(70) Sent. 31/01/2001 (fondo, reparaciones y costas).

(71) Sent. 01/09/2011, serie C, nro. 233 (fondo, reparaciones y costas).

El caso se refiere a la responsabilidad internacional del Estado por haber inhabilitado al señor López Mendoza para el ejercicio de la función pública a través de la vía administrativa y haber prohibido su participación en las elecciones regionales del año 2008 a través de dos sanciones de inhabilitación que le fueron impuestas por el contralor general de la República en el marco de dos procesos administrativos.

Allí, con citas a los fallos dictados en los casos “Baena” e “Ivcher Bronstein”, la Corte mantuvo su postura en torno a que todos los órganos que ejerzan funciones de naturaleza materialmente jurisdiccional, sean penales o no, tienen el deber de adoptar decisiones justas basadas en el respeto pleno a las garantías del debido proceso establecidas en el art. 8º de la Convención Americana. Asimismo, recordó que las sanciones administrativas y disciplinarias son, como las penales, una expresión del poder punitivo del Estado y que tienen, en ocasiones, naturaleza similar a la de estas (párr. 111).

También sostuvo, con referencias a distintos fallos dictados con anterioridad, que el derecho a la defensa debe poder ejercerse desde que se señala a una persona como posible autor o partícipe de un hecho punible y que solo culmina cuando finaliza el proceso (72) (párr. 117).

Por otro lado, en relación con el derecho a recurrir aclaró que no es *per se* contrario a la Convención Americana que en el derecho interno de los Estados no todo acto sea objeto de impugnación en determinados procesos (párr. 120).

En otro orden de ideas, la Corte se expidió en el caso “López Lone y otros vs. Honduras” (73) sobre la aplicación en materia sancionatoria administrativa del principio de legalidad establecido en el art. 9º de la CADH.

(72) Cfr. 17/11/2009, “Barreto Leiva vs. Venezuela”, fondo, reparaciones y costas, serie C, nro. 206, párr. 29. Ver *mutatis mutandis* 12/11/1997, “Suárez Rosero vs. Ecuador. Fondo”, serie C, nro. 35, párr. 71; 12/08/2008, “Heliodoro Portugal vs. Panamá”, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, serie C, nro. 186, párr. 148, y 30/10/2008, “Bayarri vs. Argentina”, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, serie C, nro. 187, párr. 105, 217.

(73) Sent. del 05/10/2015 (excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas).

Este caso se relaciona con los procesos disciplinarios a los que fueron sometidos varios jueces en el contexto del golpe de Estado ocurrido en Honduras en junio de 2009, quienes formaban parte de la Asociación Jueces por la Democracia que había emitido diversos comunicados públicos calificando los hechos relacionados con la destitución del entonces presidente Zelaya como un golpe de Estado en contradicción con la versión oficial sostenida por la Corte Suprema de Justicia, la cual sustentaba que se trató de una sucesión constitucional. Según la Comisión, los procesos disciplinarios seguidos contra las presuntas víctimas fueron instaurados con el objeto de sancionar los actos o expresiones que realizaron en contra del golpe de Estado y estuvieron plagados “de múltiples irregularidades que afectaron el debido proceso”.

En oportunidad de resolver, la Corte consideró que el principio de legalidad también tiene vigencia en materia disciplinaria no obstante su alcance depende considerablemente de la materia regulada (*mutatis mutandis*, caso “Fontevicchia y D’Amico vs. Argentina” (74), párr. 89). Por otro lado, también sostuvo que la precisión de una norma sancionatoria de naturaleza disciplinaria puede ser diferente a la requerida por el principio de legalidad en materia penal, por la naturaleza de los conflictos que cada una está destinada a resolver (párr. 257).

Cabe recordar que el caso “Fontevicchia y D’Amico” se refiere a la responsabilidad internacional del Estado Argentino por la sanción judicial impuesta a Jorge Fontevicchia y Héctor D’Amico, periodistas que se desempeñaban como editores en una revista, debido a una publicación realizada en 1995 donde se vinculaba al entonces presidente de Argentina, Carlos Menem, con la existencia de un presunto hijo que no había reconocido.

En dicho caso la Corte Interamericana sostuvo que “[l]a definición legal debe ser necesariamente expresa y taxativa (75), el grado de precisión requerido a la legislación interna depende

(74) Sent. del 29/11/2011, serie C, nro. 238 (fondo, reparaciones y costas).

(75) Con referencia a la Colegiación Obligatoria de Periodistas (arts. 13 y 29 de la CADH), opinión consultiva OC-5/85 de 13/11/1985, serie A, nro. 5, párr. 40.

considerablemente de la materia. La precisión de una norma civil puede ser diferente a la requerida por el principio de legalidad en materia penal, por la naturaleza de los conflictos que la primera está destinada a resolver. No puede exigirse que la norma civil, al contrario de lo que usualmente ocurre con las normas penales, prevea con extrema precisión los supuestos de hecho que puedan presentarse; ello impediría que la norma civil resolviera una innumerable cantidad de conflictos que la realidad ofrece en forma permanente y que resulta de imposible previsión para el legislador” (párr. 89).

Ahora, si bien de la base de los criterios delineados en la jurisprudencia desarrollada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos a partir del fallo “Baena vs. Panamá”, que se sostuvieron en el caso “López Mendoza vs. Venezuela” ya citado y en otros tales como “Maldonado Ordóñez vs. Guatemala” (76) y “Flor Freire vs. Ecuador” (77), las garantías previstas en la Convención Americana no son exclusivas de los procesos penales sino que además pueden ser aplicables a procesos de carácter sancionatorio. Sin embargo, cabe resaltar que corresponde determinar en cada caso las garantías mínimas que conciernen a un determinado proceso sancionatorio no penal según su naturaleza y alcance.

A nivel local, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha fallado de distinta manera en relación con la aplicación de principios y garantías de derecho penal en el ámbito del derecho administrativo sancionador antes y después del caso “Baena”.

Por ejemplo, en el caso “Argenflora SCA - Argenflora SH s/ infr. ley 19.359” (A. 270. XXVII, Fallos 320:763, sent. del 06/05/1997), resuelto con anterioridad al fallo recaído *in re* “Baena”, la Corte no convalidó la aplicación del principio de retroactividad de la ley penal más benigna receptada en el art. 2º del Cód. Penal en una causa en que se había impuesto pena de multa por infracción al régimen penal cambiario, pues consideró que su aplicación indiscriminada en

relación con infracciones administrativas las despojaría de toda eficacia (consid. 6º).

Al fallar en el caso “Comisión Nacional de Valores c. Establecimiento Modelo Terrabusi SA s/ transferencia paquete accionario a Nabisco” (C. 4043. XXXVIII. REX, Fallos 330:1855, sent. del 24/04/2007), el Máximo Tribunal sostuvo que no correspondía convalidar la aplicación indiscriminada de los principios que rigen en materia penal respecto de las infracciones administrativas, teniendo en cuenta las particularidades del bien jurídico protegido por la ley específica, lo cual se ve reafirmado por la naturaleza preventiva del derecho administrativo sancionador, por contraposición con la represiva del derecho penal (del dictamen de la Procuración General, al que se remitió la Corte Suprema).

Con posterioridad al fallo dictado en el caso “Baena”, la Corte Suprema receptó lo resuelto por la Corte Interamericana en relación con las garantías aplicables a los procedimientos administrativos.

Por ejemplo, en “Losicer, Jorge A. y otros c. BCRA - res. 169/2005 (expte. 105.666/86 SUM FIN 708)” (78) el máximo tribunal dejó sin efecto diversas sanciones aplicadas por el Banco Central en razón de que la decisión recaída tuvo lugar luego de dieciocho años de iniciado el sumario y por lo tanto consideró que se había violado la garantía del debido proceso al haberse comprobado la violación al derecho de toda persona a ser juzgada dentro de un plazo razonable. De ello se colige que la dilación del procedimiento administrativo resultaba incompatible con el derecho al debido proceso amparado por el art. 18 de la CN y por el art. 8º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (consid. 15).

En el caso “Comisión Nacional de Valores c. Telefónica Holding de Argentina SA s/ organismos externos” (79), en el que se declaró prescripta la acción de la Comisión Nacional de Valores para sancionar por la comisión de ciertas infracciones detectadas en función de los plazos previstos en la materia en el Cód.

(76) Sent. del 03/05/2016 (excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas), párr. 75.

(77) Sent. del 31/08/2016 (excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas), párr. 146.

(78) Sent. del 26/06/2012; L.216.XLV (Fallos 335:1126).

(79) Sent. del 26/06/2012; C. 1614. XLIV. REX (Fallos 335:1089).

Penal de la Nación, la Corte falló en el sentido que los principios y reglas del derecho penal resultan aplicables en el ámbito de las sanciones administrativas, siempre que la solución no esté prevista en el ordenamiento jurídico específico y en tanto aquellos principios y reglas resulten compatibles con el régimen jurídico estructurado por las normas especiales (consid. 5º).

VI.2. Principios y garantías aplicables en materia de faltas

Teniendo en cuenta lo expuesto en el punto anterior, podemos sostener que en esta materia se aplican tres grupos de derechos, principios y garantías:

a) los reconocidos expresamente en la CN, la Constitución de la Ciudad y los instrumentos internacionales aprobados por el Congreso Nacional que tienen jerarquía superior a las leyes o jerarquía constitucional (conf. art. 75, inc. 22, CN), que son comunes a todo el ordenamiento punitivo estatal;

b) los principios y reglas previstos en el ordenamiento específico que resulten compatibles con aquellos (leyes 451 y 1217) y

c) algunos principios y reglas propios del derecho penal, en la medida en que exista un vacío legal en dicho ordenamiento específico.

En razón de todo lo expuesto, se aplican en el régimen de faltas locales los principios, derechos y garantías que a continuación se detallan.

1) En primer término, aquellos expresamente reconocidos en la CN, la Const. CABA y la Convención Americana sobre Derechos Humanos ("Pacto de San José de Costa Rica"). Entre ellos, podemos mencionar:

- principio de igualdad ante la ley, en función del cual el Estado puede perseguir el cumplimiento de las normas con criterio discrecional, pero en ningún caso arbitrario (cfr. art. 16, CN) (80);

- principio de legalidad, según el cual nadie puede ser condenado por actos u omisiones

(80) BALBÍN, Carlos F., "Tratado...", ob. cit., p. 516.

que, según la ley entonces vigente no sean constitutivos de infracción (delitos) ni tampoco por sanciones (penas) distintas a las que la propia ley establece y del que se deriva otro principio por el cual la descripción de la conducta sancionada debe tener una precisión tal que no dé lugar a confusiones o interpretaciones divergentes, lo que se conoce como principio de tipicidad (cfr. arts. 18 y 19, CN, 13, párr. 4º, Const. CABA, 9º, CADH, 25, DADDH, 11.2, DUDH y 15.1, PID-CyP);- principio de irretroactividad de la ley, por el cual nadie puede ser penado por haber cometido una conducta tipificada con posterioridad al hecho cuya comisión se le imputa (art. 18, CN);

- principios de determinación, inviolabilidad de la defensa en juicio, juez designado por la ley antes del hecho de la causa, proporcionalidad, sistema acusatorio, doble instancia, inmediatez, publicidad e imparcialidad (art. 13, párr. 4º, Const. CABA);

- derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable o sin dilaciones indebidas, el cual se fundamenta, principalmente, en que el Estado debe poner fin en el menor tiempo posible a la situación de incertidumbre que un juicio puede aparejar (art. 8.1, CADH);

- deber de motivación, garantía vinculada con la correcta administración de justicia que protege el derecho de los ciudadanos a ser juzgados por las razones que el Derecho suministra en la medida en que se debe mostrar que han sido debidamente tomados en cuenta los alegatos de las partes y que el conjunto de pruebas ha sido analizado, con lo que se otorga credibilidad a las decisiones jurídicas en el marco de una sociedad democrática ya que de lo contrario serían decisiones arbitrarias [art. 8.1, CADH (81)].

2) En segundo lugar, se aplican los principios y garantías establecidos en el Régimen de Faltas de la Ciudad de Buenos Aires (ley 451) y en el Procedimiento de Faltas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (ley 1217), en los que se han

(81) Si bien el deber de motivación no está expresamente previsto en el Pacto de San José de Costa Rica, la Corte Interamericana ha sostenido que es una de las "debidas garantías" incluidas en el art. 8.1 para salvaguardar el derecho a un debido proceso. Ver Corte IDH, "López Mendoza vs. Venezuela" (párr. 141) y "Apitz Barbera y otros vs. Venezuela" (párr. 77), entre otros.

receptado expresamente muchos de los reconocidos en las Constituciones Nacional y local y en el Pacto de San José de Costa Rica. A modo de ejemplo, podemos citar:

- aplicación de la ley más benigna, lo que implica que cuando con posterioridad al dictado de una sentencia condenatoria entre en vigencia una ley más benigna la sanción impuesta se adecua a la establecida por la nueva ley, quedando firme el cumplimiento parcial de la condena que hubiere tenido lugar (art. 3º, ley 451);

- principios de racionalidad y proporcionalidad, en razón de los cuales debe existir una relación de equivalencia entre la conducta exigida por la norma y la finalidad que a través de ella se persigue, así como también entre la sanción que se impone por el hecho cuya comisión la justifica (art. 31, ley 451);

- derecho de recurrir, lo que implica el derecho a que se revisen las resoluciones y las sentencias dictadas durante el proceso. En materia de faltas, ese derecho puede ser ejercido durante el trámite administrativo mediante la posibilidad de que intervenga la Junta de Faltas en relación con las medidas precautorias resueltas por las Unidades Administrativas de Control de Faltas y las resoluciones dictadas por los controladores administrativos de faltas (art. 15, incs. 2.1 y 2.2, ley 1217) y, eventualmente, puede también solicitarse la intervención de la Justicia en lo Penal, Penal Juvenil, Contravencional y de Faltas de la Ciudad (art. 26, ley 1217). Durante el procedimiento judicial, además, existe la posibilidad de recurrir las resoluciones y sentencias dictadas por los magistrados de primera instancia ante la Cámara de Apelaciones a través de los recursos de apelación, de queja e inaplicabilidad de la ley (arts. 57, 59 y 60, ley 1217); las dictadas por la Cámara de Apelaciones pueden ser recurridas ante el Tribunal Superior de Justicia de la ciudad (arts. 27, incs. 4º y 5º, ley 7, Orgánica del Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires y 26 y 32, ley 402 de Procedimientos ante el TSJ CABA). Por último, las sentencias dictadas por este pueden ser llevadas a consideración de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (art. 14, ley 48);

- derecho de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado (art. 30, ley 1217);

- derecho a ser juzgado por un juez o tribunal imparcial (art. 36, ley 1217) y

- derecho a abstenerse de prestar declaración y a no declarar contra sí mismo (art. 54, ley 1217).

3) En tercer lugar, resta referirnos a los principios y reglas propios del derecho penal que se aplican en materia de faltas.

Al respecto, podemos destacar que, de conformidad con la jurisprudencia emanada del máximo tribunal de la ciudad rige en materia de faltas la prohibición de que se imponga al infractor en sede judicial una pena más severa que aquella que le fuera aplicada en la instancia administrativa (prohibición de *reformatio in pejus*).

La aplicación de dicho principio fue resuelta por el Tribunal Superior de Justicia de la ciudad, por mayoría, al fallar en la causa “Gerialeph SA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Responsable de la firma Gerialeph SA s/ inf. art. (s) 2.2.14 sanción genérica L 451’” (82).

Cabe resaltar que dicho criterio ha sido reafirmado por los nuevos integrantes del tribunal (Dres. Marcela De Langhe y Santiago Otamendi) al resolver en la causa “Compañía Sudamericana de Gas SA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Incidente de queja por apelación denegada en autos Compañía Sudamericana de Gas SRL s/ infr. art. 2.2.14, sanción genérica, ley 451’” (83).

En este punto no podemos dejar de mencionar que, si bien existen numerosos fallos en favor de la aplicación de ciertos principios propios del derecho penal en materia de faltas, jurisprudencialmente también se ha descartado la aplicación de otros.

En ese sentido, es importante destacar que de acuerdo con lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación no se aplica la prohibición de doble juzgamiento y doble punición en el campo del derecho administrativo sancionador.

(82) Expte. 6408/09, 21/12/2009, voto de los Dres. Luis Francisco Lozano, Alicia E. C. Ruiz y José O. Casás.

(83) Expte. 16311/19, 16/09/2020.

Si bien la Corte ha fallado que ese principio (comúnmente citado por el aforismo latino *ne bis in idem*) tiene jerarquía constitucional (84), también se ha expedido en el sentido que “la facultad otorgada por ley a la autoridad administrativa para juzgar y reprimir contravenciones no atenta contra la garantía de la defensa en juicio, en tanto se otorgue al justiciable la oportunidad de ocurrir ante el órgano judicial con el fin de que cualquier decisión de dicha autoridad sea materia del consiguiente control ya que, al ser así, al margen de lo actuado en el procedimiento administrativo, aquel tuvo ocasión de ejercitar en plenitud el derecho que dice conculcado en el proceso judicial posterior” (85). Por otro lado, también sostuvo el máximo tribunal que siendo que las responsabilidades de ambas jurisdicciones —penal y administrativa— son de naturaleza diferente, no se configura la violación del art. 18 de la CN (86).

En relación con las faltas vinculadas a la afectación al medio ambiente, la sala III de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Penal Juvenil, Contravencional y de Faltas de la ciudad que integro falló en la causa “Transporte Rivas y Cía. SA s/ infr. art(s). 4.1.1.2, habilitación en infracción - L 451” (87) que le corresponde al infractor acreditar el cumplimiento de la conducta exigida (lo que se conoce como “inversión de la carga probatoria”).

En ese caso se condenó a la firma al pago de una multa por violación a distintas conductas previstas y reprimidas en las leyes 123 (Evaluación del Impacto Ambiental), 2214 (de Residuos Peligrosos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires) y 451 (Régimen de Faltas de la Ciudad de Buenos Aires).

Allí sostuve juntamente con la Dra. Marta Paz que, por el hecho de ser la empresa Transportes Rivas y Cía. SA generadora de residuos peligrosos y llevar a cabo una actividad que entraña

riesgos, se la caracteriza como una actividad de relevante impacto ambiental.

La evaluación de impacto ambiental tiende a que el administrado pueda probar que ese riesgo no existe o que deben tenerse en cuenta otros factores para valorarlo. Al no haberlo hecho, la presunción del alto impacto ambiental derivado del riesgo de la actividad permanece incólume y se aplican al caso los principios del derecho administrativo sancionador entre los cuales rige el de la inversión de la carga de la prueba.

VII. Régimen de faltas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

VII.1. Antecedentes del régimen de faltas porteño

Tal como se adelantó más arriba, a partir de la sanción de la ley 19.987 se reconoció a la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires como persona jurídica pública estatal y se le atribuyeron una serie de competencias; por ejemplo, ejercer el contralor de construcciones, obras y embellecimiento de la ciudad, así como la prestación de servicios que garanticen la seguridad y comunicación de personas y bienes, sin perjuicio de las competencias atribuidas al respecto a otros organismos o instituciones y el ejercicio del poder de policía en las materias de su competencia —arts. 2º, incs. d) y l), respectivamente—.

Aquella norma establecía que el Departamento Ejecutivo estaba a cargo de un funcionario denominado “intendente municipal”, entre cuyas atribuciones y deberes tenía los de: designar a los jueces de faltas y a los fiscales integrantes del Ministerio Público con acuerdo del Concejo Deliberante —arts. 31, inc. c), y 57—; otorgar permisos y habilitaciones para el ejercicio de actividades sujetas al poder de Policía Municipal; ordenar el secuestro preventivo de las mercaderías, artículos u objetos empleados como instrumentos para la comisión de contravenciones y aplicar las sanciones previstas en leyes, ordenanzas y contratos —art. 31, incs. w), y) y z), respectivamente—.

El Poder Legislativo de la Municipalidad era ejercido por el Concejo Deliberante, entre cuyas atribuciones contaba con la de sancionar las

(84) Fallos 248:232 y 258:220, entre muchos otros.

(85) CS, 24/02/1987, “César y Antonio Karam SCICA”, C. 259. XXI, Fallos 310:360, consid. 4.

(86) CS, 21/02/1969, “Pousa, Lorenzo s/ deduce acción de amparo contra el Banco Central de la República Argentina”, Fallos 273:66, consid. 3º.

(87) Causa 6984-00-00-09, 10/11/2009.

ordenanzas relacionadas con ornato, sanidad, higiene, asistencia social y recreación, seguridad, moralidad, cultura, educación, protección, fomento, conservación, vialidad, comercialización, abastecimiento, servicios y obras públicas, regímenes sobre cementerios, planeamiento y desarrollo y reglamentar la edificación y zonificación de la Ciudad —art. 9º, incs. a) y q) —.

La Justicia Municipal de Faltas estaba integrada por jueces de primera instancia, una Cámara de Apelaciones y un Ministerio Público. Los jueces de faltas eran quienes entendían en el juzgamiento de las contravenciones a las disposiciones municipales y a las normas nacionales cuya aplicación corresponde a la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, con excepción de las que eran imputadas a menores de dieciocho años de edad (art. 50).

Los jueces aplicaban el Código de Faltas Municipales (ley 19.691) para el juzgamiento de las faltas o contravenciones a las disposiciones municipales y a las normas nacionales cuya aplicación competía a la Municipalidad de la ciudad de Buenos Aires, con excepción de aquellas que tenía atribuido o para las que se preveía un procedimiento propio y de las que fueran imputadas a menores de dieciocho años de edad (art. 1º). El proceso de faltas se llevaba adelante de acuerdo con lo previsto por el Código de Procedimientos de Faltas de la Ciudad de Buenos Aires (ley 19.690).

Esas normas fueron dictadas por el presidente de facto Alejandro A. Lanusse en 1972, en uso de las atribuciones conferidas por el art. 5º del Estatuto de la Revolución Argentina (88), en función del cual el presidente de la Nación ejercía prácticamente todas las facultades legislativas que la CN otorgaba al Congreso.

El Estatuto fue elaborado por la Junta Revolucionaria conformada por los comandantes en Jefe de las tres Fuerzas Armadas de la Nación que en 1966 derrocaron al gobierno constitucional del Dr. Arturo U. Illia, y entre las primeras medidas que tomaron destituyeron de sus car-

gos al presidente y el vicepresidente de la República, a los gobernadores y vicegobernadores de todas las provincias y disolvieron el Congreso Nacional y las legislaturas provinciales.

Entre las particularidades que tenía ese ordenamiento, cabe destacar, entre otras que el Código de Faltas Municipales establecía expresamente que resultaban aplicables en la materia las disposiciones generales del Cód. Penal siempre que no fueren expresa o tácitamente excluidas por él (art. 4º); que se sancionaban las acciones culposas (art. 8º); que en ciertos casos y cuando mediaren circunstancias que hicieren excesiva la pena mínima aplicable podía imponerse una sanción menor o, en casos especiales, incluso perdonarse la pena de multa (art. 10); que las personas de existencia ideal podían ser responsabilizadas por las faltas cometidas por sus agentes y personas que actuaran en su nombre, bajo su amparo, con su autorización o en su beneficio (art. 12) y que la defensa letrada no resultaba obligatoria en el juicio de faltas (art. 13).

En cuanto a las sanciones, el código preveía la aplicación de las penas de amonestación, arresto —que no podía exceder los 30 días—, comiso, clausura, inhabilitación y multa —que podía ser actualizada semestralmente por el intendente municipal— (art. 15). No podemos dejar de señalar que si el infractor no pagaba la multa podía ser arrestado por el tiempo que prudencialmente fijara el juez, que en ningún caso podía exceder los treinta días (art. 16).

Cabe destacar que, salvo en el caso en que las leyes, ordenanzas u otras normas en relación con las cuales la Justicia Municipal de Faltas resultaba competente establecieran sanciones específicas, se aplicaba el Régimen de Penalidades para el juzgamiento de las faltas municipales previsto en la ord. 39.874 (89).

Lo concerniente al trámite del juzgamiento de las faltas estaba previsto en el Código de Procedimientos en Materia de Faltas Municipales (ley 19.690), al cual se aplicaban las disposiciones

(88) Disponible en la página web de la Biblioteca Nacional de Maestros y Maestras del Ministerio de Educación de la Nación Argentina (<http://www.bnm.me.gov.ar/giga1/documentos/EL004994.pdf>).

(89) Sancionada por el Concejo Deliberante de la ciudad el 02/07/1984, no se aplicaba a faltas relativas al régimen tributario, las infracciones disciplinarias y las de carácter contractual. La norma fue modificada por la ord. 50.292 y eventualmente derogada por la ley 451.

generales del Código de Procedimientos en lo Criminal para la Capital Federal siempre que no fueren expresa o tácitamente excluidas por él (art. 42).

Según este código, toda falta daba lugar a una acción pública que podía ser promovida de oficio o por denuncia ante la autoridad policial, administrativa o directamente ante el juez de faltas (art. 5°).

Por otro lado, el funcionario que comprobaba una infracción debía labrar un acta que tendría para el funcionario interviniente el carácter de declaración testimonial y la alteración maliciosa de los hechos o demás circunstancias que contuviera implicaba la posibilidad de que fuera sancionado con las penas previstas por el Cód. Penal a quienes declararan con falsedad (arts. 6° y 8°).

Eventualmente se llevaba a cabo un juicio oral y público y el juez de faltas debía fallar en el acto o excepcionalmente en el término de cinco días (arts. 17 y 21). Contra las distintas decisiones dictadas por el juez, el infractor podía interponer los recursos de apelación, nulidad o queja para que interviniera la Cámara de Apelaciones de Faltas.

Por último, no podemos dejar de mencionar que en este procedimiento estaba prevista la detención preventiva del presunto infractor, al que el código definía como “imputado” (art. 15).

Ahora bien, mientras que las leyes 19.690 y 19.691 regulaban conjuntamente las cuestiones de forma y fondo en materia de faltas y contravenciones en la ciudad, eventualmente se dictaron leyes que las escindían y pasaron a regularlas de manera completamente distinta.

Así, en 1998 se sancionó la ley 10, que aprobó el primer Código Contravencional de la Ciudad de Buenos Aires, derogado en 2004 por la ley 1472, el cual aprobó el Código Contravencional de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires vigente.

El procedimiento en materia contravencional se rige por las disposiciones previstas en la ley 12 (Ley de Procedimiento Contravencional), que también se sancionó en 1998.

En el año 2000 se sancionó la ley 451, que aprobó el Régimen de Faltas de la Ciudad de Buenos Aires y, además, derogó diversas normas que contemplaban faltas y contravenciones cuya comisión era objeto de juzgamiento por parte de los jueces de faltas municipales.

En 2001 se sancionó la ley 591, que modificó la ley 7 (Ley Orgánica del Poder Judicial), dispuso la creación del fuero en lo contravencional y de faltas de la ciudad, al cual se le asignó la competencia en materia de faltas, así como el cese de la Justicia Municipal de Faltas creada por ley 19.987 y de sus jueces, y creó en el ámbito del Poder Ejecutivo la Unidad Administrativa de Control de Faltas.

En 2003 se sancionó la ley 1217, que entre otras normas derogó las leyes 19.690 y 19.691 y aprobó el actual Procedimiento de Faltas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, al cual nos referiremos más adelante.

VII.2. Régimen de faltas vigente en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (ley 451)

El régimen de faltas de la Ciudad, instituido mediante la ley 451, contempla sanciones para las infracciones cometidas dentro del ámbito territorial de la ciudad respecto de: “a) las normas de la Ciudad de Buenos Aires destinadas a reglamentar, en ejercicio de las facultades ordenatorias atribuidas por la Constitución al Gobierno de la Ciudad, el desenvolvimiento de actividades comerciales, y todas las que están sujetas al poder de policía de la Ciudad y b) las normas dictadas como consecuencia del ejercicio de las facultades ordenatorias delegadas por la legislación nacional en el Gobierno de la Ciudad como autoridad local de aplicación” (art. 1°).

Más allá de que allí se contemplan cuestiones vinculadas con materias tales como la seguridad y la prevención de siniestros, actividades constructivas y publicidad y tránsito, entre otras, también contiene varios capítulos relacionados con conductas que directa o indirectamente pueden afectar el medio ambiente.

- El cap. I de la secc. 1ª, titulado “Bromatológicas”, que castiga el depósito inapropiado de mercaderías.

- El cap. II de la secc. 1ª, titulado “Higiene y sanidad”, que incluye figuras como la omisión de limpieza y desinfección de los tanques de agua destinados al consumo humano, la omisión de efectuar en forma anual el análisis bacteriológico físico y químico del agua, incumplir con la obligación de contar con incinerador patológico y no lo tenga o teniéndolo no esté en condiciones de funcionamiento, la venta, exhibición o tenencia irregular de animales.

- El cap. III de la secc. 1ª, titulado “Ambiente”, que incluye figuras como la emisión de gases, vapores, humo o sustancias contaminantes, la emisión de nuevos contaminantes y/o variaciones en las concentraciones y cantidades de ellos, el vertido de efluentes (líquidos combustibles o residuales o aguas servidas o barros u otro contaminante) sin permiso o en infracción a las normas específicas, la producción de ruidos y vibraciones por encima de los niveles permitidos, la producción de olores que excedan la normal tolerancia y la elaboración, comercialización o distribución de detergentes no biodegradables, la destrucción del arbolado público, entre otras.

- El cap. IV de la secc. 1ª, titulado “Residuos patógenos”, que regula las infracciones a las disposiciones concernientes a la generación, transporte, manipulación, tratamiento y disposición de este tipo de residuos.

- El cap. V de la secc. 1ª, titulado “De las sustancias denominadas genéricamente PCB'S”, que sanciona todas las infracciones a la normativa relacionada con este tema.

- El cap. VIII de la secc. 1ª, titulado “De los sitios contaminados” que, por ejemplo, contempla sanciones para el titular o responsable de una actividad o el propietario de un sitio contaminado que omitiere ejecutar el Plan de Recomposición Ambiental;- El cap. I de la secc. 10, titulado “Evaluación de impacto ambiental”, que entre otras conductas sanciona la omisión de contar con el certificado respectivo y la falsificación o adulteración de este documento.

- El capítulo único de la secc. 12, titulado “Patrimonio cultural de la CABA”, que sanciona distintas conductas que afecten los bienes integrantes del “patrimonio cultural”. Según la ley 1227 (Ley de Patrimonio Cultural), es el “con-

junto de bienes muebles e inmuebles, ubicados en el territorio de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, cualquiera sea su régimen jurídico y titularidad, que en sus aspectos tangibles e intangibles, materiales y simbólicos, y que por su significación intrínseca y/o convencionalmente atribuida, definen la identidad y la memoria colectiva de sus habitantes” (art. 2º). Dichos bienes pueden ser de carácter urbanístico o paisajístico, entre otros (cfr. art. 3º).

Por otro lado, entre las categorías de bienes que conforman el “patrimonio cultural” se encuentran los “espacios públicos: constituidos por plazas, plazoletas, boulevares, costaneras, calles u otro, cuyo valor radica en función del grado de calidad ambiental, homogeneidad tipológica espacial, así como de la presencia en cantidad y calidad de edificios de valor histórico y de las condiciones espaciales y funcionales ofrecidas para el uso social pleno” —art. 4º, inc. e)—.

VII.3. Algunas características del régimen de faltas vigente en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Entre las particularidades que presenta el ordenamiento de faltas que rige en la ciudad (ley 451) podemos destacar las siguientes:

- Pueden ser responsabilizados por la comisión de una falta tanto las personas físicas cuanto las jurídicas, así como también el titular de un vehículo con el cual se hubiere cometido una infracción de tránsito si no fuera posible identificar al autor (arts. 4º a 6º y 8).

- No son punibles, en principio, las personas menores de dieciséis [16] años (art. 7º).

- Aunque una conducta pueda dar lugar a la investigación de un delito o una contravención, ello no exime de responsabilidad a otra persona por el mismo hecho (arts. 9º y 10).

- La investigación por la comisión de una falta procede de oficio o por denuncia de particulares o funcionarios públicos, sin embargo, y a diferencia de lo que sucede en el proceso penal, por ejemplo, en los procesos en que se investiga la comisión de una falta el denunciante no es parte (art. 13).

- El régimen contempla un amplio catálogo de sanciones que se dividen en tres grupos: principales, sustitutivas y accesorias. Las principales engloban: 1) multa; 2) inhabilitación; 3) suspensión en el uso de la firma; 4) clausura y 5) decomiso. Las sustitutivas: 1) amonestación; 2) obligación de realizar trabajos comunitarios; 3) concurrir y aprobar cursos específicos de educación vial y prevención de siniestros de tránsito con contenido de derechos humanos. Las accesorias, por último, son las de concurrir a cursos especiales de educación y capacitación (art. 19).

- Existen dos registros. Un “registro de antecedentes de faltas”, en el que se inscriben los pagos voluntarios de las multas, las condenas y los actos de rebeldía y un “registro de antecedentes de tránsito” en el que además de aquellos datos también constan el puntaje correspondiente al Sistema de Evaluación Permanente de Conductores (90) y datos estadísticos sobre licencias de conducir y accidentología vial. Ambos registros deben ser verificados antes de imponer una sanción o de otorgar una licencia de ese tipo (libro I, tít. V).

En cuanto a los principios y las garantías que se aplican en la investigación y juzgamiento de las faltas, ellos ya han sido desarrollados en otro capítulo por lo que los dejaremos de lado en este.

Al procedimiento relacionado con la materia de faltas nos referiremos más adelante.

VII.4. Distinciones principales entre los regímenes de faltas y contravenciones vigentes en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Sin perjuicio de lo hasta aquí expuesto, habida cuenta de que, a diferencia de lo previsto en las leyes 19.690 y 19.691, las faltas y las contravenciones se encuentran reguladas en la actualidad por separado, es importante exponer algunas particularidades correspondientes a ambos regímenes; entre ellas, podemos destacar las siguientes:

- No habría distinción en la materia regulada en las legislaciones contravencional y de fal-

(90) El sistema consiste en la asignación de un puntaje a cada conductor y el descuento de puntos en función de las infracciones y/o contravenciones cometidas.

tas, sino en la mayor o menor peligrosidad de la conducta. Por esa razón se encuentran, por ejemplo, contravenciones y faltas relacionadas con violación a normas de tránsito tales como el art. 131 de la ley 1472, que castiga a quien participa en competencias de velocidad con vehículos motorizados en la vía pública violando las normas reglamentarias de tránsito y el 6.1.28 del anexo I a ley 451 que sanciona a quien conduce un vehículo sin respetar los límites de velocidad máximos establecidos.

- En muchos casos, las faltas pueden consistir en meros incumplimientos de la normativa dictada por la administración en materia policial, administrativa o municipal, con escasa o nula capacidad de generar un daño a terceros (por ejemplo, el art. 1.3.11 del anexo I a ley 451 contempla la sanción de multa de setenta [70] a tres mil cuatrocientas —3.400— unidades fijas y/o decomiso de los materiales para el/la titular o responsable de una empresa u organización que distribuya volantes que se entreguen en la vía pública que no contengan con carácter destacado la leyenda “prohibido arrojar este volante en la vía pública”).

- El Código Contravencional expresa claramente los principios que rigen y se aplican supletoriamente las disposiciones generales del Cód. Penal de la Nación que no estén expresamente excluidas (ver libro I, tít. I, ley 1472).

- El Régimen de Faltas no contempla un catálogo tan amplio de principios propios del derecho penal como los que prevé el Código Contravencional, por lo que la aplicación de aquellos que no han sido expresamente previstos ha sido establecida o descartada jurisprudencialmente.

- En materia contravencional se aplican supletoriamente las disposiciones del Cód. Proc. Penal que rige en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en todo cuanto no se opongan a las previstas expresamente en el Código de Procedimientos Contravencional (art. 6º, ley 12).

- Sin perjuicio de que los procesos por investigación de faltas y contravenciones pueden ser iniciados de oficio o por denuncia de particulares o funcionarios públicos, en materia contravencional los particulares damnificados tienen derecho a ser oídos por el Fiscal, a aportar prue-

bas a través de este, a solicitar conciliación o autocomposición y a intervenir como querellantes. Mientras que en el procedimiento de faltas, en cambio, no son parte en el juicio sin perjuicio de que tienen derechos a ser informados acerca de su devenir (arts. 15 y 16, ley 12, y 35, ley 1217, respectivamente).

- En el procedimiento judicial de faltas no es obligatorio el patrocinio letrado del presunto infractor ni la intervención de los fiscales en todos los casos (arts. 30 y 42, ley 1217), mientras que en el proceso contravencional resulta indispensable contar con un abogado defensor (art. 3º, ley 12).

- Si bien el ejercicio de la acción penal desplaza al de la acción contravencional (art. 15, ley 1472), la promoción de la investigación de un delito no exime de la responsabilidad que por la falta incumbe a otra persona física o jurídica (art. 9º, anexo I, ley 451).

- La comisión de una contravención no exime de la responsabilidad por falta atribuible a otra persona por el mismo hecho, por lo que la sanción por violación de una disposición se aplica sin perjuicio de la pena contravencional que se imponga (art. 10, anexo I, ley 451).

- Las personas menores de dieciocho [18] años no son punibles en el régimen contravencional salvo que se impute la comisión de contravenciones de tránsito, en cuyo caso la edad de punibilidad es la requerida para obtener la licencia para conducir (art. 11, ley 1472).

- En materia de faltas no son punibles por sus acciones las personas menores de dieciséis [16] años, pero si la falta fuere cometida por una persona menor de veintiún [21] años responde quien o quienes ejerzan sobre él/ella la patria potestad o el/los encargados de su guarda o custodia (arts. 7 y 5, anexo I, ley 451).

- En materia contravencional la sanción se eleva en un tercio en aquellos casos en los que el autor, partícipe o instigador sea funcionario público y desarrolle su conducta en ejercicio o en ocasión del ejercicio de su cargo (art. 18, ley 1472).

- Entre los supuestos de extinción de la acción cabe señalar que en el régimen de faltas están

contemplados la prescripción, que opera una vez transcurrido el plazo de 5 años contado a partir de la fecha de cometida la falta, y el pago voluntario de la multa, que puede implicar una bonificación de entre un 25% y un 50% del monto previsto como sanción (arts. 15, 17 y 18, anexo I, ley 451).

- El Código Contravencional también contempla la prescripción como causal de extinción de la acción, pero en este régimen opera a los 18 meses de cometida la conducta o de su cesación si fuera permanente y a los 2 años en supuestos de contravenciones de tránsito o de aquellas relacionadas con los juegos de apuestas tipificadas en el tít. V (art. 42, ley 1472).

- Las infracciones a las normas contravencionales se castigan mediante la imposición de sanciones principales, accesorias —que solo pueden imponerse juntamente con algunas de las establecidas como principales— y substitutivas (cfr. arts. 21 y ss., ley 1472).

a) Sanciones principales: trabajo de utilidad pública, multa y arresto.

b) Sanciones accesorias: clausura, inhabilitación, comiso, prohibición de concurrencia, reparación del daño, interdicción de cercanía e instrucciones especiales.

c) Sanciones substitutivas: cuando el contraventor injustificadamente no cumpla o quebrante las sanciones impuestas, el juez puede sustituirlas por trabajos de utilidad pública o excepcionalmente arresto.

- Las faltas se castigan con sanciones principales, substitutivas y accesorias —que pueden imponerse juntamente tanto con una sanción principal como substitutiva— (cfr. arts. 19 y ss., anexo I, ley 451).

a) Sanciones principales: multa; inhabilitación; suspensión en el uso de la firma; clausura y decomiso.

b) Sanciones substitutivas: amonestación; obligación de realizar trabajos comunitarios y concurrir y aprobar cursos específicos de educación vial y prevención de siniestros de tránsito con contenido de derechos humanos.

c) Sanciones accesorias: concurrir a cursos especiales de educación y capacitación y concurrir y aprobar cursos especiales de educación vial y prevención de siniestros de tránsito con contenido de derechos humanos y socorrista.

- Si bien en el régimen de faltas no se aplica pena restrictiva de libertad (art. 19, ley 451 *a contrario sensu*), en el contravencional está previsto el arresto como sanción por un máximo de 90 días aunque no rige la detención preventiva (cfr. arts. 21 y 25, ley 1472, y 13, Const. CABA).

- El infractor de una conducta tipificada como falta enfrenta sanciones pecuniarias mucho más gravosas que las previstas en caso de violación de una contravención.

Con relación a este último punto cabe resaltar que en ambas materias las multas se determinan en unidades fijas, cada una de las cuales equivale desde 2014 al valor de medio litro de nafta de mayor octanaje informado por el Automóvil Club Argentino sede Central que se establece por períodos semestrales y se convierte en moneda de curso legal al momento en que se efectúe el pago de la multa. Al respecto cabe mencionar que mientras que el máximo de la multa prevista por el Código Contravencional asciende a 23.500 unidades fijas (art. 25, ley 1472), existen multas en el régimen de faltas muy superiores a ellas.

Así, para el supuesto de “destrucción de bienes y yacimientos o restos arqueológicos integrantes del patrimonio cultural” la sanción de multa llega hasta las 600.000 unidades fijas (art. 12.1.4, anexo I, ley 451).

Si tenemos en consideración que a partir del 17/08/2021 el valor de la unidad fija se estableció en cincuenta y tres pesos (\$ 53) (91), la pena máxima aplicable hasta mediados de febrero de 2022 por violación a una norma contravencional asciende al total de \$ 1.245.500, mientras que en el ejemplo dado en el supuesto de faltas equivale a \$ 31.800.000.

(91) Cfr. res. 98/2021 del subsecretario de Justicia de la ciudad, del 10/08/2021.

VIII. Principales actores en los procesos por faltas ambientales cometidas en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

VIII.1. Jueces

Ya sea que se trate de un proceso iniciado en sede administrativa que llegue a una instancia judicial o de un proceso que tramite directamente ante los tribunales de la ciudad por violación a normas que tipifican faltas vinculadas con la materia ambiental, los jueces son quienes en el primer supuesto pueden revocar o confirmar la sanción impuesta por un órgano administrativo y condenar o absolver a una persona por la eventual comisión de alguna de esas conductas en el segundo.

Ahora, más allá de la gran cantidad de normas vinculadas a la protección del medio ambiente que existen en el país uno de los mayores desafíos radica en hacer cumplir sus regulaciones.

En la Ciudad Autónoma de Buenos Aires rigen distintas leyes nacionales y locales vinculadas con la protección del medio ambiente, que asignan competencia a diferentes juzgados que se encuentran en su territorio.

Así, por ejemplo, convergen en la ciudad juzgados del fuero en lo Criminal y Correccional Federal y en lo Penal, Penal Juvenil, Contravencional y de Faltas que son competentes para entender en distintos supuestos vinculados con hechos que pudieran afectar el medio ambiente.

Centrándonos en el ámbito de aquellas conductas prohibidas por la normativa de faltas que se aplican en la ciudad, pero sin olvidar aquellas previstas en normas penales y contravencionales que también rigen en su territorio, resulta evidente la importancia que tiene el hecho de que especialmente los jueces cuenten con una formación en derecho ambiental, ecología y medio ambiente.

Ello, principalmente, para que se garantice el acceso a la justicia de los ciudadanos y así facilitarles el reclamo del cumplimiento de las normas para asegurar la protección efectiva del medio ambiente a través de la vía jurisdiccional.

Repárese en que, de acuerdo con lo previsto en el art. 32 de la ley 25.675 (de Política Ambiental Nacional o Ley General del Ambiente), los jueces deben actuar con la mayor celeridad posible, contar con amplias facultades para tomar medidas tendientes a asegurar la protección del medio ambiente y actuar sobre la base de distintos principios rectores en materia ambiental. Específicamente los principios contenidos en el art. 3º del Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe (más conocido como Acuerdo de Escazú, aprobado por nuestro país por ley 27.566, con vigencia desde el 22/04/2021) y en el art. 4º de la Ley General del Ambiente.

Pero además existen otros principios propios del derecho ambiental que también deben ser aplicados, entre los cuales podemos destacar los siguientes: principio de no regresión; principio pro persona; principio de prevención; principio precautorio; principio de equidad intergeneracional; principio de progresividad; principio de responsabilidad; principio de subsidiariedad; principio de sustentabilidad; principio de solidaridad y principio de cooperación.

En relación con su utilización, no debe perderse de vista las previsiones expresamente contenidas en el Cód. Civ. y Com., que establece en los arts. 1º y 2º que los casos deben resolverse según las leyes aplicables, conforme con la CN y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte y que su interpretación debe ser realizada teniendo en cuenta también las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento; en el art. 10, que la ley no ampara el abuso del derecho en relación con los derechos de incidencia colectiva, como el derecho al ambiente sano, y en los arts. 240 y 241, que limitan el ejercicio de los derechos individuales a fin de no afectar el funcionamiento ni la sustentabilidad de los ecosistemas de la flora, la fauna, la biodiversidad, el agua, los valores culturales o el paisaje, entre otros, según los criterios previstos en las normas especiales y aquellas sobre presupuestos mínimos que resulten aplicables.

Esas y otras particularidades propias del derecho ambiental que deben ser tenidas en cuenta

al momento de juzgar conductas que podrían tener un efecto sobre el medio ambiente exponen la necesidad de contar con personas especialmente preparadas para lidiar con esas cuestiones.

Con relación a ello cabe destacar que en diciembre de 2020 la legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires aprobó la ley 6380, que estableció la capacitación y formación integral en materia ambiental y desarrollo sostenible para los funcionarios del Poder Ejecutivo, Legislativo y Judicial de la ciudad en consonancia con lo dispuesto a través de la ley nacional 27.592 (Ley Yolanda).

Ese hito, sumado a la experiencia adquirida por quienes hoy se desempeñan en los distintos fueros que conforman el Poder Judicial de la ciudad, garantizará el acceso a una justicia altamente preparada que pueda intervenir de manera rápida y efectiva en cuestiones administrativas, preventivas y sancionatorias relativas al medio ambiente desde varios flancos, sin necesidad de tener que crear para ello tribunales especializados para conocer en áreas tan amplias como diversas que se vinculan con el derecho ambiental.

Dejando de lado lo anterior, la experiencia demuestra que resulta necesario avanzar en la consolidación de un texto normativo que unifique la totalidad de las conductas violatorias de leyes penales, contravencionales y administrativas en materia ambiental para que la intervención de la justicia resulte más ágil y con ello se pueda asegurar de manera más rápida y fructífera el derecho de gozar de un “ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano”, expresamente reconocido por la CN.

VIII.2. Fiscales

La necesidad de que los actores del proceso cuenten con el conocimiento para asegurar el cumplimiento de las normas ambientales no solo implica que los magistrados deban estar especializados en la materia, sino que también se debe contar con fiscales específicamente capacitados para intervenir en casos en que se ventilan esos temas.

Según disponen los arts. 124 y 125 de la Constitución de la ciudad, el Ministerio Público inte-

grado por la Fiscalía, la Defensoría y la Asesoría General Tutelar, tiene como funciones esenciales las de promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad de los intereses generales de la sociedad, velar por la normal prestación del servicio de justicia y procurar ante los tribunales la satisfacción del interés social.

La Ley orgánica del Ministerio Público de la ciudad (ley 1903) contempla lo relativo a su organización, estructura, funcionamiento y claramente delimita las funciones de cada uno de ellos.

En lo que a la materia penal, contravencional y de faltas refiere, los representantes del Ministerio Público Fiscal ocupan un rol central en el proceso como titulares de la acción en representación de la sociedad y de las víctimas. Así, promueven la acción de los tribunales; requieren el dictado de resoluciones; aportan elementos de juicio a través de fundamentaciones y pruebas e interponen recursos.

Sin perjuicio de ello, los fiscales deben actuar objetivamente para llevar adelante toda investigación por violación a las normas previstas en los ordenamientos sancionatorios pero también controlar la legalidad del proceso. Al respecto, no solo deben acusar y ofrecer pruebas para que el juez dicte una sentencia por la comisión de un delito, contravención o falta, sino que también pueden abogar por la inocencia de la persona imputada de haber llevado a cabo dichas conductas, entre otras cuestiones.

Más allá de la objetividad que deben tener los fiscales en el ejercicio de sus funciones, su accionar también se rige por los principios de unidad de actuación y organización jerárquica. Ello significa que en ciertas cuestiones su autonomía se encuentra limitada en función de la potestad que detenta el fiscal general (titular del Ministerio Público Fiscal) para establecer reglas o pautas de aplicación general usualmente utilizadas para unificar criterios de actuación en determinados casos, como manifestación de esa estructura jerárquica. Esos lineamientos que el fiscal general define a través de criterios generales de actuación son obligatorios para el desempeño jurisdiccional del Ministerio Público Fiscal.

Ahora bien, a diferencia de lo que sucede en procesos seguidos por la comisión de delitos y contravenciones, en materia de faltas no está prevista la intervención obligatoria del fiscal en todos los casos. Sin embargo, existen cuestiones en las cuales su participación no está librada a su criterio. En ese sentido cabe resaltar que por res. FG 61/2021 del 21/07/2021, el fiscal general del Ministerio Público Fiscal de la ciudad estableció como criterio general de actuación la intervención obligatoria de los fiscales en procesos seguidos por la supuesta comisión de diversas faltas que directa o indirectamente podrían afectar al medio ambiente.

Por otro lado, podemos destacar la creación de fiscalías especializadas en materia ambiental.

La Unidad Fiscal Especializada en Materia Ambiental (Ufema) del Ministerio Público Fiscal de la ciudad fue creada mediante la res. 6/2016 del fiscal general (92) con el objeto de investigar todos los delitos que se cometen contra los diversos elementos que componen el ambiente e interviene de manera exclusiva en todos los procesos en que se investiguen delitos, contravenciones o faltas en los que se vea comprometida la Seguridad Pública y el Medio Ambiente. La Unidad interviene de oficio, por denuncia o por actos de prevención policial con competencia directa y exclusiva.

Entre otras cuestiones, la Ufema también articula acciones de prevención, fiscalización y control con la Agencia de Protección Ambiental (APRA) y con la Autoridad de la Cuenca Matanza-Riachuelo [Acumar (93)], con las cuales lleva a cabo procedimientos conjuntos cada uno dentro de sus competencias específicas.

Contar con un equipo fiscal especializado en la investigación y tramitación de casos vinculados con el medio ambiente es sumamente

(92) La res. 6/2016 fue parcialmente modificada por la res. 86/2020 del fiscal general.

(93) Organismo creado en 2006 por ley 26.168. Entre sus facultades están las de regulación, control y fomento de las actividades industriales, la prestación de servicios públicos y cualquier otra actividad con incidencia ambiental en la Cuenca, pudiendo intervenir administrativamente en materia de prevención, saneamiento, recomposición y utilización racional de los recursos naturales.

importante en razón de las complejidades que estos entrañan. Téngase presente que se trata de cuestiones que afectan bienes colectivos (como pueden ser la seguridad pública y el derecho a un ambiente sano, por ejemplo); requieren una inmediata intervención estatal; existen dificultades para el levantamiento, análisis y conservación de las evidencias y sus consecuencias tienen trascendencia pública.

A fin de llevar a cabo su tarea, la fiscalía cuenta con el apoyo del Cuerpo de Investigaciones Judiciales [CIJ (94)]. Este organismo fue creado con el objeto de intervenir en la investigación de delitos, contravenciones y faltas; individualizar a los autores y partícipes del hecho investigado; reunir y conservar las pruebas útiles para el caso por instrucciones que imparte el fiscal del caso y auxiliarlo durante la etapa de la investigación preparatoria.

Es dable destacar que, en función de que no se ha transferido a la justicia de la ciudad la competencia para investigar y juzgar la totalidad de los delitos, en el supuesto de conductas cometidas en violación a aquellos que directa o indirectamente pudieren afectar el medio ambiente en el ámbito de la ciudad que tramiten ante los tribunales nacionales podría intervenir la Unidad Fiscal para la Investigación de Delitos contra el Medio Ambiente (Ufima) del Ministerio Público Fiscal de la Nación (95).

VIII.3. Agencia de Protección Ambiental

La Legislatura de la ciudad sancionó en 2007 la ley 2628 (96) por la cual se creó la Agencia de Protección Ambiental, un ente autárquico en el ámbito del Ministerio de Ambiente y Espacio Público de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

La Agencia tiene como objeto proteger la calidad ambiental a través de la planificación, programación y ejecución de las acciones ne-

cesarias para cumplir con la Política Ambiental de la Ciudad de Buenos Aires. Para ello, tiene entre otras funciones: proponer políticas y diseñar planes y programas tendientes a mejorar y preservar la calidad ambiental de la Ciudad de Buenos Aires; velar por el cumplimiento de la normativa en materia ambiental; evaluar los estudios de impacto ambiental y otorgar los certificados de aptitud ambiental y dictar normas de regulación y conservación, ejerciendo el control, fiscalización y regulación en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Por dec. 138/2008 (97) se dispuso que la Agencia de Protección Ambiental de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en su carácter de organismo con mayor competencia ambiental, actúe como autoridad de aplicación de las leyes vigentes relacionadas con la materia de su competencia y las que en el futuro se sancionen en el ámbito de la ciudad.

Así, la Agencia es autoridad de aplicación respecto de lo previsto en las leyes 123 (Evaluación del Impacto Ambiental); 154 (Residuos Patogénicos); 1356 (Preservación recurso aire y prevención y control de la contaminación atmosférica); Control de la Contaminación Acústica en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires); 2214 (Residuos Peligrosos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires); 2203 (Gestión de Ropa Hospitalaria en los Tres Subsectores del Sistema de Salud); 3166 (Regulación, control y gestión de aceites vegetales y grasas de frituras usados) y 3295 (Gestión Ambiental del Agua), 3871 (Adaptación y Mitigación al Cambio Climático) (98) y 4024 (Régimen de incentivo para promover el uso de sistemas de captación de energía solar), entre otras.

A modo de ejemplo, entre las facultades que la Agencia tiene en su carácter de autoridad de aplicación de las leyes citadas podemos destacar las siguientes: a) de acuerdo con la ley 154 (de Residuos Patogénicos), está dotada del poder de policía para hacer cumplir a todos los generadores, transportistas y operadores de residuos patogénicos las disposiciones previstas en la ley y sancionar sus incumplimientos;

(94) Creado en 2008 por ley CABA 2896.

(95) La Ufima fue creada por res. 123/2006 del Procurador General de la Nación e interviene en investigaciones referidas a hechos que infrinjan la ley 24.051 de Residuos Peligrosos y la ley 22.421 de Protección y Conservación de la Fauna Silvestre, entre otros casos.

(96) Sanc. 13/12/2007, promul. por dec. 49/2008.

(97) Sanc. 22/02/2008.

(98) Cfr. dec. regl. 39/2014.

b) en relación con la ley 1356 elabora y fiscaliza las normas relacionadas con la contaminación de la atmósfera, fija límites de emisión por contaminante y por fuentes de contaminación y realiza inspecciones; c) con respecto a la ley 2214, ejerce el control y fiscalización de la generación, manipulación, almacenamiento, transporte, tratamiento y disposición final de los residuos peligrosos generados en la ciudad.

Por otro lado, también ha regulado diversas actividades tales como por ejemplo la inscripción obligatoria en el Registro Público de Lavaderos, Lavanderías y Transportistas de Ropa Hospitalaria de las personas físicas y jurídicas que desarrollen las actividades enunciadas en la ley 2203 de Gestión de Ropa Hospitalaria en los Tres Subsectores del Sistema de Salud (99).

La Agencia cuenta dentro de su estructura con la Dirección General de Control Ambiental, que tiene como misión la elaboración de planes operativos de control y monitoreo de la calidad ambiental de la ciudad.

Entre sus funciones primarias, esa Dirección realiza actividades de prevención, fiscalización y control de la calidad ambiental de la ciudad con la finalidad de generar el menor impacto ambiental posible en suelo, agua y aire, a través del control de las industrias y comercios ubicados en el territorio de la ciudad, para lo cual cuenta con un equipo de inspectores. También ejerce el poder de policía mediante la aplicación de las normas respectivas en materia de calidad ambiental y contaminación, para lo cual interactúa con la Dirección General de Administración de Infracciones, con la Unidad Fiscal Especializada en Materia Ambiental (Ufema) y con el Cuerpo de Investigaciones Judiciales (CIJ).

IX. Procedimiento para la sanción de faltas cometidas en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

En la ciudad existen diversos organismos que pueden llevar a cabo tareas de inspección y vigilancia para verificar el acatamiento a las normas ambientales, así como también realizar investigaciones e imponer sanciones por la comisión de las infracciones previstas en el Régimen de

Faltas y en otras normas que contemplan conductas cuyos efectos pueden tener lugar en el territorio de la ciudad.

Dependiendo de la cuestión de que se trate y del órgano que haya actuado, con posterioridad a la resolución dictada en el marco de un trámite administrativo pueden intervenir a pedido del interesado los tribunales del fuero en lo contencioso administrativo y tributario de la ciudad o del fuero en lo penal, penal juvenil, contravencional y de faltas de la ciudad.

Por ejemplo, los tribunales en lo contencioso administrativo y tributario pueden intervenir en caso de resoluciones adoptadas por la Agencia de Protección Ambiental de la ciudad. La Agencia es el organismo con mayor competencia ambiental local y entre sus funciones está la de velar por el cumplimiento de las normas en materia de regulación y control del ambiente de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (100); así, actúa como autoridad de aplicación respecto de las previsiones contenidas en distintas leyes entre las cuales podemos destacar las siguientes: 123 (evaluación del impacto ambiental), 154 (residuos patogénicos), 3871 (ley de adaptación y mitigación al cambio climático) y 4024 (sistemas de captación de energía solar).

En esos casos rige el trámite previsto en el DNU 1510/1997 GCABA (Ley de Procedimientos Administrativos de la Ciudad de Buenos Aires) y en la ley 189 (Cód. Cont. Adm. y Trib. CABA).

Ahora bien, a diferencia de lo que sucede con las contravenciones y los delitos cometidos en la ciudad cuya investigación y juzgamiento tramita directamente ante los tribunales del fuero en lo penal, penal juvenil, contravencional y de faltas de la ciudad o para el caso que se impugnen resoluciones dictadas por la Agencia de Protección Ambiental en cuyo caso interviene el fuero en lo contencioso administrativo, tributario y de relaciones de consumo, en materia de faltas existe un procedimiento que se desdobra en una instancia administrativa, de carácter obligatorio, y otra judicial, de carácter voluntario, que se encuentra previsto en la ley 1217 y será tratado a continuación.

(99) Res. 71/2017 APRA.

(100) Cfr. art. 3.3, ley 2628.

IX.1. Procedimiento administrativo de faltas

Ante la verificación de la posible comisión de una falta contemplada en la ley 451 se inicia un proceso ante alguna de las Unidades que dependen de la Dirección General de Administración de Infracciones de la Subsecretaría de Justicia del Ministerio de Justicia y Seguridad de la ciudad. Estas son la Unidad Administrativa de Control de Faltas y la Unidad Administrativa de Atención de Faltas Especiales.

Las Unidades dependen de la Dirección General de Administración de Infracciones y están integradas por controladores administrativos de faltas, ante quienes se celebra una audiencia de descargo del presunto infractor. Estos reciben la prueba o documentación que aquel aporte y dictan una resolución por la cual pueden imponer una sanción, disponer el levantamiento de medidas precautorias o archivar las actuaciones, entre otras.

Como ya sabemos, en 2001 se sancionó la ley 591 por la cual cesó la Justicia Municipal de Faltas de la ciudad que había sido creada por ley 19.987 y se creó en su reemplazo la Unidad Administrativa de Control de Faltas como instancia administrativa única, obligatoria y previa a la intervención de la justicia por faltas que tuvieran prevista pena de multa como sanción.

En 2006 se sancionó la ley 2128, que modificó la ley 591 y creó la Unidad Administrativa de Atención de Faltas Especiales, que actúa en todos aquellos casos vinculados con las faltas previstas en el Régimen de Faltas, con excepción de aquellas contempladas en materia de tránsito que tramitan por ante la Unidad Administrativa de Control de Faltas. Originalmente esta Unidad dependía de la Agencia Gubernamental de Control (101), pero en 2012 se sancionó la ley 4340 por la cual se dispuso que pasara a estar bajo la órbita de la Dirección General de Administración de Infracciones.

En 2015 se sancionó la ley 5345, que creó la Junta de Faltas y el Cuerpo de Agentes Fiscales.

(101) Creada por ley 2624 como entidad autárquica en el ámbito del Ministerio de Justicia y Seguridad de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

La Junta forma parte del cuerpo de Controladores Administrativos de Control de Faltas, está integrada por salas de tres miembros cada una que actúa, entre otras razones, a pedido de la parte interesada para revisar y resolver las resoluciones dictadas por los controladores administrativos; a pedido del Cuerpo de Agentes Fiscales o en los casos expresamente previstos en la ley.

El Cuerpo de Agentes Fiscales interviene cuando la multa impuesta sea igual o superior a las treinta mil (30.000) unidades fijas (102) y en los casos en que se haya dispuesto el archivo, la condena en suspenso y/o la sustitución de la pena de multa.

Una vez que se expide el controlador administrativo de Faltas o la Junta de Faltas el infractor puede acatar la decisión administrativa o, debido a que contra las resoluciones que estos dictan no existen recursos en sede administrativa, solicitar el pase de las actuaciones a conocimiento y resolución de los magistrados del fuero en lo penal, penal juvenil, contravencional y de faltas.

Si la resolución dictada en la instancia administrativa queda firme, el controlador administrativo de Faltas o la Junta de Faltas emite un "certificado de deuda" que habilita el reclamo judicial por la vía ejecutiva, en los términos de la ley 189 (Cód. Cont. Adm. y Trib. de la Ciudad de Buenos Aires), que tramita ante la justicia Contencioso Administrativo y Tributario de la ciudad.

En cambio, si el infractor solicita el pase de las actuaciones a la justicia se desarrolla la segunda etapa del proceso.

Me parece importante destacar que en ninguna de las instancias es necesario contar con patrocinio o asistencia legal; es decir que no se necesita contar con los servicios de un abogado. Sin embargo, hay que tener en cuenta que en el caso de que el acta de infracción haya sido labrada cumpliendo con las exigencias previstas en la ley, se considera prueba suficiente de la comisión de la falta y su valor probatorio debe ser desvirtuado por el presunto infractor (cfr. arts. 3º y 5º, ley 1217).

(102) Equivalente a \$ 1.590.000 (ver nota 92).

IX.2. Procedimiento judicial de faltas

Una vez que la causa se encuentra radicada ante el juez del fuero en lo Penal, Penal Juvenil, Contravencional y de Faltas se da inicio a la fase judicial del procedimiento previsto en materia de faltas y se envía una notificación al interesado para que se presente, plantee su defensa, oponga excepciones y ofrezca prueba.

A la par, el juez también corre vista de las actuaciones al Ministerio Público Fiscal para que si considera que va a intervenir, oponga excepciones y ofrezca prueba en los mismos términos que el presunto infractor. Si el presunto infractor fuera incapaz el juez debe dar, además, inmediata intervención a la Asesoría Tutelar.

Si bien al igual que sucede en la instancia administrativa no resulta obligatorio el patrocinio letrado del infractor, está previsto que en esta instancia su defensa pueda ser ejercida por un defensor oficial proporcionado por el estado (103).

Cabe recordar que el particular damnificado por alguna falta no es parte en el juicio ni tiene derecho a ejercer acciones civiles derivadas del hecho, sin perjuicio de que tiene derecho a ser informado sobre el trámite del proceso.

El procedimiento seguido en sede judicial básicamente puede terminar de dos maneras:

a) por desistimiento de la solicitud de juzgamiento efectuada ante la falta de presentación del presunto infractor cuando se le notifica la radicación de la causa o por incomparecencia injustificada a la audiencia de juicio, en cuyo caso queda firme la resolución dictada en instancia administrativa; o

b) por sentencia de condena o absolución.

Las resoluciones y la sentencia dictadas por el juez de primera instancia pueden ser apeladas por el presunto infractor ante la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Penal Juvenil, Contravencional y de Faltas, mientras que el fiscal, lógicamente, solo podrá interponer el recurso de apelación si intervino en el proceso. También

están previstos en el procedimiento de faltas los recursos de: i) queja por apelación denegada o para el caso de retardo de justicia y ii) de inaplicabilidad de ley, para que las salas de la Cámara de Apelaciones unifiquen su jurisprudencia.

Por último, contra las sentencias dictadas por la Cámara puede interponerse recurso de inconstitucionalidad ante el Tribunal Superior de Justicia de la ciudad o de queja por recurso de inconstitucionalidad denegado (104).

X. Bibliografía complementaria

AA.VV., “Principio de no regresión: su aplicación en Argentina. Informe Ambiental Anual 2013”, Fundación Ambiente y Recursos Naturales.

AA.VV., “Nuestra propia agenda”, BID - PNUD, 1991.

AA.VV., “Nuestro futuro común”, Ed. Alianza, 1988.

ABOSO, Gustavo E., “Derecho penal ambiental”, Ed. B de F, Montevideo - Buenos Aires, 2015.

AGENCIA DE PROTECCIÓN AMBIENTAL, “Informe anual ambiental 2018”, disponible en https://www.buenosaires.gob.ar/sites/gcaba/files/iaa_2018.pdf.

BEC, Eugenia - FRANCO, Horacio J., “Presupuestos mínimos de protección ambiental. Tratamiento completo de su problemática jurídica”, Ed. Cathedra Jurídica, Buenos Aires, 2010.

BELLORIO CLABOT, Dino, “Tratado de derecho ambiental”, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1997.

BIBILONI, Héctor J., “El proceso ambiental”, Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires, 2005.

BORRÀS PENTINAT, Susana, “Refugiados ambientales: El nuevo desafío del derecho internacional del medio ambiente”, *Revista de Derecho XIX*, nro. 2, dic. 2006.

(104) Arts. 27, ley 7 (Ley orgánica del Poder Judicial de la Ciudad), y 26 y 32, ley 402 (Ley de Procedimientos ante el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad).

(103) Cfr. art. 45, ley 1903.

- BRAÑES VALLESTERO, Raúl, "Derecho Ambiental Mexicano", Ed. Universo XXI, México, 1994.
- BRAÑES VALLESTERO, Raúl, "Derecho ambiental mexicano", Ed. Fundación Universo XXI, 2ª ed., 1987.
- BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, "Derecho ambiental", Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998.
- COURTIS, Chistian, "Ni un paso atrás, la prohibición de regresividad en materia de derechos sociales", Ed. CELS, Buenos Aires, 2006.
- DE FARAMIÑÁN GILBERT, Juan Manuel, "Tribunal Europeo de los Derechos Humanos y la protección del medio ambiente", comentario a la sentencia del TEDH del 09/12/1994 en el asunto "López Ostra c. España", LA LEY 1995-E, 1135.
- ESAIN, José A., "Competencias ambientales", Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008.
- FALBO, Aníbal J., "Derecho ambiental", Ed. Platense, 2009.
- FRANZA, Jorge A. - GOLDSTEIN, Beatriz, "Educación ambiental para el desarrollo sustentable", Ed. Jurídicas, Buenos Aires, 1996.
- FRANZA, Jorge A. - GOLDSTEIN, Beatriz, "La dimensión ambiental del derecho de propiedad", en LONDOÑO TORO, Beatriz, *Propiedad, conflicto y medio ambiente*, Centro Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2004.
- FRANZA, Jorge A. - GOLDSTEIN, Beatriz, "Delito ambiental (aspectos penales contravenacionales y de faltas)", Ed. Jurídicas, Buenos Aires, 2007.
- FRANZA, Jorge A. - GOLDSTEIN, Beatriz, "Faltas ambientales en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires", en HUTCHINSON, Tomás - ROSATTI, Horacio D., *Derecho ambiental III (Revista de Derecho Público)*, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2010-1.
- FRANZA, Jorge A. - GOLDSTEIN, Beatriz, "Jerarquía normativa de las leyes de Presupuestos Mínimos de Protección Ambiental respecto del Código de Minería de la Nación", Ed. Jurídicas, Buenos Aires, 2014.
- GRASSETI, Eduardo, "Estudios ambientales", Ed. Heliasta, 1998.
- JUSTE RUIZ, José, "Derecho internacional del medio ambiente", Mc. Graw-Hill, 1999.
- KROM, Beatriz S., "Ambiente y recursos naturales", Ed. Estudio, Buenos Aires, 2008.
- KROM, Beatriz S., "La nueva minería sustentable", Ed. Estudio, Buenos Aires, 2009.
- LEME MACHADO, Paulo A., "Direito à Informação e Meio Ambiente", Ed. Malheiros, San Pablo, 2006.
- ORDUÑA DIEZ, Pilar, "El medio ambiente en la política del desarrollo", Ed. Esic, Madrid, 1995.
- PAZ, Augusto, "El seguro ambiental", Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006.
- PICOLOTTI, Romina, "Responsabilidad empresarial, derechos humanos y ambiente: jurisprudencia internacional de derechos humanos en caso de degradación ambiental empresarial", Foro Social Mundial, disponible en <http://www.cedha.org.ar/docs/doc72.html>.
- PIERINI, Alicia, "Derecho ambiental", Ed. Universidad, 2007.
- PIGRETTI, Eduardo, "Derecho de los recursos naturales", Ed. La Ley, cap. 1.
- POSTIGLIONE, Amedeo, "Il diritto all'ambiente", Jovene Editore, Nápoles, 1982.
- PRIEUR, Michel, "Droit de l'Environnement", 4e. éd., Dalloz, 2009.
- RABINOVICH, Eduardo J., "Las condiciones del crecimiento económico argentino doce años después", Ed. Nuevos Tiempos, 1996.
- REY CARO, Ernesto, "Temas de derecho internacional ambiental", Ed. Córdoba, 1998.
- RODRÍGUEZ, Carlos A., "Ley General del Ambiente de la República Argentina", Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007.

RODRÍGUEZ, Carlos A., "El derecho humano al ambiente sano", Ed. Rubinzal-Culzoni, 2012.

ROSATTI, Horacio, "Derecho ambiental constitucional I", Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2004, 1ª ed.

ROSATTI, Horacio, "Derecho ambiental III", *Revista de Derecho Público*, Rubinzal Culzoni, 2010-1.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, "La expansión del derecho penal aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales", 2ª ed. rev. y amp., Ed. Civitas, 2001.

TOLBA, Mustafá K., "Desarrollo sin destrucción (evolución de las percepciones ambientales)", Ed. del Serbal, Dublín, 1982.

VALLS, Mario, "Presupuestos mínimos ambientales (ley general 25.675)", Ed. Astrea, Buenos Aires, 2006.

WOLINIK, Jaime, "Manual de auditoría integral y ambiental", Ed. Osmar Butayatti, 1998.

ZÁRATE, Enrique A., "Manual de derecho ambiental", Ed. Jurídica Nova Tesis, 1998.

ECONOMÍA Y MEDIO AMBIENTE

Consideraciones para la implementación de la debida diligencia ambiental en empresas del sector agrícola en el marco del ordenamiento jurídico argentino (*)

Pedro Dacunda (**)

Sumario: I. Introducción.— II. De la responsabilidad social a la conducta empresarial responsable, la debida diligencia empresarial y el marco de empresas y derechos humanos.— III. Situación en América Latina y el Caribe y su desarrollo en la Argentina.— IV. Debida diligencia ambiental.— V. Etapas del proceso de la debida diligencia ambiental.— VI. Reflexiones finales.

I. Introducción

En los últimos años, las cantidades de alimentos necesarios para satisfacer la demanda de los consumidores han aumentado (1). Ello se debe, entre

(*) Una versión preliminar de este artículo ha sido presentada y discutida en las II Jornadas "Derechos y Naturaleza: Debates en torno al problema ecológico", Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral, organizado por el Proyecto de Investigación "Meulen II. Profundización de aportes jurídicos sobre el problema ecológico en clave latinoamericana" y la Secretaría de Investigación y Transferencia de la FCJS.

(**) Abogado (Universidad Nacional del Litoral); medio oficial interino del Poder Judicial de la Nación; becario de iniciación a la investigación de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral en el marco del Proyecto de Investigación CAI+D "Dimensión jurídica de la conducta empresarial responsable y su vinculación con los Derechos Humanos". Este artículo es parte de los resultados del proyecto de investigación "Debida diligencia en derechos humanos y empresas agrícolas. Estudios acerca de su implementación en la provincia de Santa Fe".

(1) UNIDROIT - FAO - FIDA, "Guía jurídica sobre Agricultura por contrato", 2017, Roma.

otros factores, al crecimiento poblacional que trae como consecuencia el incremento internacional de los precios de los productos agrícolas (2), y la expansión del "proceso de sojización" (3). A su vez, en la región del litoral "la explotación agrícola ha sido un factor de vital importancia en muchos aspectos, entre ellos, en lo referido al desarrollo social y económico de la región" (4).

A título ilustrativo, podemos observar que en la provincia de Santa Fe las "exportaciones por

(2) OCDE - FAO, "Guía OCDE-FAO para las cadenas de suministro responsable en el sector agrícola", París, 2017, p. 15.

(3) BERROS, María Valeria - PEITEADO, Rodrigo, "De la experiencia de los agroquímicos a los incipientes desafíos de los nano-agroquímicos: riesgos manufacturados y derecho a un ambiente sano en Argentina", *Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, 2015, nro. 33, p. 233.

(4) BALAUDE, Cintia - BARRILIS, Natalia - FERNÁNDEZ, Cristian, "Miradas acerca de los límites a las fumigaciones sobre escuelas rurales en Entre Ríos. El diálogo ambiental entre poderes", *RDAMB*, 59, p. 1.

parte de la provincia representan, solamente en estos primeros 6 meses del año (por el 2021), el 82 y el 62% de lo exportado durante todo 2020 y 2019 (...). En términos interanuales, se observa un aumento de 62% en los valores exportados por la provincia (en relación con 2021) siendo que "el 43% de estas exportaciones forman parte del rubro Manufacturas de Origen Agrícola (MOA)" (5); mientras que "la soja es la principal oleaginosa cultivada en Argentina. Sobresale, ampliamente, con una participación cercana al 93% (...). Si se considera el promedio de los últimos 5 años de la producción de granos argentinos, la soja ocupa el primer lugar (más de 53 millones de toneladas anuales)" (6). Paralelamente "se acrecentaron también las observaciones y denuncias sobre deforestación, degradación de los suelos, expansión del monocultivo, desarticulación de la agricultura familiar, desalojos de pequeños y medianos agricultores de sus tierras y crecimiento de la periferia de grandes ciudades" (7).

Para dar respuesta a las preocupaciones en torno a la afectación al ambiente que pueden derivarse de la actividad agrícola, en los últimos años ha ganado importancia —tanto a nivel global como regional— la agenda de empresas y derechos humanos, y con ella un conjunto de herramientas y dispositivos que asisten a la implementación de procesos de debida diligencia en derechos humanos, como mecanismo destinado a la gestión de riesgos empresariales.

El presente artículo aborda la problemática de la gestión del riesgo ambiental por parte de las empresas agrícolas, a partir de la incorporación de procesos de debida diligencia en derechos humanos y sobre la base del marco conceptual ofrecido por el campo de las em-

presas y los derechos humanos. Para ello, se analiza la pertinencia de la implementación del proceso de la debida diligencia desde una perspectiva ambiental, en tanto procedimiento destinado a identificar los impactos negativos reales o potenciales sobre el ambiente e implementar estrategias de gestión ambiental para detenerlos, prevenirlos, mitigarlos o repararlos (8). Partimos de reseñar el marco teórico desarrollado en torno a la agenda de Empresas y Derechos Humanos, con especial referencia a los procesos de debida diligencia (II) con una breve referencia a la situación en América Latina y el Caribe, para detenernos en el caso de la Argentina (III). Seguidamente, se argumenta la importancia de que las empresas adopten procesos de debida diligencia con perspectiva ambiental, respetuosos del derecho humano a un ambiente sano, y las implicancias que ello conlleva (IV). Más tarde, se analizan las etapas de la debida diligencia en clave ambiental, donde se detalla la forma en que los diversos institutos y principios del derecho ambiental se entrelazan con los pasos de la debida diligencia, al tiempo que se apoyan y retroalimentan mutuamente (V). De esta forma, se explica qué implica la debida diligencia para una conducta empresarial responsable (CER) en general, para luego analizar la debida diligencia ambiental en particular, con especial referencia a nuestra región. Con ello se pretende efectuar una re-observación, desde la perspectiva ambiental, de los procesos, incorporando los instrumentos y pautas ofrecidas por la OCDE, en especial las LDEM y la guía sectorial OCDE - FAO (9). Finalmente, se dan unas breves reflexiones finales (VI).

(8) OCDE, "Líneas directrices de la OCDE para empresas multinacionales", 2013, p. 25.

(9) En sus esfuerzos por avanzar en la implementación de procesos de debida diligencia, la OCDE ha elaborado diferentes instrumentos sectoriales como la Guía de Debida Diligencia para la cadena de suministro del sector agrícola, para Cadenas de Suministro Responsables de Minerales en las Áreas de Conflicto o de Alto Riesgo (2016), de Vestimenta y Calzado (2017), para Inversores Multinacionales (2017) y para la participación significativa de las partes interesadas en el sector extractivo (2018), por lo que el campo de estudio es ampliamente mayor al que aquí se analiza.

(5) BOLSA DE COMERCIO DE SANTA FE, "Informes especiales: Fuerte impulso de las exportaciones en la Provincia de Santa Fe en el primer semestre de 2021", agosto 2021, p. 1.

(6) MINISTERIO DE HACIENDA DE LA NACIÓN, "Informes de cadenas de valor. Oleaginosas: Soja - septiembre 2019", 2019, p. 2.

(7) BERROS, María Valeria, "Observaciones sobre el principio precautorio en Argentina", *Revista Catalana de Dret Ambiental*, 2013, vol. IV, nro. 2, ps. 7-8.

II. De la responsabilidad social a la conducta empresarial responsable, la debida diligencia empresarial y el marco de empresas y derechos humanos

Durante los años 1960 y 1970, “el papel de las empresas, especialmente de las denominadas empresas multinacionales (EMN), fue objeto de un gran número de debates y regulaciones” (10). En ese marco, se desarrollaron iniciativas de carácter global como la Declaración Tripartita de la Organización Internacional del Trabajo sobre las Empresas Multinacionales y la Política Social (Declaración de la OIT), las Líneas Directrices para Empresas Multinacionales (LDEM) de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) y los “Principios rectores sobre empresas y derechos humanos” de la Organización de Naciones Unidas (PRNU). Estos tres dispositivos regulan la actividad de las empresas con un enfoque específico en derechos humanos y es posible afirmar que “delinean una suerte de columna vertebral en la materia, debido a que se encuentran alineados y referenciados explícitamente entre sí, pero con diferentes estrategias y objetivos específicos. Los documentos de estas tres iniciativas abordan la actuación de las empresas con relación a la protección del ambiente, a sus relaciones con los consumidores, los trabajadores, con los desarrollos científicos y tecnológicos, con la sustentabilidad de las prácticas comerciales y, en general, con el crecimiento sostenible de la sociedad” (11). El camino iniciado por estas iniciativas impulsó la consolidación del campo de estudios conocido como empresas y derechos humanos (EDH) (12).

En este esquema, los PRNU ocupan un lugar clave ya que buscan ordenar las relaciones de

la actividad empresarial y su impacto sobre los derechos humanos. Los PRNU “se basan en tres pilares: el deber del Estado de proteger contra violaciones de derechos humanos, incluyendo aquellos cometidos por empresas; la responsabilidad empresarial de respetar los derechos humanos reconocidos a nivel internacional, a través de la adopción de medidas como debida diligencia en materia de derechos humanos y evaluaciones de impacto a través de sus operaciones; y finalmente, en la necesidad de que exista un mayor acceso a recursos jurídicos y no jurídicos que permitan remediar adecuadamente y de forma integral los daños sufridos por las víctimas de tales violaciones” (13).

La debida diligencia surge como el elemento central del pilar dos de los PRNU, como el mecanismo que permite a las empresas atender a su responsabilidad de respetar los derechos humanos y es definida como “un proceso continuo de gestión que una empresa prudente y razonable debe llevar a cabo, a la luz de sus circunstancias, para hacer frente a su responsabilidad de respetar los derechos humanos. En este ámbito de debida diligencia las empresas deben tomar medidas, como obligación de hacer y no como mera abstención de generar impacto en derechos humanos, para identificar, prevenir, mitigar y dar respuesta al impacto generado” (14). Según lo indica la OCDE, la debida diligencia es un mecanismo para abordar los impactos negativos reales o potenciales (riesgos) relacionados con la actividad económica de una empresa. Entre los que se destacan las vulneraciones y afectaciones a los derechos humanos, incluidos los derechos de las y los trabajadores y las relaciones laborales, el cohecho y corrupción, la divulgación de información, los intereses de los consumidores y, en lo que aquí especialmente interesa, el ambiente (15).

De esta forma, atendiendo al deber de respetar los derechos humanos (PRNU 11) y “con el

(10) PINTO, Mónica, "El derecho internacional consuetudinario, las empresas y los derechos humanos", LA LEY 2020-B, 5.

(11) WEGHER OSCI, Florencia S., "La experiencia del punto nacional de contacto argentino en materia de reparaciones: desafíos y oportunidades para su fortalecimiento", *Revista Electrónica del Consejo de Derechos Humanos de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Dossier Especial sobre Derechos Humanos y Empresas*, 2020, p. 71.

(12) WETTSTEIN, Florian, "International business and human rights: A research agenda", *Journal of World Business*, 2018, vol. 54, nro. 1.

(13) CANTÚ RIVERA, Humberto, "La responsabilidad de las empresas en materia de derechos humanos", CNDH, México, 2018, p. 120.

(14) CUFRÉ, Denisse - RASKOVSKY, Rodrigo - LASCANO, Sofia - BOTERO, Santiago, "Autorregulación empresarial. Herramientas conceptuales", RDPyC, 2018, AR/DOC/1460/2018, p. 2.

(15) OCDE, "Guía de la OCDE de debida diligencia para una conducta empresarial responsable", 2018.

fin de identificar, prevenir, mitigar y responder por las consecuencias negativas de sus actividades sobre los derechos humanos, las empresas deben proceder con la debida diligencia en materia de derechos humanos. El proceso consta de cuatro etapas: a) la evaluación del impacto real y potencial de las actividades sobre los derechos humanos; b) la integración de las conclusiones y la actuación al respecto; c) el seguimiento de las respuestas; y d) la comunicación de la forma en que se hace frente a las consecuencias negativas" (16). Asimismo, sucede que "algunas actividades empresariales, productos o servicios son intrínsecamente riesgosos porque podrían causar, contribuir o estar directamente vinculados a impactos negativos en los ámbitos de la CER" (17).

Los PRNU se dirigen no solo a las empresas multinacionales sino a todas las empresas independientemente de su tamaño, sector, contexto operacional, propietario y estructura. Sin embargo, la magnitud y la complejidad de los medios dispuestos por las empresas para asumir esa responsabilidad puede variar en función de esos factores y de la gravedad de las consecuencias negativas de las actividades de la empresa sobre los derechos humanos (PRNU 14). A este efecto, los procedimientos instaurados por las empresas deben ser apropiados en función de su tamaño y circunstancias e integrar el compromiso de la alta gerencia con mecanismos que permitan la reparación de las consecuencias negativas sobre los derechos humanos que hayan provocado o contribuido a provocar (PRNU 15). De esta forma, "la debida diligencia en derechos humanos (...) variará en complejidad según el tamaño de la empresa, el riesgo de sus impactos severos a los derechos humanos, la naturaleza y el contexto de sus operaciones" (18).

En esta línea se centra el análisis propuesto en torno a la implementación de la debida di-

ligencia en derechos humanos por parte de las empresas que operan a lo largo de las cadenas de suministro agrícola, debido a que estas "pueden hacer una aportación significativa al desarrollo sostenible por medio de la creación de empleos y el reconocimiento de la experiencia, tecnología y capacidades de financiamiento que puedan permitir la sostenibilidad de la producción agrícola y mejorar las cadenas de suministro" (19). Sin embargo, también pueden acarrear riesgos de impactos adversos significativos que surgen a lo largo de las cadenas de suministro, dado que "el consumo y la producción mundiales (fuerzas impulsoras de la economía mundial) dependen del uso del medio ambiente natural y de los recursos de una manera que continúa teniendo efectos destructivos sobre el planeta (...). El consumo y la producción sostenibles consisten en hacer más y mejor con menos (...) se trata de desvincular el crecimiento económico de la degradación medioambiental, aumentar la eficiencia de recursos y promover estilos de vida sostenibles" (20).

Las LDEM cumplen un rol instrumental en este contexto, como un manual de recomendaciones para la implementación de la CER, no solo por las características propias del instrumento sino por el hecho de contar con un mecanismo propio, el de los puntos nacionales de contacto (PNC), destinado a promover y revisar el cumplimiento de las directrices. En este sentido, "la función de los PNC consiste esencialmente en favorecer la eficacia de las LDEM. Para ello, operan desdoblado su actividad en torno a dos funciones: por un lado, trabajando sobre la promoción y difusión de los instrumentos de la OCDE referidos a la conducta empresarial responsable; y por otro, su actuación como agentes de negociación en tanto foro de mediación para los casos en que se denuncie el incumplimiento de las líneas directrices" (21). De esta forma,

(16) UNGA, "Abordar el impacto de los derechos humanos de las operaciones agroindustriales en las comunidades indígenas y locales: deberes del estado y responsabilidades de las empresas", 04/05/2016, UN Doc A/71/291, p. 15.

(17) OCDE, "Guía...", ob. cit., p. 17.

(18) RUGGIE, John G., "Just Business. Multinational Corporations and Human Rights", *Norton, Amnesty International Global Ethics Series*, 2013, p. 105.

(19) OCDE - FAO, ob. cit., p. 15.

(20) ONU, "Objetivo 12: Garantizar modalidades de consumo y producción sostenibles", 2015, disponible en <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/sustainable-consumption-production/>.

(21) PÉREZ, Agustina - CUFRE, Denisse - WEGHER OSCI, Florencia S., "Estrategias para el fortalecimiento de la agenda de género, empresas y derechos humanos", LA LEY 2021-C, 3.

la implementación y difusión de las LDEM “es respaldada por la creación de un punto nacional de contacto (PNC) como foro para impulsar la aplicación de las directrices, al mismo tiempo que se ofrece como plataforma para la solución amistosa de las controversias entre empresas multinacionales y la sociedad en relación con el cumplimiento de las LDEM” (22). El estudio de los instrumentos internacionales en la materia debe completarse con el análisis específico de la dimensión ambiental en el ámbito de actuación de las empresas agrícolas, de manera tal de conciliar el deber de respetar los derechos humanos y la capacidad para contribuir al desarrollo sostenible.

La debida diligencia aparece ligada al cumplimiento de los ODS. En efecto, son múltiples las conexiones entre estos objetivos y la implementación de la debida diligencia en el sector agrícola (23), en la medida en que “facilita el progreso, a la vez que sirve para alcanzar los objetivos del desarrollo sostenible de forma sistemática” (24). Al depender tanto el consumo como la producción del uso de los recursos naturales, las empresas pueden colaborar en la realización del ODS 12 al “establecer y mantener (...) un sistema de gestión ambiental (...) acorde con el nivel de riesgos e impactos ambientales” con el fin de “prevenir, minimizar y remediar la contaminación y los impactos negativos en el aire, la tierra, el suelo, el agua, los bosques y la biodiversidad” y de “garantizar sistemas de producción de alimentos sostenibles e implementar prácticas agrícolas resilientes que ayuden a mantener los ecosistemas, fortalezcan la capacidad de adaptación al cambio climático y otros desas-

(22) WEGHER OSCI, Florencia S., "Sugerencias para la adecuación del Punto Nacional de Contacto argentino de la OCDE. Aporte a la Línea Nacional de Base del Plan Nacional de Acción en Empresas y DD.HH.", RDCO 2019, vol. 295, p. 581.

(23) Para el estudio pormenorizado de la forma en que la implementación de procesos de debida diligencia a lo largo de la cadena de suministros agrícola contribuye a alcanzar los diferentes ODS, y la manera en que cada paso se relaciona con un ODS en particular ver: OCDE - FAO, "OECD-FAO Guidance for Responsible Agricultural Supply Chains - Helping achieve the SDGs", Paris, 2021, p. 9.

(24) *Ibidem*, p. 2.

tres y mejoren progresivamente la calidad de la tierra y el suelo” (25).

III. Situación en América Latina y el Caribe y su desarrollo en la Argentina

América Latina y el Caribe han recibido un fuerte impulso en esta materia a partir de la implementación del Proyecto “Conducta Empresarial Responsable en América Latina y el Caribe” integrado por la OCDE, la Oficina de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH) y la OIT; y financiamiento de la Unión Europea (2019-2022) (26). En la región, resulta de igual manera importante la conformación de la Relatoría Especial sobre Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (REDESCA) en el ámbito de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). En su mandato (27) se incluyó la agenda de Empresas y Derechos humanos y en ese ámbito se ha publicado un informe que recoge los estándares interamericanos en la materia (28).

En esta línea, son varios los países latinoamericanos que han dado pasos para fortalecer sus políticas y regulaciones en materia de empresas y derechos humanos, en especial en torno a la elaboración de planes nacionales de acción y a través de las funciones desplegadas por sus PNC. En particular, Argentina es uno de los 12 países no miembros de la OCDE que adhirió a las LDEM y constituyó un PNC. “Conforme lo

(25) *Ibidem*, p. 9.

(26) El proyecto CERALC-UE involucra nueve países de América del Sur y América Central: Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, México, Panamá y Perú.

(27) Para más información sobre las funciones de la REDESCA visitar <https://www.oas.org/es/cidh/desca/mandato/mandato.asp>. Para información relativa al primer y segundo mandato de la relatora especial Soledad García Muñoz ver <https://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2017/090.asp> y <https://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2020/047.asp>.

(28) CIDH, "Informe sobre empresas y derechos humanos: estándares interamericanos", Relatoría Especial sobre Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos; aprobado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Washington, OEA, 2019.

indica el Manual de Procedimientos del PNCA, su creación fue ordenada por resolución ministerial 1567 del 31/07/2006 en el ámbito de la Dirección Nacional de Negociaciones Económicas Internacionales del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto de la Argentina” (29). El “PNC argentino ha intervenido quince veces a través de instancias específicas en respuesta a solicitudes de diferentes actores (30). Todos ellos han sido concluidos, aunque con resultados diversos y en su mayoría sin llegar a un acuerdo entre las partes (...). Al analizar estos procedimientos extrajudiciales, es posible observar una serie de problemas en la forma en que se llevaron a cabo las instancias específicas” (31). Sin embargo, “hay dos oportunidades clave para que la PNCA revise su mandato y proponga estrategias para mejorar y alinear sus actividades tanto para promover la conducta empresarial responsable (CER) y la debida diligencia basada en el riesgo como para garantizar el acceso adecuado a la reparación: primero, fortalecer su trabajo para integrar las recomendaciones recibidas en el contexto de su proceso de revisión por pares —realizado en 2019 (32)—, en el que ya se han realizado algunos avances, aunque todavía insuficientes. La segunda posibilidad surge de la reanudación del proceso de redacción del primer PNC de Argentina, ahora liderado por la Dirección de Derechos Humanos del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto” (33).

A su vez, “el Estado argentino es uno de los que (...) se ha comprometido a velar por la

(29) WEGHER OSCI, Florencia S., “Sugerencias...”, ob. cit., p. 4.

(30) La información sobre las instancias específicas se encuentra disponible en: <https://www.cancilleria.gob.ar/es/iniciativas/pnca/solicitud-de-instancias-especificas>. Cit. por WEGHER OSCI, Florencia S., “A remediation system is only as strong as its weakest link: challenges and opportunities for Argentina’s National Contact Point”, *Nova Centre on Business, Human Rights and the Environment Blog*, 01/04/2022.

(31) WEGHER OSCI, Florencia S., “A remediation...”, ob. cit.

(32) OCDE, “OECD Guidelines for Multinational Enterprises National Contact Point Peer Reviews: Argentina”, 2019, citado por WEGHER OSCI, Florencia S., “A remediation...”, ob. cit.

(33) WEGHER OSCI, Florencia S., “A remediation...”, ob. cit.

protección de los derechos humanos, incluso cuando las afectaciones provienen del sector privado” (34). Paralelamente, en la Argentina se han desarrollado diferentes aspectos relativos a la responsabilidad social empresarial (RSE), existiendo “un notable interés por la RSE desde la crisis social, económica y financiera de 2001-2002” (35). Mientras que en la legislación positiva encontramos “leyes especiales y regulaciones específicas, como en el campo de la protección ambiental (ley 26.331), derecho de los consumidores (leyes 24.240, 24.999 y 26.361); Ley General del Ambiente (ley 25.675), la ley de presupuestos mínimos para la preservación de la región de glaciares y periglaciares (ley 26.639) y la ley de explotación de hidrocarburos (ley 27.007)” (36).

Ahora bien, los PRNU significan “un punto de inflexión total en materia de gestión empresarial. Ya no es suficiente introducir el tema en una política de RSE, porque la dinámica que los principios suponen va mucho más allá de la responsabilidad social empresarial. Los principios rectores poseen una dinámica especial, que se introduce en el centro mismo de la estrategia empresarial de gestión” (37). Y ello no solo porque “mientras la RSE enfatiza en el comportamiento responsable, la EDH se enfoca en un compromiso delimitado en el área de derechos humanos. EDH es, en parte, una respuesta al fracaso percibido por la RSE” sino también debido que “EDH se enfoca no solo en el rol del sector privado sino también en el deber de los Estados en el control de las empresas” (38).

(34) CUFRE, Denisse, “Las empresas y los derechos humanos. Un cambio de paradigma”, *LA LEY, Empresas y derechos humanos en y para Argentina*, 02/03/2022, LA LEY 2022-B, 3.

(35) NAJURIETA, María Susana - WEGHER OSCI, Florencia S., “Argentina”, en KESSEDIAN, Catherine - CANTÚ RIVERA, Humberto, *Private International Law Aspects of Corporate Social Responsibility*, vol. 42, Springer, 2020, p. 60.

(36) *Ibidem*, p. 62.

(37) ALZARI, María José, “Empresas y derechos humanos: enfoque de gestión 'obligatorio o voluntario' para las empresas”, *LA LEY, Empresas y derechos humanos en y para Argentina*, 02/03/2022, LA LEY, 2022-B, 5.

(38) RAMASASTRY, Anita, “Corporate Social Responsibility Versus Business and Human Rights: Bridging the Gap Between Responsibility and Accountability”, *Journal of Human Rights*, 2015, vol. 14, p. 238.

Asimismo, otra ventaja significativa es que la “RSE se enfoca en la toma de decisiones individuales por parte de las empresas”, como si fuera una visión a la carta de los derechos humanos, mientras que lo PRNU y la “debida diligencia en derechos humanos les otorga a las empresas un proceso mediante el cual evaluar su conducta frente a un conjunto universal de derechos” (39). Además, también busca dejar de lado el voluntarismo propio de la RSE (40) de forma que “se trascienda la visión de responsabilidad social empresarial tradicional hacia parámetros vinculantes dirigidos al efectivo respeto de los derechos humanos y el ejercicio de la debida diligencia en materia de derechos humanos” (41). Sumado al hecho que la debida diligencia implica una evaluación continua y extendida en el tiempo, lo cual es positivo si tenemos en cuenta que “los riesgos para los derechos humanos pueden cambiar con el tiempo, en función de la evolución de las operaciones y el contexto operacional de las empresas” (42).

De esta forma, si bien podemos encontrar ciertas normas referidas a la RSE, lo cierto es que no existen regulaciones específicas en materia de debida diligencia empresarial en el ámbito nacional ni en el provincial, por lo que se observa la importancia de estudiar la factibilidad de promover la adopción de los estándares de debida diligencia para una CER elaborados por la OCDE y la Food and Agriculture Organization (FAO), en la medida en que se constituyen como herramientas destinadas a gestionar la prevención y la mitigación de los impactos negativos que pueden ser causados en el marco de la actividad de la industria agrícola, adoptando un enfoque de derechos humanos.

IV. Debida diligencia ambiental

Sin perjuicio del marco conceptual antes reseñado, la implementación de procesos de debida

diligencia “no han dado lugar a más obligaciones para que las empresas prevengan el riesgo de violación de derechos humanos en sus cadenas de suministro debido a su aplicación con carácter vinculante. Por otro lado, varios países han aprobado leyes vinculantes de diligencia debida que obligan a las empresas a evaluar y mitigar los riesgos para los derechos humanos en su cadena de suministro. Pero muchas veces, estas solamente se limitan a unos riesgos específicos, como el trabajo infantil o la financiación de conflicto, sin mecanismos de remediación para los afectados, y hasta ahora hay muy pocas legislaciones de diligencia debida en todo el mundo que se centren en derechos humanos y también en el ambiente” (43). Asimismo, sucede que “en el debate ha dominado tradicionalmente el foco sobre los derechos humanos. En contraste, la dimensión ambiental de la debida diligencia ha sido dejada de lado o tratada meramente como un anexo al foco de los derechos humanos” (44).

Advirtiendo la importancia de la cuestión ambiental, resulta necesario analizar los impactos específicos que la actividad agrícola puede tener sobre el derecho humano a un ambiente sano. Para ello, resulta relevante tener presente que la “CIDH y su REDESCA entienden a los Principios Rectores como una base conceptual dinámica y evolutiva, que impregna los aspectos del discurso y acción en el ámbito de las empresas y los derechos humanos en coexistencia con otros estándares jurídicos de carácter vinculante. De allí que se los utilice como punto de partida (...) en lugar de considerarlos como pautas cerradas que impidan abrir espacios de desarrollo y convergencia hacia un progreso acumulativo que tenga en cuenta el impacto real en la vida de las personas y comunidades en estos contextos, en particular teniendo en cuenta la normativa, experiencia y jurisprudencia intera-

(39) *Ibidem*, ps. 239-247.

(40) Sobre el debate tradicional acerca de la voluntariedad de la RSE se recomienda consultar: BOTERO, Santiago, “Empresa, Sociedad y Derecho. Teoría general sobre la función social de la empresa”, Ed. Porrúa, México, 2015, ps. 31-45, cit. por CUFRE, Denisse, ob. cit., p. 3.

(41) CIDH, “Informe...”, ob. cit., p. 24.

(42) UNGA, ob. cit., p. 5.

(43) SYDOW, Johanna - ANGEL, Andrés - AQUINO, Pavel - VARGAS, Fabiola - ESPINOSA, Juan, “Responsabilidad ambiental a través de la cadena de suministro - Miradas desde América Latina”, 2021, p. 1.

(44) KREBS, David, “Environmental Due Diligence in EU Law Considerations for Designing EU (Secondary) Legislation”, German Environment Agency, 2021, Berlin, p. 14.

americanas” (45), de forma tal que los derechos contenidos en los PRNU constituyen un piso mínimo, ya que “es posible que las empresas deban tener en cuenta otras normas” (46).

La Asamblea General de la OEA ha destacado “la importancia de estudiar el vínculo que puede existir entre el medio ambiente y los derechos humanos, reconociendo la necesidad de promover la protección del medio ambiente y el pleno goce de todos los derechos humanos” (47), mientras que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha afirmado “la existencia de una relación innegable entre la protección del medio ambiente y la realización de otros derechos humanos, en tanto la degradación ambiental y los efectos adversos del cambio climático afectan el goce efectivo de los derechos humanos” (48) y que “como consecuencia de la estrecha conexión entre la protección del medio ambiente, el desarrollo sostenible y los derechos humanos, actualmente i) múltiples sistemas de protección de derechos humanos reconocen el derecho al medio ambiente sano como un derecho en sí mismo, particularmente el sistema interamericano de derechos humanos, a la vez que no hay duda que ii) otros múltiples derechos humanos son vulnerables a la degradación del medio ambiente, todo lo cual conlleva una serie de obligaciones ambientales de los Estados a efectos del cumplimiento de sus obligaciones de respeto y garantía de estos derechos” (49).

De esta manera, las empresas, en el marco de sus actividades y relaciones comerciales, “deben tener en cuenta y respetar el derecho humano a un medio ambiente sano y el uso sostenible y conservación de los ecosistemas y diversidad biológica, poniendo especial atención a su estrecha relación con los pueblos indígenas, comuni-

dades afrodescendientes y poblaciones rurales o campesinas. Eso incluye el aseguramiento y respeto, como mínimo, de todas las leyes ambientales vigentes y estándares o principios internacionales sobre la materia, poner en marcha procesos de debida diligencia respecto del impacto ambiental en los derechos humanos y el clima, garantizar el acceso a la información ambiental, los procesos participativos y la rendición de cuentas, así como la reparación efectiva a las víctimas por la degradación ambiental. No solo se debe prestar atención a la dimensión individual del derecho a un medio ambiente sano, también se requiere dotar de efectividad a su componente colectivo, en tanto interés de alcance universal e intergeneracional” (50), lo que tiene especial incidencia tanto en la determinación de los posibles daños que la actividad empresarial puede generar, como así también en la concreta determinación de las partes que se pueden ver afectadas por las actividades empresariales.

Finalmente, y atendiendo al hecho que “la primera obligación de las empresas es respetar las leyes nacionales” (51), corresponde recordar que en el ordenamiento jurídico argentino se encuentra consagrada en el art. 41 de la CN “el derecho a gozar de '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', imponiendo asimismo el deber de preservarlo Al reconocerlo como 'derecho' la Constitución lo diferencia de una 'expectativa', otorgándole la máxima intensidad” (52). Este derecho trae aparejado, entonces, la obligación del Estado y de los particulares —en donde incluimos a las empresas— de preservar el ambiente.

V. Etapas del proceso de la debida diligencia ambiental

Al adentrarnos en el análisis específico de la debida diligencia ambiental, resulta pertinente

(45) CIDH, “Informe...”, ob. cit., p. 17.

(46) ONU, “Principios rectores sobre las empresas y los derechos humanos. Puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para 'proteger, remediar y respetar'”, 2011, Nueva York y Ginebra, HR/PUB/11/04, p. 16.

(47) OEA/Ser.P AG/RES. 1819 (XXXI-O/01), “Derechos humanos y medio ambiente”, aprobada en la tercera sesión plenaria, celebrada el 05/06/2001.

(48) Corte IDH, “Medio ambiente y derechos humanos”, opinión consultiva OC-23, p. 21.

(49) *Ibidem*, p. 25.

(50) CIDH, “Informe...”, ob. cit., p. 35.

(51) OCDE, “Líneas...”, ob. cit., p. 19.

(52) ROSATTI, Horacio, “La tutela del medio ambiente en la Constitución Nacional argentina”, en ALONSO RE-GUEIRA, Enrique M., *El control de la actividad estatal II*, 2017, p. 814.

señalar que, a efectos prácticos y en línea con lo sugerido por el Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas sobre las empresas y los derechos humanos, realizaremos las consideraciones del proceso a partir de las etapas y consideraciones ofrecidas por la Guía de la OCDE de Debida Diligencia para una CER (53). Optamos por adoptar esta metodología ya que la guía se organiza en torno a los instrumentos internacionales adoptados en la materia, proporcionando “claridad para las empresas, el gobierno y otras partes interesadas, y un punto de referencia común para los esfuerzos por promover la práctica”, al tiempo que “fue desarrollada para brindar un soporte práctico a las empresas (...) en lenguaje sencillo (...) proporcionando una descripción paso por paso del proceso de debida diligencia” (54). Asimismo, el propio Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas lo ha tomado como una “importante referencia” (55), siendo a su vez “reconocida (...) como el instrumento que refleja las expectativas de los PRNU” (56). Por lo que corresponde analizar paso a paso las implicancias de la debida diligencia ambiental.

V.1. Incorporar la conducta empresarial responsable a las políticas y sistemas de gestión

La debida diligencia, que es desarrollada en los PRNUs 17 a 21, “describe una gama de procesos y procedimiento que las empresas deben adoptar para identificar, evitar y monitorear sus

(53) OCDE, “Guía...”, ob. cit.

(54) SHAVIN, Catie, "Unlocking the Potential of the New OECD Due Diligence Guidance on Responsible Business Conduct", *Business and Human Rights Journal*, 2019, 4, ps. 140-142.

(55) UNGA, "La debida diligencia de las empresas en materia de derechos humanos - prácticas emergentes, desafíos y perspectivas futuras", 16/06/2018, UN Doc A/73/163, p. 3.

(56) Grupo de Trabajo sobre Empresas y Derechos Humanos. Nota complementaria I al informe de 2018 del Grupo de Trabajo a la Asamblea General (A/73/163), citado por: ZARAMA, Germán - WEGHER OSCI, Florencia S., "Responsabilidad de las empresas para implementar procesos de debida diligencia frente a sus impactos sociales y ambientales", LA LEY, *Empresas y derechos humanos en y para Argentina*, 02/03/2022, LA LEY, 2022-B, 9.

impactos a los derechos humanos” (57). Esto implica la adopción de un conjunto de acciones, políticas, metodologías y guías de conducta mediante las cuales las empresas desarrollen sus actividades en un territorio, lo que en materia ambiental puede ser concretamente abordado por medio de la evaluación de impacto ambiental (EIA). La EIA puede definirse como un “dispositivo de gestión de riesgos ambientales” que consisten en “un 'procedimiento administrativo' en el cual se pueden individualizar una serie de elementos de carácter técnico, que pueden catalogarse como su 'costado científico' y que interesan a los efectos de tornar cognoscibles los impactos, ya sea negativos o positivos, que devienen de emprendimientos de diversa índole. Este procedimiento concluye con la denegación, autorización o solicitud de modificación/es en relación al programa presentado por el proponente, lo cual cristaliza la decisión de la autoridad pública competente, es decir, el 'costado político' de este dispositivo” (58).

Este instrumento se encuentra regulado en el ordenamiento jurídico argentino en la ley 25.675 de Política Ambiental Nacional o Ley General del Ambiente (59) y es de gran relevancia para la debida diligencia ambiental toda vez que sirve para efectuar un diagnóstico de los posibles riesgos ambientales y elaborar políticas empresariales tendientes a prevenirlos y mitigarlos. A su vez, la EIA se materializa mediante un “soporte técnico” (60) que es el Estudio de Impacto Ambiental (EsIA), que “constituye el instrumento central que las empresas producen para describir cada propuesta, establecer la magnitud, importancia y demás características de sus impactos y proponer las medidas de miti-

(57) BONNITCHA, Jonathan - McCORQUODALE, Robert, "The Concept of 'Due Diligence' in the UN Guiding Principles on Business and Human Rights", *The European Journal of International Law*, 2017, vol. 28, nro. 3, p. 908.

(58) BERROS, María Valeria, "Evaluación de impacto ambiental, una mirada como dispositivo jurídico de gestión de riesgos", *Revista Derecho y Ciencias Sociales*, 2010, nro. 2, Instituto de Cultura Jurídica y Maestría en Sociología Jurídica, FCJyS - UNLP, ps. 71-74.

(59) La cual lo menciona como un instrumento de la política y la gestión ambiental (art. 8.2), para luego desarrollarlo en los arts. 11 a 13, receptando la participación ciudadana en el art. 21.

(60) BERROS, María Valeria, “Evaluación...”, ob. cit., p. 75.

gación correspondientes. El EsIA tiene, además, la función de comunicar a la autoridad ambiental correspondiente y a la ciudadanía en general los resultados del diagnóstico” (61). En el ámbito de la provincia de Santa Fe, la ley 11.717 contiene las disposiciones relativas al impacto ambiental en su capítulo VIII, la cual se encuentra reglamentada por el dec. 101/2003, que en su art. 12 establece tres categorías de emprendimientos o actividades: aquellas que define como de bajo o nulo impacto, las de mediano impacto y las de alto impacto ambiental. Una vez categorizada la actividad, el art. 14 del decreto dispone que si se trata de actividades de la primera categoría, se está eximido de realizar el trámite. En este sentido, la inmensa mayoría de las actividades del sector agrícola se encuentran en la primera categoría y, por lo tanto, eximidas de la presentación de la EIA. Si bien dicha categorización nos parece errónea y debería ser revisada, lo cierto es que ello no obsta a que las propias empresas puedan efectuar su propia EIA, comprometiendo a la alta dirección de las sociedades a abordar los riesgos ambientales identificados.

Ciertamente “la debida diligencia ambiental y las EIA están íntimamente ligadas (...). Tanto los procesos de EIA como la debida diligencia —en tanto medio— buscan identificar, abordar y tratar las consecuencias negativas de las actividades, así como identificar riesgos o efectos y proponer acciones pertinentes. Por su parte, la debida diligencia —en tanto proceso— incorpora el elemento de identificación de riesgos o efectos reales o potenciales y suma el establecimiento de acciones de prevención y mitigación y el diseño de acciones de seguimiento e informe” (62). De manera tal que la EIA es una herramienta útil y relevante para incorporar la CER a las políticas y sistemas de gestión y, con ello, dar cumplimiento a este paso de la debida diligencia ambiental.

V.2. Identificar y evaluar los impactos negativos en las operaciones, cadenas de suministro y relaciones comerciales

Cuando abordamos los impactos negativos en materia ambiental debemos tener presente que este particular microsistema “pone en

(61) ANGEL, Andrés, ob. cit., p. 3.

(62) *Ibidem*.

escena novedosos sujetos —como las generaciones futuras—, piensa en términos colectivos lo que genera la necesidad de construir una teoría general con relación a los bienes colectivos, deja de lado la idea de tiempo lineal basándose en vincular las decisiones del presente al futuro, da cuenta de la noción de naturaleza “tecnificada” abandonando la dicotomía entre hombre y naturaleza, admite la incapacidad de las ciencias para dar respuestas a todos los problemas, renuncia a la idea de causalidad adecuada, busca construir un sistema basado en la prevención y la precaución y la recomposición, dejando en un segundo plano la reparación” (63).

En el específico ámbito de eventuales impactos negativos al ambiente que puede producir la actividad agrícola encontramos la posibilidad de “generar la degradación del ecosistema a largo plazo, incluyendo la degradación del suelo, agotamiento de los recursos acuíferos, y pérdida de bosques vírgenes y biodiversidad” (64). A su vez, el uso de agroquímicos, y especialmente del glifosato, “herbicida no selectivo (...) que (...) había propiciado la inserción del uso intensivo de insumos químicos a los efectos de eliminar malezas y aumentar la productividad y, por tanto, la rentabilidad (...) han traído consigo una serie de dificultades como, verbigracia, daños en relación al funcionamiento de los ecosistemas así como, también, graves implicancias en términos de pérdida de biodiversidad” (65), sumado a la contaminación del agua, desechos químicos y pulverización aérea. Además, “las actividades agrícolas pueden generar impactos externos, incluyendo emisiones de gases invernadero, impactos en las cuencas o deforestaciones” (66).

Estos impactos negativos al ambiente deben ser analizados y definidos en cada caso en concreto, esto es, cada empresa debe identificar de forma particular cuales son específicamente

(63) BERROS, María Valeria, “Algunas reflexiones para re-observar el problema ambiental”, *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, 2009, vol. 7, p. 29.

(64) OCDE - FAO, “Guía...”, ob. cit., p. 64.

(65) BERROS, María Valeria - PEITEADO, Rodrigo, ob. cit., ps. 233-245.

(66) OCDE - FAO, “Guía...”, ob. cit., p. 65.

los riesgos ambientales con los que se enfrenta. Este ejercicio de identificación es necesario que sea llevado adelante a lo largo de toda la cadena de suministro, para determinar si la empresa causa, contribuye o está directamente vinculada con un impacto al ambiente. Asimismo, se debe tener presente los riesgos propios del sector, del producto, como así también los factores geográficos y los riesgos particulares de la empresa. Si bien estos datos pueden ser obtenidos de diferentes fuentes, lo cierto es que el EsIA puede ser utilizado como la herramienta más eficiente a los fines de determinar los riesgos ambientales que la actividad empresarial conlleva. Para ello, las empresas deben “mapear con un enfoque preventivo los impactos negativos reales o potenciales sobre las personas, el planeta y la sociedad, de modo que se identifiquen las acciones de respuesta y mejora para mitigar estos posibles impactos, pero también para remediar los que se lleguen a materializar” (67), siendo de gran relevancia efectuar dicho mapeo a lo largo de toda su cadena de suministro.

V.3. Detener, prevenir o mitigar los impactos negativos

Llegados a este punto, y habiendo adoptado la empresa, en conjunto con “una cantidad representativa de todos los grupos relevantes de actores interesados” (68), una política de debida diligencia para una CER e identificado los riesgos ambientales que su actividad conlleva, debe plantearse la forma en que dichos impactos serán abordados. Los instrumentos internacionales que refieren a la debida diligencia efectúan una diferenciación entre la prevención y la mitigación del daño (69). Sin embargo, cuando abordamos el daño “dentro del marco del microsistema ambiental, la reparación, lejos de constituirse como un eje del mismo, se considera solo cuando otro *pool* de opciones ha debido ser descartado. Específicamente, cuando no son viables los mecanismos preventivos o precautorios porque el riesgo ya se ha materializado. Por la propia naturaleza del daño ambien-

tal, las compensaciones económicas no son las más adecuadas para su tratamiento” (70). De manera tal que se impone la necesidad que las empresas tienen de efectuar su abordaje desde la prevención del daño.

En el ordenamiento jurídico argentino, la prevención del daño ambiental ha sido normada en el art. 4º de la Ley General del Ambiente (71). De esta forma, “cuando se trata de gestionar riesgos ambientales de carácter ‘cierto’ o ‘previsible’” las propias empresas deben “tomar medidas, en este caso, con relación al ambiente antes de que se materialicen los daños. Ello es posible, solo en los supuestos en los que se cuentan con herramientas suficientes que permitan realizar una proyección a futuro” (72). Esto implica, entonces, evitar que ocurra un impacto negativo al ambiente. Esta idea aparece de forma constante tanto en los Principios Rectores - PRNU 13, 15b, 17, 18, 19 —, como en las LDEM —sobre todo LDEM VI, referida al “Medio Ambiente”— ya que, en definitiva, “la prevención es el objetivo principal de la debida diligencia” (73).

Ahora bien, sucede que no en todos los casos de potenciales afectaciones al ambiente existe la certeza científica acerca de la producción del hecho dañoso como consecuencia de la actividad desarrollada. Sin embargo, en virtud del principio de precaución (74), no se puede “utilizar la falta de certeza científica absoluta para postergar la adopción de medidas rentables para prevenir o minimizar los posibles daños graves al medio ambiente cuando existan amenazas en este sentido” (75). De esta forma, “el principio de precaución se presenta como la vía mediante la cual se pone en relación a la ciencia y el derecho ya no desde el lugar de la certeza sino, por el contrario, desde el problema de la

(70) BERROS, María Valeria, “Algunas...”, ob. cit., p. 34.

(71) El artículo dispone: “Las causas y las fuentes de los problemas ambientales se atenderán en forma prioritaria e integrada, tratando de prevenir los efectos negativos que sobre el ambiente se pueden producir”.

(72) *Ibidem*, ps. 36-37.

(73) OCDE, “Guía...”, ob. cit., p. 80.

(74) Receptado en el ordenamiento jurídico argentino también en el art. 4º de la Ley General del Ambiente.

(75) OCDE, “Líneas...”, ob. cit., p. 47.

(67) ZARAMA, Germán - WEGHER OSCI, Florencia S., ob. cit., p. 9.

(68) OCDE - FAO, “Guía...”, ob. cit., p. 26.

(69) PRNU 13 y paso 3.2 de la guía debida diligencia (2018).

controversia, de la duda, de la ausencia de información” (76).

Así, el propio proceso de debida diligencia puede ser visto como un instrumento específico de determinación y prevención de los daños ambientales que, de no ser abordados a tiempo, pueden generar consecuencias irreparables. Con la ventaja de que este proceso surge de la decisión del propio autor de la conducta potencialmente dañosa. De esta forma, sucede que cuando una empresa efectúa su priorización del abordaje del daño, la cuestión ambiental debe necesariamente aparecer como prioritaria y, por ende, debe ser abordada con preferencia en relación con los demás daños en que pueda verse involucrada.

V.4. Hacer un seguimiento de la implementación y los resultados

Al ser la debida diligencia un proceso continuo y constante “las empresas deben realizar una serie de pasos para verificar que sus prácticas de debida diligencia sean efectivas (...). El proceso de verificación puede incluir auditorías, investigaciones *in situ* y consultas con autoridades gubernamentales, sociedad civil, miembros de la comunidad local y sindicatos a nivel local, nacional e internacional. Los auditores deben ser independientes, competentes y responsables” (77). En este sentido, aparece como deseable la realización de un monitoreo independiente y comunitario, que tenga una fuerte participación de las comunidades que puedan verse potencialmente afectadas por la actividad agroindustrial. El monitoreo “se puede entender como un proceso integral de participación de la sociedad civil (en particular de las comunidades) y de otros actores afectados o posiblemente afectados por alguna actividad económica. El monitoreo contribuye a generar mecanismos de verificación para la evaluación de los impactos ambientales sobre los factores físicos (calidad del agua, aire y suelo), biológicos (flora y fauna) y sociales (...); el monitoreo comunitario es importante por su naturaleza local. Esta condición dota a este ejercicio de credibilidad por cuanto si los monitores omiten su deber

(76) BERROS, María Valeria, “Algunas...”, ob. cit., p. 39.

(77) OCDE - FAO, “Guía...”, ob. cit., p. 38.

de vigilancia y de denuncia, la contaminación les afectaría directamente. El monitoreo surge entonces a partir de la acción de los actores que viven, trabajan y subsisten en la zona donde se deben monitorear las condiciones ambientales. Ellos, como conocedores de su entorno, establecen las prioridades del monitoreo (...) lo cual evita o advierte y propende por la reducción de la posible contaminación ambiental” (78).

La participación de las comunidades es esencial en el proceso de debida diligencia ambiental ya que “en el núcleo del desarrollo sostenible, se encuentra el Principio 10 de la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo (el documento de Río 92), que dispone que el mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todos los ciudadanos interesados, en el nivel que corresponda. Según el paradigma del desarrollo sostenible, la integración de los derechos humanos y el medio ambiente se funda en el respeto a los derechos a la información, participación y justicia ambiental consagrados en el Principio 10” (79). Asimismo, se debe tener especialmente en cuenta la opinión de las comunidades originarias que puedan verse perjudicadas en cualquier proyecto, sobre todo cuando pueda afectar sus tierras o territorios y cualquier otro recurso, para lo cual es necesario proporcionar información relativa a la actividad de forma “oportuna, objetiva, precisa y comprensible para ellas” (80).

V.5. Informar sobre cómo se abordan los impactos

Un aspecto fundamental del proceso de debida diligencia consiste en que “las empresas deben estar dispuestas a comunicar los riesgos en materia de derechos humanos que han detectado en sus operaciones e informar sobre lo que han hecho para prevenirlos. La comunicación puede adoptar muchas formas, pero

(78) AQUINO, Pavel - VARGAS, Fabiola, ob. cit., p. 11.

(79) ORELLANA, Marcos, “Escazú como expresión vínculo entre derechos humanos y ambiente”, en PRIEUR, Michel - SOZZO, Gonzalo - NÁPOLI, Andrés, *Acuerdo de Escazú. Hacia la democracia ambiental en América Latina y el Caribe*, Ed. UNL, Santa Fe, 2020, p. 129.

(80) OCDE - FAO, “Guía...”, ob. cit., p. 79.

debe ser accesible para sus destinatarios” (81) siendo que en el sector de los agronegocios “las empresas se deberán comprometer, en la mayor medida posible, a aumentar la transparencia y la divulgación de información sobre las inversiones relacionadas con la tierra, lo que incluye la transparencia de las condiciones establecidas en los contratos de arrendamiento o concesión” (82). En este sentido, adquiere gran relevancia el Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe (83) (Acuerdo de Escazú), el cual “se originó en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Desarrollo Sostenible (Río+20) y se basó en el Principio 10 de la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo de 1992” (84), y que prevé en su art. 3.h el “Principio de máxima publicidad”.

Vale decir que si bien el Acuerdo está dirigido a los Estados, no deja de ser relevante en nuestra materia toda vez que “es necesario abordar

(81) UNGA, “Abordar...”, ob. cit., p. 16. La idea de accesibilidad varía según los sectores a quienes se les debe comunicar, en este sentido será clave contar con un mapeo de grupos lo suficientemente acabado como para lograr una adaptación de la información a comunicar que resulte acorde con los requerimientos de los sectores y grupos. Por ejemplo, la accesibilidad digital y sus dimensiones desde las personas con discapacidad puede ser abordada para la CER a partir del instrumento elaborado por la Asociación Civil por los Derechos (ADC), ver en <https://adc.org.ar/informes/introduccion-a-la-accesibilidad-digital>; en materia de género siguiendo las recomendaciones del Grupo de Trabajo (en <https://www.ohchr.org/SP/Issues/Business/Pages/Reports.aspx>), para pueblos originarios será necesario adecuar la participación a los extremos de la consulta previa, libre e informada cumpliendo con los estándares del Convenio 169 de la OIT, y en materia de trabajadores habrá de atenderse al diálogo social y a las recomendaciones de la OIT en la materia. Puede verse la participación significativa de grupos de interés en la guía de la OCDE, 2018.

(82) *Ibidem*, ps. 20-21.

(83) Firmado y ratificado a la fecha por: Antigua y Barbuda, Argentina, Bolivia, Chile, Ecuador, Guyana, México, Nicaragua, Panamá, San Vicente y las Granadinas, Saint Kitts y Nevis, Santa Lucía y Uruguay.

(84) LEME MACHADO, Paulo A., “El derecho de acceso a la información ambiental en el Acuerdo de Escazú”, en PRIEUR, Michel – SOZZO, Gonzalo – NÁPOLI, Andrés, ob. cit., p. 189.

las interrelaciones que existen y coexisten entre los distintos actores (Estado, sector privado y sociedad civil) respecto de la toma de decisiones sobre el uso y aprovechamiento de los recursos naturales en un marco de buena gobernanza” (85), de forma tal que si bien el instrumento internacional no obliga directamente a las empresas, la contribución de ellas se encuentra de manera implícita. En este contexto, Escazú nos brinda pautas interesantes para ser aplicadas por parte de las empresas. Ello en virtud de que “hace explícito el vínculo entre los derechos humanos, la protección ambiental y los derechos de acceso (que incluye los derechos de acceso a la información ambiental, participación pública en los procesos de toma de decisiones ambientales y acceso a la justicia en asuntos ambientales) (...). Al hacer explícita esa conexión, el Acuerdo de Escazú gatillará un círculo virtuoso en el que un mayor cumplimiento de las obligaciones de proporcionar acceso a la información, participación y justicia contribuirá a un ambiente más sano” (86). Todo ello al tiempo que “integra el espíritu de los Principios Rectores de Empresas y Derechos Humanos de las Naciones Unidas sobre obligaciones específicas para las empresas en cuanto al respeto de los derechos humanos en las actividades que realizan” (87).

Así las cosas, “la información ambiental generada a lo largo de los procesos de EIA debe considerarse, en cualquier caso, de carácter público por sus implicaciones potenciales para la vida y la salud de las personas y de los ecosistemas” por lo que “las empresas deberían de manera proactiva publicar los documentos del proceso de EIA y sus anexos (...). Sería deseable incluso, que, a lo largo de las cadenas de suministro, dicha información fuera un requisito indispensable para considerar que los actores involucrados, observan y aplican la DDA” (88).

(85) BARRAGÁN, Daniel, “Impacto del Acuerdo de Escazú frente a la conflictividad socioambiental”, en PRIEUR, Michel – SOZZO, Gonzalo – NÁPOLI, Andrés, ob. cit., ps. 154-155.

(86) KNOX, John H. – TORRES, Valeria, “La importancia del Acuerdo de Escazú”, en PRIEUR, Michel – SOZZO, Gonzalo – NÁPOLI, Andrés, ob. cit., p. 123.

(87) BARRAGÁN, Daniel, ob. cit., p. 157.

(88) ANGEL, Andrés, ob. cit., p. 7.

Esta información debe ser trasladada a las comunidades de forma efectiva, en lenguaje no técnico, y traducida a los idiomas de los pueblos originarios.

V.6. Reparar o colaborar en la reparación del impacto cuando corresponda

Finalmente, ha de tenerse presente que “aun con las mejores políticas y prácticas, una empresa puede provocar o contribuir a provocar consecuencias negativas sobre los derechos humanos” (89). Cuando ello suceda, la empresa debe reparar los daños a través de medios legítimos (PRNU 22). De esta forma, una de las obligaciones básicas de la empresa consiste en proveer o contribuir a proveer la reparación de los efectos negativos “mediante procesos legítimos, que pueden consistir en mecanismos judiciales y extrajudiciales del Estado, así como mecanismos de reclamación no estatales” (90). Prever la existencia de estos sistemas “de ninguna manera implica que la empresa no intente respetar los derechos humanos. Por el contrario, demuestra un reconocimiento de que el impacto puede ocurrir a pesar de los mejores esfuerzos” (91).

En este sentido, si bien estrictamente “la reparación no es un componente de la debida diligencia, sino un proceso independiente y fundamental que la debida diligencia debe facilitar y respaldar” (92) lo cierto es que la “reparación y el acceso a mecanismos efectivos y legítimos de reparación son centrales para cualquier reconocimiento de derechos” (93), por lo que su tratamiento y análisis es deseable. Asimismo, cabe destacar que “adoptar todas las medidas razonables —esto es, satisfacer los estándares de conducta de la debida diligencia— no es, y no debería ser, suficiente para absolver a las empresas de su responsabilidad por sus propias

afectaciones a los derechos humanos” (94). De esta forma, incluso en aquellos casos en que la empresa demuestre no haber podido prever el impacto sobre los derechos humanos, incluido el ambiente, deberá responder por los daños causados. En este sentido, la obligación de respetar y no dañar los derechos humanos es una clara obligación de resultados, y no de medios.

Asimismo, sobre todo en referencia a las fugigaciones, las empresas deben tener presente que se debe “interpretar de manera precautoria las vías de acceso a la jurisdicción en un contexto de inexistencia de una vía de tutela inhibitoria especialmente diagramada para casos de controversia o incerteza científica” (95). En este contexto, se debe fomentar y colaborar con el acceso a las vías de protección, de la forma más expedita y rápida posible, a los fines de evitar que el daño ambiental se torne de difícil, cuando no imposible, reparación.

VI. Reflexiones finales

En el presente trabajo hemos sostenido que la implementación de procesos de debida diligencia por parte de las empresas del sector agrícola no solo es compatible con los principales institutos y principios de derecho ambiental sino que, además, contribuye a operativizar muchos de ellos en el seno de la gestión del riesgo en derechos humanos que deberían efectuar las empresas. En este sentido, se observa que la implementación de la debida diligencia ambiental aparece como una posibilidad para “reconstruir las bases del microsistema del daño ambiental para delinear y potenciar estrategias” (96) a los fines de lograr el respeto al derecho a un ambiente sano. De manera tal que el proceso de debida diligencia no solo ofrece una respuesta satisfactoria a los fines de gestionar los riesgos ambientales sino que también permite una amplia participación de los diferentes sectores in-

(89) ONU, “Principios...”, ob. cit., p. 28.

(90) UNGA, “La debida diligencia...”, ob. cit., p. 5.

(91) UNITED NATIONS OF THE HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS, “The Corporate Responsibility to Respect Human Rights: An Interpretive Guide”, 2012, UN Doc HR/Pub/12/02, 46-51, p. 63.

(92) OCDE, “Guía...”, ob. cit., p. 95.

(93) WEGHER OSCI, Florencia S., “Guiding Principle 22: Remediation”, inédito, 2022, p. 2.

(94) BONNITCHA, Jonathan – McCORQUODALE, Robert, ob. cit., p. 914.

(95) BERROS, María Valeria, “Una decisión a favor de la protección de la naturaleza y de las personas que trabajan y se educan en las escuelas rurales”, LA LEY 2019-D, 9.

(96) BERROS, María Valeria, “Algunas...”, ob. cit., p. 28.

volucrados en la problemática, robusteciendo una “construcción de decisiones colectivas sobre riesgos colectivos” (97).

En consecuencia, la integración de estos mecanismos de gestión del riesgo con enfoque en derechos humanos puede aportar respuestas satisfactorias a los principales problemas am-

(97) BERROS, María Valeria, "Observaciones..."; ob. cit., p. 16.

bientales del sector de los agronegocios, al tiempo que las empresas pueden generar un aporte positivo y contribuir al desarrollo sostenible, como así también a la integración de las dimensiones ambiental y económica de las economías regionales en el marco del ecosistema social en el que intervienen. Buscamos, con todo ello, efectuar una contribución significativa a las discusiones actuales acerca del modo en que producimos y consumimos nuestros alimentos.

JURISPRUDENCIA
DE LA CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

Federalismo de concertación y ambiente en la jurisprudencia de la Corte Suprema

Carolina Scrinzi (*)

Sumario: I. Introducción.— II. La evolución del derecho ambiental.— III. La distribución de competencias del art. 41 de la CN.— IV. Federalismo de concertación en los fallos de la CS en materia ambiental.— V. Conclusión.— VI. Bibliografía complementaria.

I. Introducción

Con la última reforma constitucional se modificó el reparto de competencias en materia ambiental. Tal como está previsto en el art. 41, ahora corresponde a la Nación dictar las leyes que contengan los presupuestos mínimos de protección ambiental y las provincias deberán sancionar las normas que consideren necesarias para complementarlas. En efecto, se trata de una competencia concurrente entre la Nación y las provincias.

Ahora bien, tal como señala Rosatti, “las provisiones constitucionales —aun las más exactas— suelen verse, más tarde o más temprano, desafiadas por la creciente complejidad de cuestiones originariamente previstas pero insuficientemente reguladas o por la generación de cuestiones imprevistas, sobrevinientes a su texto. En estos casos se renueva la dualidad 'Estado central-Estados miembros' y la latencia del conflicto, cobrando importancia el talante con el que el problema se asume” (1). En efecto, el

(*) Abogada egresada de la Universidad de Buenos Aires con orientación en Derecho Internacional Público y Derecho Administrativo; especialista en Derecho Administrativo y Financiero de los 40° Cursos de Especialización en Derecho de la Universidad de Salamanca, España; posgraduada en la Universidad de Buenos Aires, con título de especialista en Derecho Administrativo y Administración Pública; cursando la Maestría en Derecho Administrativo y Administración Pública en la Universidad de Buenos Aires; actualmente presta servicios en la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

(1) ROSATTI, Horacio D., "Derecho ambiental constitucional", Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2021, 1ª ed., p. 100.

conflicto puede analizarse desde una postura disyuntiva o separatista o desde una percepción conjuntiva o cooperativa.

A través del presente trabajo, analizaremos algunos fallos de la CS en materia ambiental, para ver qué postura adopta nuestro máximo tribunal.

II. La evolución del derecho ambiental

Antes de la reforma constitucional de 1994, la materia ambiental no contaba con una regulación específica. Las normas que —indirectamente— hacían alusión a la materia se encontraban dispersas en distintos códigos (2) y en diferentes leyes nacionales (3). Se trataba, en definitiva, de varias normas que regulaban de modo independiente el cuidado y la protección

(2) En el Cód. de Minería, por ejemplo, se encargó de reglamentar los derechos y las obligaciones referidas a la adquisición, explotación y aprovechamiento de sustancias minerales. El Cód. Civil reglamentaba las molestias ocasionadas por el humo, calor, olores, ruidos o daños por el ejercicio de actividades en inmuebles vecinos (art. 2618). El Cód. Penal, por su parte, reprime la afectación de aguas potables (arts. 200 y 201).

(3) Ley 13.273 de Defensa, mejoramiento y ampliación de bosques; ley 2797 que dispuso que las aguas cloacales y los residuos nocivos de los establecimientos industriales no podían ser arrojados a los ríos de la República sin ser previamente purificados; ley 20.284 para la prevención de situaciones críticas de contaminación atmosférica; ley 22.428 para el fomento de la acción privada y pública tendiente a la conservación y recuperación de la capacidad productiva de los suelos; ley 24.051 para el correcto tratamiento de los residuos peligrosos.

de diferentes recursos naturales, pero no existía una regulación uniforme y completa de la materia.

A nivel internacional, puede decirse que en 1949 tuvo lugar la primera conferencia de la Organización de Naciones Unidas sobre Conservación y Utilización de los Recursos en Lake Success (Nueva York), pero el cambio radical en la materia se produjo a partir de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, celebrada varios años después en Estocolmo (Suecia) en 1972. Esta conferencia logró incrementar "la conciencia mundial acerca de las responsabilidades gubernamentales y de los deberes personales y sociales sobre la preservación y progreso de la calidad ambiental para las generaciones presentes y las futuras. La Conferencia declaró, formalmente, el derecho humano a un ambiente adecuado para vivir en dignidad y bienestar y el consecuente deber de protegerlo y mejorarlo" (4). Con posterioridad, en 1992, se celebró la Conferencia de Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, en Río de Janeiro (Brasil). Esta Conferencia marcó un antes y un después en el derecho ambiental internacional en razón de la amplia adhesión y participación que obtuvo (5).

El objetivo principal fue crear nuevos niveles de cooperación entre los Estados para lograr acuerdos internacionales "en los que se respeten los intereses de todos y se proteja la integridad del sistema ambiental y de desarrollo mundial". Como consecuencia de esta Conferencia surgieron 5 documentos de extrema relevancia en la materia: la Declaración de Río sobre Medio Ambiente, la Agenda XXI, la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático, la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre la Diversidad Biológica y la Convención de las

Naciones Unidas de Lucha contra la Desertificación.

En la Argentina, la cuestión ambiental adquirió significativa importancia luego de la Conferencia celebrada en Río de Janeiro. Tal fue así, que la reforma constitucional de 1994, al introducir el art. 41, reconoció el derecho de todos los habitantes a gozar de un medio ambiente sano, apto y equilibrado; y fijó el consiguiente deber de preservarlo. Concretamente, el artículo establece que "[t]odos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley.

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

"Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementirlas, sin que aquellas alteren las jurisdicciones locales.

"Se prohíbe el ingreso al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos, y de los radiactivos".

La inclusión de la cláusula ambiental en la CN implicó un cambio sustancial en la materia ya que, además de reconocerlo como un derecho de todos los habitantes, marcó un interés constitucional en su cuidado y en su correcta preservación.

Con posterioridad, señala Gil Domínguez que "la primera aparición normativa de los derechos colectivos como derechos humanos llegó de la mano del Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales (también denominado Protocolo de San Salvador), el cual en el art. 11 establece:

(4) GELLI, María Angélica, "Constitución de la Nación Argentina comentada y concordada", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2018, 5ª ed., t. I, p. 737.

(5) Participaron 172 gobiernos (entre ellos, 108 jefes de Estado), 2.400 representantes de organizaciones no gubernamentales y 17.000 personas con estatus consultivo (personas que participaron voluntariamente para dar su opinión sobre las cuestiones debatidas).

'1. Toda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos. 2. Los Estados partes promoverán la protección, preservación y mejoramiento del medio ambiente'" (6).

Sin embargo, la noción de derechos colectivos como derechos humanos se consolidó con la opinión consultiva 23/17 (7), por la que reconoció la existencia de un vínculo innegable entre la protección del ambiente, la satisfacción de otros derechos humanos y el desarrollo sostenible. En efecto, se resaltó que "el pleno disfrute de todos los derechos humanos depende de un medio propicio". Asimismo, se remarcó el carácter autónomo del derecho al medio ambiente sano y se destacaron sus connotaciones tanto individuales como colectivas (8). Por otra parte, se remarcó que el derecho humano a un medio ambiente sano consagrado expresamente en el art. 11 del Protocolo de San Salvador debía considerarse incluido entre los derechos económicos, sociales y culturales protegidos por el art. 26 de la Convención Americana. Lo que, en definitiva, importó reconocer la posibilidad de activar los mecanismos de protección previstos por la Convención en aquellas situaciones en las que se observara una violación a ese derecho.

(6) GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, "Los derechos colectivos como derechos humanos", *Diario DPI, Diario Constitucional y Derechos Humanos*, nro. 186, 23/04/2018.

(7) Corte IDH, opinión consultiva OC-23/17, 15/11/2017, serie A, nro. 23, "Medio ambiente y derechos humanos (obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal - interpretación y alcance de los arts. 4.1 y 5.1, en relación con los arts. 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)".

(8) En este punto, señala la opinión consultiva que "En su dimensión colectiva, el derecho a un medio ambiente sano constituye un interés universal, que se debe tanto a las generaciones presentes y futuras. Ahora bien, el derecho al medio ambiente sano también tiene una dimensión individual, en la medida en que su vulneración puede tener repercusiones directas o indirectas sobre las personas debido a su conexidad con otros derechos, tales como el derecho a la salud, la integridad personal o la vida, entre otros. La degradación del medio ambiente puede causar daños irreparables en los seres humanos, por lo cual un medio ambiente sano es un derecho fundamental para la existencia de la humanidad".

III. La distribución de competencias del art. 41 de la CN

Dijimos anteriormente que, de modo previo a la reforma constitucional de 1994, la materia ambiental no contaba con reconocimiento constitucional expreso. Por ello, al no constituir una de las competencias delegadas por las provincias al gobierno federal, su regulación quedaba completamente reservada a la esfera local.

Ahora bien, con la incorporación del art. 41, quedó configurado un nuevo reparto de competencias entre el estado federal y las provincias. A partir de entonces, es la Nación quien debe dictar las leyes que contengan los presupuestos mínimos de protección ambiental y las provincias deberán sancionar las normas que consideren necesarias para complementarlas. Se trata de una competencia concurrente entre la Nación y las provincias.

En efecto, en materia ambiental, la Constitución estableció un criterio de distribución de competencias según el cual se diferencia normativamente "un nivel básico ('mínimo común denominador jurídico' aplicable en todo el país), que se asigna en competencia al Estado central y otro nivel complementario (que excede al 'mínimo común denominador jurídico'), asignado en competencia a los Estados miembros. El nivel complementario puede ser diferente entre los distintos Estados miembros, quienes tienen como única limitación respetar el nivel básico, uniforme para todos ellos" (9). Estas normas complementarias que deben dictar las provincias, entonces, deberán adecuarse al "piso mínimo" fijado por las normas nacionales (10).

(9) ROSATTI, Horacio D., "Tratado de derecho municipal", Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2012, 4ª ed. amp. y act., ps. 302-303.

(10) El art. 6º de la LGA establece que "se entiende por presupuesto mínimo, establecido en el art. 41 de la CN, a 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. En su contenido, debe prever las condiciones necesarias para garantizar la dinámica de los sistemas ecológicos, mantener su capacidad de carga y, en general, asegurar la preservación ambiental y el desarrollo sustentable".

En este contexto, queda en evidencia que la materia ambiental requiere la actuación coordinada de los distintos niveles de gobierno. Ahora bien, tal como señala Rosatti “las previsiones constitucionales —aun las más exactas— suelen verse, más tarde o más temprano, desafiadas por la creciente complejidad de cuestiones originariamente previstas pero insuficientemente reguladas o por la generación de cuestiones imprevistas, sobrevinientes a su texto. En estos casos se renueva la dualidad 'Estado central - Estados miembros' y la latencia del conflicto, cobrando importancia el talante con el que el problema se asume” (11). En efecto, el conflicto puede analizarse desde una postura disyuntiva o separatista o desde una percepción conjuntiva o cooperativa. La primera postura propone un análisis de la problemática desde un estudio tajante de las competencias constitucionales (competencia exclusiva del Estado federal o exclusiva de los Estados miembros). Según este criterio, una vez reconocida una materia como parte de la competencia del Estado Nacional, quedaría poco margen regulatorio a las jurisdicciones locales. Por su parte, “desde una percepción conjuntiva o cooperativa, la cuestión debe resolverse por la vía del consenso de las partes”; por lo que resulta ser la alternativa más creativa (si se lo compara con una perspectiva disyuntiva o separatista), en razón de que deja abiertas múltiples formas de colaboración entre las partes (12). Es que no se trata de concentrar competencias, sino, por el contrario, de coordinarlas.

III.1. La ley 25.675 General del Ambiente

Como consecuencia de la nueva distribución de competencias en la materia, han comenzado a sancionarse diversas leyes de contenidos mínimos (13), que tienen como objetivo prin-

(11) ROSATTI, Horacio D., "Derecho..", ob. cit., p. 100.

(12) *Ibidem*, ps. 100-101.

(13) La Ley de Gestión integral de residuos industriales y de actividades de servicios (25.612), la Ley de Presupuestos mínimos para la gestión y eliminación de los PCBs (25.670), el Régimen de gestión ambiental de aguas (25.688), el Régimen de libre acceso a la información pública ambiental (25.831), la Ley de Gestión de residuos domiciliarios (25.916), la Ley de Presupuestos mínimos de protección ambiental de los bosques nativos (26.331), la de Presupuestos mínimos de protección ambiental

principal, la protección del ambiente y su debida conservación. Una de las más importantes en la materia es la Ley General del Ambiente que, tal como lo describe en su art. 1º, es una ley de presupuestos mínimos “para el logro de una gestión sustentable y adecuada del ambiente, la preservación y protección de la diversidad biológica y la implementación del desarrollo sustentable”.

El art. 4º de la ley menciona los principios que deben guiar la interpretación y aplicación de las normas que pongan en ejecución la política ambiental. Entiendo que, en este punto, resultaría importante mencionar brevemente algunos de los principios contemplados en la Ley General del Ambiente que, si hablamos de federalismo de concertación y de actuación coordinada de distintos niveles de gobierno, debemos tener particularmente en cuenta.

El *principio de solidaridad* dispone que tanto la Nación como los estados provinciales “serán responsables de la prevención y mitigación de los efectos ambientales transfronterizos adversos de su propio accionar, así como de la minimización de los riesgos ambientales sobre los sistemas ecológicos compartidos”.

El *principio de cooperación*, por su parte, determina que “[l]os recursos naturales y los sistemas ecológicos compartidos serán utilizados en forma equitativa y racional”. Asimismo, este principio establece que el tratamiento y la mitigación de las emergencias ambientales que generen efectos transfronterizos deben ser desarrollados de modo conjunto entre las jurisdicciones implicadas.

Otro de los principios que resulta importante señalar es el de *subsidiariedad*, porque establece el deber del Estado Nacional de colaborar e, incluso, participar de forma complementaria —a través de las distintas instancias de la Administración Pública— en las acciones que lleven a cabo los particulares para la preservación y protección del ambiente.

para control de actividades de quema (26.562) y el Régimen de presupuestos mínimos para la preservación de los glaciares y del ambiente periglacial (26.639).

El *principio de progresividad* busca que los objetivos de la política ambiental —enumerados, en principio, en el art. 2° (14) de la Ley General del Ambiente— sean logrados de modo gradual. Para ello, la ley fija el deber de elaborar un cronograma temporal que —a través de metas interinas y finales— facilite la adaptación de las actividades vinculadas con esos objetivos.

Finalmente, la ley contempla el *principio de prevención y el precautorio* que están orientados a evitar la producción de daños en el ambiente. El primero de ellos establece que “[l]as causas y las fuentes de los problemas ambientales se atenderán en forma prioritaria e integrada, tratando de prevenir los efectos negativos que sobre el ambiente se pueden producir”. Por su parte, el principio precautorio, se aplica ante situaciones de incertidumbre científica acerca del riesgo, y está contemplado en los siguientes términos: “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”.

(14) “La política ambiental nacional deberá cumplir los siguientes objetivos: a) Asegurar la preservación, conservación, recuperación y mejoramiento de la calidad de los recursos ambientales, tanto naturales como culturales, en la realización de las diferentes actividades antrópicas; b) Promover el mejoramiento de la calidad de vida de las generaciones presentes y futuras, en forma prioritaria; c) Fomentar la participación social en los procesos de toma de decisión; d) Promover el uso racional y sustentable de los recursos naturales; e) Mantener el equilibrio y dinámica de los sistemas ecológicos; f) Asegurar la conservación de la diversidad biológica; g) Prevenir los efectos nocivos o peligrosos que las actividades antrópicas generan sobre el ambiente para posibilitar la sustentabilidad ecológica, económica y social del desarrollo; h) Promover cambios en los valores y conductas sociales que posibiliten el desarrollo sustentable, a través de una educación ambiental, tanto en el sistema formal como en el no formal; i) Organizar e integrar la información ambiental y asegurar el libre acceso de la población a la misma; j) Establecer un sistema federal de coordinación interjurisdiccional, para la implementación de políticas ambientales de escala nacional y regional; k) Establecer procedimientos y mecanismos adecuados para la minimización de riesgos ambientales, para la prevención y mitigación de emergencias ambientales y para la recomposición de los daños causados por la contaminación ambiental”.

IV. Federalismo de concertación en los fallos de la CS en materia ambiental

Como hemos analizado precedentemente, la protección del ambiente requiere de un accionar sincronizado de distintos niveles de gobierno. Nuestro máximo tribunal, en diversos fallos resaltó la importancia del federalismo de concertación en el ejercicio de las competencias ambientales y fijó algunas pautas para facilitar la actuación coordinada de las jurisdicciones afectadas. A continuación, analizaremos algunos de sus precedentes más importantes.

IV.1. Una vez más, el río Atuel

El 1 de diciembre de 2017, la Corte volvió a pronunciarse (15) en la causa que enfrenta a las provincias de La Pampa y Mendoza desde hace décadas por el uso y aprovechamiento del río Atuel.

En el año 2014, la provincia de La Pampa promovió una nueva queja contra la Provincia de Mendoza, sosteniendo que esta había incumplido la obligación de negociar y celebrar de buena fe los convenios para regular los usos del río Atuel. Solicitó que se declarara la presencia de daño ambiental y que se ordenara su cese y su posterior recomposición. Por otra parte, sostuvo que debía fijarse un caudal mínimo de agua a ingresar al territorio pampeano y que debía ordenarse a la demandada la realización de las obras necesarias para optimizar la utilización del recurso agua en su sistema de riego, junto con el pago de una indemnización por los perjuicios sufridos como consecuencia de los incumplimientos.

El tribunal, en ejercicio de su competencia dirimente y con el voto de la mayoría (16)

(15) Fallos 340:1695. En su intervención anterior (sent. del 03/12/1987, Fallos 310:2478), la Corte declaró que el río Atuel es interprovincial, rechazó la acción posesoria promovida por la provincia de La Pampa y la pretensión de que se regule la utilización compartida de la cuenca de ese río y sus afluentes, y exhortó a las partes a celebrar convenios tendientes a una participación razonable y equitativa en los usos futuros de las aguas del río Atuel.

(16) En disidencia, el juez Rosenkrantz analizó las características de la competencia dirimente, sin descartar la posibilidad de hacer uso —en caso de que resultara procedente— de la jurisdicción propiamente judicial en

integrada por los jueces Lorenzetti, Highton, Maqueda y Rosatti, resaltó que la controversia debía ser resuelta con base en un federalismo de concertación que superara los enfoques separatistas. En efecto, señaló que el régimen federal consagrado en la Constitución exige no descuidar el estatus autonómico de las entidades políticas, sino la asignación de competencias a las jurisdicciones federal y provinciales, lo que de ningún modo implica “subordinación de los estados particulares al gobierno central, pero sí coordinación de esfuerzos y funciones dirigidos al bien común general, tarea en la que ambos han de colaborar, para la consecución eficaz de aquel fin.” Destacó, en este punto, que el sistema federal constitucional argentino se basa en el principio de lealtad y de buena fe federal, por lo que deben evitarse abusos tanto del gobierno federal como de las provincias en el ejercicio de sus competencias —ya sean propias o concurrentes—. En definitiva, luego de señalar la relevancia constitucional que tiene

el marco de los arts. 116 y 117 de la CN. Resaltó el carácter ambiental y policéntrico del litigio y la necesidad de llevar a cabo “acciones concertadas para dar solución a la problemática ambiental invocada por la Provincia de La Pampa”. Asimismo, señaló que la participación del Estado Nacional en la solución del conflicto se debía a su mayor capacidad técnica y financiera para hacer efectivas las acciones que se acordaran llevar a cabo en relación con la problemática ambiental invocada. En efecto, entendió que la cooperación entre las provincias de La Pampa y Mendoza y el Estado Nacional resultaba indispensable para solucionar la disputa y que, en ese marco, debían generar una instancia de trabajo cooperativo conjunto para lograr una solución definitiva a los reclamos de recomposición ambiental. En esta misma línea, remarcó que “las provincias de Mendoza y de La Pampa y el Estado Nacional deben tener absoluta libertad para desarrollar el trabajo cooperativo conjunto en el ámbito en que lo consideren más propicio”, pudiendo constituir, al efecto, una comisión de trabajo *ad hoc* o recurrir a la Comisión Interprovincial del Atuel Inferior, ya que actúan con un amplio margen de discrecionalidad en lo que respecta al contenido del plan y a la manera en que deben cooperar para prepararlo y ejecutarlo. Finalmente, aclarado todo ello, y con base en el principio de solidaridad contemplado en la Ley General del Ambiente, enumeró algunas pautas orientativas para que los involucrados tuvieran en cuenta en la búsqueda de un entendimiento que permitiera resolver el conflicto de manera definitiva y dispuso que las provincias involucradas elaboraran un plan que permitiera superar las diferencias entre ellas, vinculadas con la recomposición del ecosistema del noroeste de la Provincia de La Pampa, en conjunto con el Estado Nacional.

la protección del ambiente y el federalismo en nuestro país, enfatizó la necesidad de conjugar la “territorialidad ambiental, que responde a factores predominantemente naturales (como el que demarca la extensión de la cuenca de un río) con la territorialidad federal, que expresa una decisión predominantemente histórica y cultural (aquella que delimita las jurisdicciones espaciales de los sujetos partícipes del federalismo argentino)”. Por ello, concluyó que, frente a situaciones de tensiones en las relaciones inter-jurisdiccionales, se debe asumir una *percepción conjuntiva o cooperativa, propia de un federalismo de concertación, que supere los enfoques separatistas*.

Con base en estas consideraciones, y luego de analizar la importancia del ambiente como bien colectivo, la regulación jurídica del agua, las características de la competencia dirimente, el derecho al acceso al agua potable y el problema de la desertificación y la sequía que caracteriza la región pampeana en la Cuenca; nuestro máximo tribunal afirmó que había quedado acreditada la necesidad de un caudal para asegurar la subsistencia del ecosistema. En este punto, enfatizó que —en un primer estadio de decisión— se debía reconocer la mayor deferencia al margen de acción de los estados provinciales involucrados, por lo que decidió que la Corte debía limitarse a adoptar *una función de cooperación, control y monitoreo, sin asumir atribuciones de gestión*, para no interferir en la adopción —por parte de las provincias— de una solución al conflicto.

Por todo lo antedicho, les ordenó a las partes que fijaran un caudal hídrico apto para la recomposición del ecosistema afectado y que elaboraran por intermedio de la Comisión Interprovincial del Atuel Inferior (CIAI), en forma conjunta con el Estado Nacional, un plan de obra con la distribución de sus costos. Ello, en razón de que dicha Comisión “es el organismo formalmente constituido por las partes a los efectos de llevar adelante las tratativas tendientes a lograr un entendimiento respecto al aprovechamiento de las aguas del río Atuel, imbuidas del espíritu de un federalismo de coordinación (contrario al federalismo de oposición) superador de conflictos estériles entre estados integrantes de una sola Nación”. En esta misma línea, señaló que “la CIAI aparece como el órgano adecuado para

desarrollar el programa de ejecución de obras encomendado a las partes mediante este pronunciamiento, ya que se trata de un organismo creado por las propias provincias interesadas, y que fue dotado de las herramientas necesarias para el cumplimiento de sus objetivos” (17).

A raíz de lo resuelto en este fallo (18), se puede ver con claridad que la Corte resalta constantemente la importancia de la actuación coordinada entre las jurisdicciones afectadas para lograr una solución ante el conflicto planteado. En efecto, señaló expresamente que el régimen federal argentino se basa en una percepción conjunta o cooperativa propia del federalismo de concertación y que, en razón de los principios de lealtad y de buena fe federal, debe evitarse el abuso de competencias —ya sean propias o compartidas— por parte de las provincias y del Estado federal. Bajo estos parámetros, reconociendo mayor margen de actuación a las provincias implicadas, aportó ciertos elementos para que aquellas arribaran a una solución del conflicto adoptando, a tales efectos, una función de cooperación, control y monitoreo de la cuestión y evitando asumir atribuciones de gestión. Finalmente, el máximo Tribunal señalo

(17) Cabe aclarar que, pese a lo resuelto por la Corte, las partes no llegaron a una solución en cuanto a la fijación del caudal hídrico apto para la recomposición del ecosistema afectado. Ello motivó una nueva resolución del máximo tribunal (Fallos 343:603), en la que, sin perjuicio de reconocer el esfuerzo realizado por las tres jurisdicciones involucradas para lograr un entendimiento, determinó el camino a seguir fijando como meta interina (con base en el principio de progresividad contemplado en la Ley General del Ambiente) un caudal mínimo permanente del río Atuel. Asimismo, ordenó a las provincias que, junto con el Estado Nacional, determinaran las acciones u obras de infraestructura necesaria para alcanzar el caudal mínimo fijado.

(18) Que ha sido reconocido como "un gran triunfo de los derechos de incidencia colectiva del pueblo pampeano que desbarata para siempre las defensas argumentales esgrimidas durante décadas por la provincia de Mendoza, y a la vez, establece un mecanismo racional-político de solución del conflicto, donde por primera vez en la historia, la provincia de La Pampa estará en igualdad de condiciones reales a efectos de poder garantizar el derecho al ambiente y al agua para estas generaciones y las generaciones futuras" (GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, "Río Atuel: una sentencia histórica de la Corte Suprema de Justicia que garantiza los derechos colectivos del pueblo pampeano", <http://underconstitucional.blogspot.com/>).

la importancia fundamental de la Comisión Interprovincial del Atuel Inferior (CIAI) como espacio formalmente constituido para facilitar el diálogo entre las partes y para llevar adelante las tratativas necesarias para lograr un entendimiento.

IV.2. El conflicto por las aguas de La Picasa

Las actuaciones (19) fueron iniciadas por la Provincia de Buenos Aires en los términos del art. 127 de la CN, con el objeto de que se le prohibiera a la Provincia de Santa Fe la ejecución de obras que alteraran el escurrimiento natural de las aguas de la Laguna La Picasa —a través del canal denominado "Alternativa Norte"— y se le ordenara reanudar la concertación de acciones para resolver la emergencia hídrica de la región.

La mayoría (20) —conformada por los jueces Maqueda, Rosatti, Highton y Lorenzetti— decidió declarar concluido el proceso por entender que el objeto se había agotado. Sin perjuicio de ello, ordenó a las partes una serie de medidas para garantizar el respeto de los principios constitucionales ambientales y federales. Resaltó que si bien no había conflictos vigentes entre las partes "al menos en lo concerniente a aquello que fue objeto de la queja oportunamente deducida" (21), no podía desconocerse

(19) Fallos 342:2136.

(20) En disidencia parcial, el juez Rosenkrantz se limitó a declarar concluido el proceso, sin hacer mayores consideraciones respecto de la problemática ambiental de la laguna La Picasa. Puso de resalto que "si como sucede en el presente caso, el conflicto originalmente suscitado entre dos o más provincias ha llegado a superarse en virtud de la cooperación y el entendimiento entre ellas, la actitud más respetuosa del sistema federal que puede adoptar esta Corte, especialmente exigido bajo la forma denominada 'federalismo de concertación', es la de reconocer plena eficacia normativa a los acuerdos así alcanzados sin mayores aditamentos o aclaraciones".

(21) La Corte resaltó que el objeto de la queja sometida a consideración del tribunal por la Provincia de Buenos Aires tuvo "un claro y preciso alcance vinculado exclusivamente a la derivación de aguas a su territorio a través del canal de desagüe denominado 'Alternativa Norte', construido en su momento por la Provincia de Santa Fe de manera inconsulta". Con posterioridad, la demandante en un informe preliminar a la audiencia pública celebrada en la causa, señaló que "la acción promovida por Buenos Aires ante Santa Fe, no guarda relación con la laguna La Picasa, y solo se refiere a una cana-

la situación de la laguna La Picasa. En efecto, la Corte destacó que “si bien en el *sub examine* se configura un conflicto específico entre las dos provincias involucradas —que ha sido calificado como interprovincial—, el escenario subyacente involucra cuestiones de mayor alcance, comprende una amplia región y se vincula con derechos de incidencia colectiva de múltiples afectados, tutelados en la reforma de la CN producida en el año 1994”.

Por ello, nuestro máximo Tribunal, con base en similares consideraciones a las efectuadas en la causa analizada precedentemente (Fallos 340:1695), resaltó —en lo que aquí interesa— que siendo “el federalismo un sistema cultural de convivencia, cuyas partes integrantes no actúan aisladamente sino que interactúan en orden a una finalidad que explica su existencia y funcionamiento, el ejercicio de las competencias constitucionalmente asignadas debe ser ponderado como una interacción articulada”. Además, volvió a hacer hincapié en la importancia de que las jurisdicciones federales y provinciales actúen de modo coordinado y dirigidas al bien común general, en los principios de buena fe y de lealtad federal y en la relevancia constitucional de la protección ambiental y del federalismo.

En ese marco, la Corte destacó que la territorialidad ambiental y la federal “encuentran su representación y conjugación en la Comisión Interjurisdiccional de la Cuenca de la Laguna La Picasa (CICLP), *organismo propio del federalismo de concertación*, generado en el marco de un convenio intrafederal celebrado entre el Estado Nacional y las provincias involucradas en la cuenca hídrica respectiva”. En definitiva, entendió que la CICLP resultaba ser el ámbito adecuado para que las partes involucradas coordinaran el manejo racional, equitativo y sostenible del agua en la cuenca, desarrollaran las obras necesarias, establecieran las regulaciones pertinentes y, eventualmente, resolvieran los conflictos que pudieran llegar a suscitarse con relación a la problemática de la laguna La Picasa. Por ello resolvió, entre otras cosas, exhortar a las par-

lización perjudicial a Buenos Aires y toda su Cuenca del río Salado, ejecutada unilateralmente por Santa Fe”. En razón de ello, la Corte concluyó que no quedaban conflictos vigentes entre las partes.

tes a fortalecer institucionalmente el esquema de constitución y funcionamiento de la CICLP como instancia de colaboración para la gestión conjunta de los recursos hídricos.

Esta resolución de la Corte pone en evidencia la importancia de los organismos de cuenca como mecanismos propios del federalismo de concertación. Ello, en razón de que posibilitan una instancia de diálogo en un marco de cooperación y colaboración, propician la participación coordinada de las autoridades competentes para una gestión integrada del recurso ambiental, generan un ámbito para la búsqueda de consensos y acuerdos para las obras que deben llevarse a cabo y para la solución definitiva de la problemática ambiental de que se trate y brindan un espacio para dirimir los posibles conflictos que pudieran llegar a generarse entre las jurisdicciones implicadas.

IV.3. Los incendios en el Delta del Paraná

Finalmente, debemos analizar brevemente la causa “Equística Defensa del Medio Ambiente” (22). En el marco de una acción de amparo colectivo ambiental iniciado contra la Municipalidad de Rosario, la Provincia de Santa Fe, la Municipalidad de Victoria, la Provincia de Entre Ríos y el Estado Nacional por los incendios indiscriminados en el Delta del Paraná, la asociación civil actora solicitó el dictado de una medida cautelar para que se ordenara a los demandados el cese inmediato de los focos de incendio, bajo apercibimiento de *astreintes*.

Como primer punto, nuestro máximo tribunal resaltó, en consonancia con lo expresado en la OC-23/17 mencionada al comienzo de este trabajo, la íntima vinculación que tiene el daño ambiental con otros derechos humanos como puede ser, en el caso, la salud de las personas, al afirmar que “los referidos incendios, si bien constituyen una práctica antigua, han adquirido una dimensión que afecta a todo el ecosistema y la salud de la población”. En efecto, la Corte remarcó que, como consecuencia de los incendios, resultaba afectada la salud pública y, por consiguiente, la calidad de vida de los habitantes de ciudades vecinas por el “incremento de los niveles de monóxido de carbono y de partí-

(22) Fallos 343:726.

culas sólidas en suspensión durante la propagación de la nube de humo, la que por lo general produce problemas en la salud, tales como irritación en nariz, garganta, pulmones y ojos, problemas respiratorios y otras perturbaciones más complejas” (23).

Por otra parte, remarcó que debía tenerse en cuenta que, a partir de la reforma constitucional de 1994, con la inclusión de la cláusula ambiental en el art. 41, el paradigma jurídico que regula los bienes colectivos ambientales es ecocéntrico o sistémico, por lo que no tiene en cuenta solamente los intereses privados o estatales, sino los del sistema mismo “debiendo conjugar el territorio ambiental, de base natural, con el territorio federal, de base cultural o política”. En este sentido, luego de analizar diversas normas jurídicas, encuadró los hechos denunciados en la figura legal de la emergencia ambiental —arts. 2º, inc. k), y 4º, “principio de cooperación”, de la ley 25.675— y dispuso que los incendios debían ser controlados de forma inmediata.

En razón de lo expuesto y por encontrar configurados los presupuestos necesarios para hacer lugar a la pretensión cautelar (24), la Corte resolvió —entre otras cuestiones— ordenar la

(23) En este punto, la Corte señaló, además, que “los incendios provocan molestias que exceden el límite de la normal tolerancia, por la presencia en cantidades importantes de partículas en el aire, que se desprenden de las llamas, que contaminan el aire. La población que obtiene su sustento del río se ve igualmente afectada, ya que se ven impedidos de acceder normalmente a los sitios que forman parte de su cultura. Del mismo modo, la actividad turística y recreativa está gravemente dificultada”.

(24) Destacó que resultaba verosímil la denuncia acerca del desarrollo de la actividad ilegal de quema de pastizales y que el peligro en la demora surgía de la necesidad de evitar que el daño ambiental colectivo continuara o agravara la degradación del ambiente en la región del Delta del Paraná. Por ello resaltó que “resulta con suficiente evidencia, aun en esta instancia cautelar del proceso, que hay una afectación severa de un recurso ambiental o ecológico de naturaleza interjurisdiccional; que hay efectiva degradación ambiental o afectación del Delta del Río Paraná, que compromete seriamente su funcionamiento y sustentabilidad; que su conservación es prioritaria, no solo en interés de las generaciones presentes, sino también en defensa de las generaciones futuras; y que como consecuencia de estos incendios, hay afectación en la calidad del aire”.

formación de un Comité de Emergencia Ambiental que tuviera como objeto la problemática descripta, integrado por las provincias de Santa Fe, Entre Ríos y Buenos Aires, y los municipios de Victoria y Rosario. Asimismo, incluyó en el dictado de la cautelar a la Provincia de Buenos Aires, pese a que esta no había sido demandada por la asociación civil, por entender que la medida precautoria “cuya adopción el caso requiere, referida al sector donde se concentran los incendios reiterados —esto es, la región del Delta del Paraná— y en el marco institucional en el que deberá llevarse a cabo [PIECAS-DP (25)], impone que no se limite a las jurisdicciones territoriales demandadas”. Enfatizó que, en el caso, la intervención de la justicia estaba limitada a *fortalecer las labores de fiscalización por parte de los Estados*.

Este caso resulta un claro ejemplo de cómo funciona el principio de cooperación en la práctica, especialmente, en cuanto al tratamiento de las emergencias ambientales en forma conjunta por las distintas jurisdicciones afectadas. Por otra parte, se destaca que la Corte decidió —una vez más— ordenar la formación de un Comité de Emergencia Ambiental que tuviera como objeto la problemática descripta, para asegurar la actuación coordinada de las jurisdicciones afectadas por la problemática ambiental en el Delta del Paraná y para que, en ese ámbito, se adopten las medidas necesarias para prevenir, controlar y terminar con los incendios irregulares en la región.

V. Conclusión

Con el reconocimiento constitucional del derecho a un medio ambiente sano, equilibrado y apto para el desarrollo humano quedó configurado un nuevo reparto de competencias entre

(25) El Estado Nacional y las Provincias de Buenos Aires, Entre Ríos y Santa Fe, suscribieron, el 25/09/2008, una “Carta de Intención” a través de la cual se comprometieron a elaborar un “Plan Integral Estratégico para la Conservación y Aprovechamiento Sostenible en el Delta del Paraná” (PIECAS-DP). Entre sus objetivos, se incluyó “la necesidad de encontrar soluciones viables y efectivas a la problemática vinculada a los incendios que afectaron diferentes zonas del Delta del Paraná, así como la promoción de procesos tendientes al logro de una armonización normativa al servicio de la conservación y desarrollo sostenible de ese territorio”.

el Estado federal y las provincias. El nuevo criterio de distribución contemplado en la norma fundamental, trae aparejada la necesaria coordinación entre los distintos niveles de gobierno. Ahora bien, el alcance de la distribución de competencias en el sistema federal puede ser analizado desde una postura disyuntiva o separatista o desde una percepción conjuntiva o cooperativa.

A lo largo del presente trabajo, hemos visto que la Corte Suprema de Justicia de la Nación prioriza en sus resoluciones la actuación coordinada entre las jurisdicciones afectadas para lograr una solución definitiva del conflicto planteado. En este sentido, nuestro máximo tribunal ha señalado en diversos pronunciamientos la necesidad de superar los enfoques separatistas y resolver las controversias que se presentan con base en un federalismo de concertación, como así también la importancia de los organismos de cuenca para generar una instancia de diálogo entre las jurisdicciones afectadas. Asimismo, se resaltó que dichos organismos crean un ámbito para la búsqueda de consensos y acuerdos y brindan un espacio para resolver conflictos. Por ello, ha fomentado, en las diversas resoluciones analizadas, el trabajo conjunto en el marco de la Comisión Interprovincial del Atuel Inferior (CIAI), la Comisión Interjurisdiccional de la Laguna La Picara (CICLP) y del Comité de Emer-

gencia Ambiental por los incendios en el Delta del Paraná.

En conclusión, podemos decir que, en materia ambiental, la Corte Suprema adopta una clara percepción conjuntiva o cooperativa propia del federalismo de concertación para resolver controversias, promoviendo la cooperación entre los distintos niveles de gobierno.

VI. Bibliografía complementaria

BIDART CAMPOS, Germán J., “Manual de la Constitución reformada”, Ediar Sociedad Anónima Editorial, Comercial, Industrial y Financiera, Buenos Aires, 2010.

CAFFERATTA, Néstor Alfredo, “Introducción al Derecho Ambiental”, Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales (SEMARNAT), Instituto Nacional de Ecología (INE), Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA), México, DF, 1ª ed.

GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, “Federalismo concentrado vs. federalismo concertado”, LA LEY del 05/08/2019.

MAQUEDA, Juan Carlos, “Derecho ambiental constitucional”, RDAMB., Lexis Nexis nro. 11, Buenos Aires, julio-septiembre, 2007.

CONTAMINACIÓN DE RÍOS

Posible afectación interjurisdiccional. Cuestión que corresponde a la justicia federal. Disidencia.

Con nota de Carlos Maximiliano Amaya

1. — Es competente la justicia federal para entender en la causa en la que se investiga una supuesta infracción a la ley 24.051 por parte de una empresa a raíz de la descarga de efluentes líquidos sin el adecuado tratamiento al río Tercero. Existen factores que permiten concluir que los ríos Carcarañá y Paraná podrían, razonablemente, por la interdependencia que se verifica entre los elementos de una cuenca hídrica, convertirse en cuerpo receptor del efluente contaminante que, *prima facie*, afectaría al río Tercero.
2. — La exigencia de interjurisdiccionalidad de la contaminación es presupuesto inexorable para atribuir la competencia federal.
3. — La concepción de unidad ambiental de gestión de las cuencas hídricas, como bien colectivo de pertenencia comunitaria y de objeto indivisible, se encuentra previsto con claridad y contundencia en el Régimen de Gestión Ambiental de Aguas (ley 25.688, arts. 2°, 3° y 4°).
4. — La cuenca hidrográfica se presenta como una delimitación propia de la denominada “territorialidad ambiental”, que responde a factores predominantemente naturales y se contraponen con la territorialidad federal, que expresa una decisión predominantemente histórica y cultural (aquella que delimita las jurisdicciones espaciales de los sujetos partícipes del federalismo argentino).
5. — Resulta dirimente en la solución de conflictos de competencia la existencia de elementos de los que pueda concluirse, con cierto grado de razonabilidad, que la contaminación investigada pueda afectar otros cauces de agua interjurisdiccionales y a tal conclusión podría arribarse a partir de aspectos tales como el grado de contaminación registrado, las características del curso de agua receptor de la contaminación, el elemento contaminante de que se trate, la distancia que este debe recorrer, su volumen, u otros datos que se estimen pertinentes a los fines de determinar la potencialidad señalada.
6. — No resulta competente la justicia federal para entender en la causa en la que se investiga una

supuesta infracción a la ley 24.051 por parte de una empresa a raíz de la descarga de efluentes líquidos sin el adecuado tratamiento al río Tercero, pues no hay ningún elemento de juicio que autorice la afirmación de que la descarga de efluentes líquidos sin adecuado tratamiento al citado río de la Provincia de Córdoba, por parte de la empresa denunciada afecte a las personas o al ambiente en el territorio de otra provincia (del voto en disidencia del Dr. Rosenkrantz).

7. — La prueba sobre la afectación a las personas o al ambiente de otra provincia a los fines de hacer surgir la competencia federal no puede ser suplida con la invocación obvia de la naturaleza integral e interdependiente de las cuencas hídricas o de los recursos naturales en general ya que, si ello bastara, todo conflicto medioambiental sería de competencia federal, conclusión que contraría el criterio legislativo y constitucional en la materia (del voto en disidencia del Dr. Rosenkrantz).

CS, 10/02/2022. - NN s/ infracción ley 24.051 - Denunciante: Unidad Fiscal de Investigaciones en materia ambiental.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/3872/2022]

CSJ 001551/2019/CS001

Suprema Corte:

A mi manera de ver, se verifican en la presente contienda de competencia circunstancias sustancialmente análogas a las consideradas al emitir dictamen en el día de la fecha en la Competencia CSJ 588/2019/CS1 *in re* “Fábrica Militar Río Tercero s/ infracción ley 24.051”, suscitada entre idénticos tribunales, a cuyos fundamentos y conclusiones cabe remitirse *mutatis mutandis* en razón de brevedad.

Por lo tanto, opino que corresponde al juzgado federal conocer en esta causa. Buenos Aires, agosto de 2019. — *Eduardo E. Casal*.

Competencia CSJ 1551/2019/CS1

Buenos Aires, febrero 10 de 2022.

Considerando:

1°) Que entre el Juzgado de Control, Niñez, Juventud y Penal Juvenil y Faltas de Río Tercero y el Juzgado Federal de Villa María, ambos de la Provincia de Córdoba, se suscitó un conflicto negativo de competencia, en la causa en que se investiga una supuesta

infracción a la ley 24.051, por parte de la empresa Atanor SCA ubicada en el polo químico de la ciudad de Río Tercero, a raíz de la descarga de efluentes líquidos sin el adecuado tratamiento al río Tercero, afluente del río Carcarañá, que desemboca en el río Paraná.

2°) Que la causa tuvo su origen en una denuncia formulada por el titular de la Unidad Fiscal de Investigaciones en Materia Ambiental (UFIMA), quien encuadró los hechos en el artículo 55 de la ley 24.051. El juez local declinó su competencia a favor de la justicia federal con fundamento en que el río Tercero, luego de atravesar la ciudad homónima, recorre otras localidades que exceden la Décima Circunscripción Judicial, siendo además el principal afluente del río Carcarañá, situado en la Provincia de Santa Fe, por lo que los hechos que se investigan podrían producir una afectación más allá de los límites de la Provincia de Córdoba, lo que determinaría a su criterio la competencia del fuero de excepción (fs. 117/120 vta.).

3°) Que, por su parte, el magistrado federal consideró prematura tal declaración, en el estado incipiente en que se encuentra la investigación.

Con la insistencia del magistrado local, y la elevación del legajo a este Tribunal, quedó formalmente trabada la contienda (fs. 131).

4°) Que la ley 24.051 delimita su aplicación, y por ende la competencia federal en los términos del artículo 58, a aquellos supuestos de “generación, manipulación, transporte, tratamiento y disposición final de residuos peligrosos...cuando se tratare de residuos generados o ubicados en lugares sometidos a jurisdicción nacional o, aunque ubicados en territorio de una provincia estuvieren destinados al transporte fuera de ella, o cuando, a criterio de la autoridad de aplicación, dichos residuos pudieren afectar a las personas o el ambiente más allá de la frontera de la provincia en que se hubiesen generado, o cuando las medidas higiénicas o de seguridad que a su respecto fuere conveniente disponer, tuvieren una repercusión económica sensible tal, que tornare aconsejable uniformarlas en todo el territorio de la Nación, a fin de garantizar la efectiva competencia de las empresas que debieran soportar la carga de dichas medidas” (artículo 1°, énfasis agregado).

Por su parte, la Ley 25.675 General del Ambiente establece en su artículo 7° que “la aplicación de esta ley corresponde a los tribunales ordinarios según corresponda por el territorio, la materia, o las personas. En los casos que el acto, omisión o situación generada provoque efectivamente degradación o contaminación en recursos ambientales interjurisdiccionales, la competencia será federal” (énfasis agregado). De tal manera, de la lectura de la norma citada se concluye

la regla de la competencia ordinaria y la excepción de la competencia federal para aquellos casos en que, efectivamente, se verifique una afectación interjurisdiccional.

5°) Que, en el marco normativo citado, este Tribunal ha subrayado la exigencia de interjurisdiccionalidad de la contaminación como presupuesto inexorable para atribuir la competencia federal (“Lubricentro Belgrano”, Fallos: 323:163), aun frente a la constatación de la presencia de residuos peligrosos.

A tal efecto, se tuvo en cuenta la intención puesta de manifiesto por el legislador en el debate parlamentario de la ley 24.051, que no fue otra que la de respetar las atribuciones de las provincias para dictar normas de igual naturaleza. Ello en el marco de las atribuciones reconocidas en el artículo 41 de la Constitución Nacional, conforme el cual corresponde a la Nación la facultad de dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección del ambiente, y a las provincias las necesarias para complementarlas, sin que aquellas alteren las jurisdicciones locales.

Por su parte, la Corte sostuvo que debe conocer el fuero de excepción cuando tal afectación jurisdiccional “no puede descartarse” (Fallos: 318:1369; 325:823; 328:1993; 329:1028, entre otros).

6°) Que en la presente causa se investiga la contaminación producida por la empresa Atanor al río Tercero, donde se habría constatado el vuelco de efluentes líquidos con parámetros que determinan la característica peligrosa H12 Ecotóxicos (sustancias o desechos que, si liberan, tienen o pueden llegar a tener efectos adversos inmediatos o retardados en el medio ambiente debido a la bioacumulación o los efectos tóxicos en los sistemas bióticos) de la ley 24.051.

Específicamente, uno de los recursos ambientales que se encontraría afectado por los hechos investigados es un río interno de la Provincia de Córdoba (río Tercero o Ctalamochita), que consiste en un río de llanura, continuo, sin accidentes, que confluye con el Saladillo, dando origen al río Carcarañá, que continúa su curso en la Provincia de Santa Fe, donde finalmente desemboca en el río Paraná.

En consecuencia, el tema a decidir en el presente es el criterio de atribución de competencias que debe utilizarse en la investigación de la contaminación con residuos peligrosos o patológicos de un cauce de agua interno provincial, cuando este pertenece a una cuenca hídrica interjurisdiccional.

7°) Que, en la ponderación de tal criterio cabe en primer lugar señalar que la Ley General del Ambiente

establece que su aplicación e interpretación, así como de toda otra norma a través de la cual se ejecute la política ambiental, estará sujeta al cumplimiento de los principios establecidos en su artículo 4°, que se deben integrar, conforme el artículo 5° en todas las decisiones de carácter ambiental.

Los principios allí destacados, es decir de congruencia, de prevención, precautorio, y de sustentabilidad, entre otros, informan todo el sistema de derecho ambiental, y su aplicación resulta determinante también en cuestiones de competencia.

8°) Que este Tribunal se ha pronunciado sobre la trascendencia del concepto de cuenca hidrográfica, recordando que “son ámbitos físicos dentro de los cuales los distintos usos y efectos de los recursos hídricos y los demás recursos naturales son naturalmente interdependientes y por tal motivo deben ser usados y conservados de manera integrada” (Fallos: 340:1695).

En efecto, la noción que da sentido a la cuenca hídrica es la de unidad, en la que se comprende el ciclo hidrológico en su conjunto, ligado a un territorio y a un ambiente particular (Fallos: 342:1203). La esencial interrelación entre los componentes de una cuenca hídrica, que hace del curso de agua un verdadero sistema, se refleja en la estrecha interdependencia observable entre sus diversos elementos (Fallos: 340:1695, considerando 13). En tal sentido, la concepción de unidad ambiental de gestión de las cuencas hídricas, como bien colectivo de pertenencia comunitaria y de objeto indivisible, se encuentra previsto con claridad y contundencia en el Régimen de Gestión Ambiental de Aguas (ley 25.688, artículos 2°, 3° y 4°).

En este marco, la cuenca se presenta como una delimitación propia de la denominada “territorialidad ambiental”, que responde a factores predominantemente naturales y se contrapone con la territorialidad federal, que expresa una decisión predominantemente histórica y cultural (aquella que delimita las jurisdicciones espaciales de los sujetos partícipes del federalismo argentino) (cfr. Fallos: 340:1695).

En torno a tales perspectivas, este Tribunal ha sostenido que la relevancia constitucional que la protección ambiental y el federalismo tienen en nuestro país exige emprender una tarea de “compatibilización”, que no es una tarea “natural” (porque ello significaría “obligar” a la naturaleza a seguir los mandatos del hombre) sino predominantemente “cultural” (Fallos: 340:1695).

9°) Que, en consecuencia, en el *sub examine* corresponde compatibilizar: i) el carácter excepcional y res-

trictivo de la competencia federal (artículos 121, 116, y 75, inciso 12 de la Carta Fundamental), acotada y definida a los poderes que las provincias delegaron en el Estado Federal (Fallos: 341:324; 342:667, entre muchos otros); con ii) la naturaleza integral e interdependiente de la cuenca hídrica (Fallos: 340:1695; 342:1203), a la luz de los principios precautorio y preventivo del derecho ambiental (artículo 4° ley 25.675) y teniendo en consideración que las causas y las fuentes de los problemas ambientales se deben atender en forma integrada. Todo ello en el marco restringido y provisorio del ámbito cognoscitivo propio en el que se dirimen las cuestiones de competencia (Fallos: 339:353).

En esa línea, cabe concluir que resulta dirimente en la solución de conflictos de competencia como el presente la existencia de elementos de los que pueda concluirse, con cierto grado de razonabilidad, que la contaminación investigada pueda afectar otros cauces de agua interjurisdiccionales. A tal conclusión podría arribarse a partir de aspectos tales como el grado de contaminación registrado, las características del curso de agua receptor de la contaminación, el elemento contaminante de que se trate, la distancia que este debe recorrer, su volumen, u otros datos que se estimen pertinentes a los fines de determinar la potencialidad señalada (arg. “Municipalidad de Famallá y Empresa San Miguel” Fallos: 343:396).

10) Que en el *sub judice* es posible verificar que:

a) surge del informe técnico producido por la UFIMA (fs. 99/102) las características de las emanaciones líquidas objeto de la presente causa, en particular que estas presentan parámetros en exceso de DBO (demanda bioquímica de oxígeno) y DQO (demanda química de oxígeno), lo que indica la presencia elevada de materia orgánica que provoca el consumo de oxígeno disuelto del cuerpo receptor, y determina la característica peligrosa H12 Ecotóxicos a que se ha hecho referencia en el considerando 6° (sustancias o desechos que, si se liberan tienen o pueden llegar a tener efectos adversos inmediatos o retardados en el medio ambiente debido a la bioacumulación o los efectos tóxicos en los sistemas bióticos, punto 2 del informe técnico producido por la UFIMA citado con anterioridad).

b) que, por su parte, las capacidades hidrográficas del río Tercero a que se ha hecho referencia en “Fábrica Militar Río Tercero” (Fallos: 344:1642), permitirían, en principio, derivar su dificultad para depurar el tipo de efluentes en estudio. En efecto, la sustancia arrojada, por sus características, podría tener como efecto el consumo del oxígeno disuelto del cuerpo receptor, con el consiguiente impacto negativo sobre los organismos acuáticos. De esa manera, podría razonablemente conllevar la afectación interjurisdiccional, ya

sea por el impacto acumulativo de los contaminantes sobre el río, o bien por los efectos tóxicos que estos causan sobre los organismos vivos (sistema biótico) que lo componen.

Lo dicho es suficiente para concluir que en el presente caso existen factores que permiten concluir que los ríos Carcarañá y Paraná podrían, razonablemente y en el marco de la interdependencia que se verifica entre los elementos de una cuenca hídrica, convertirse en cuerpo receptor del efluente contaminante que, *prima facie*, afectaría al río Tercero.

11) Que, en definitiva, con los estándares de ponderación provisorios y restringidos característicos de esta etapa inicial del proceso, se considera que se encuentra configurada, con carácter provisorio, la presencia de elementos que permiten razonablemente colegir el requisito de afectación interjurisdiccional, lo que hace surtir la competencia de la justicia federal.

Por ello, y de conformidad con lo dictaminado por el señor Procurador General interino, se declara que deberá entender en la presente causa en la que se originó la cuestión incidental de competencia, el Juzgado Federal de Villa María, Provincia de Córdoba, al que se le remitirá. Hágase saber al Juzgado de Control, Niñez, Juventud y Penal Juvenil y Faltas de Río Tercero, provincia homónima. — *Horacio D. Rosatti*. — *Juan C. Maqueda*. — *Carlos F. Rosenkrantz*. — *Ricardo L. Lorenzetti*.

Disidencia del doctor *Rosenkrantz*

Considerando:

1º) Entre el Juzgado de Control, Niñez, Juventud y Penal Juvenil y Faltas de Río Tercero y el Juzgado Federal de Villa María, ambos de la Provincia de Córdoba, se suscitó la presente contienda negativa de competencia en la causa en la que se investiga la presunta infracción a la ley 24.051 por parte de los responsables de la empresa Atanor SCA, ubicada en el polo químico de la ciudad de Río Tercero, mediante la descarga de efluentes líquidos sin adecuado tratamiento al río Tercero.

2º) La jueza provincial declinó la competencia para entender en la causa. Para así decidir, sostuvo que existía la posibilidad de que los efectos nocivos a la salud de las personas y/o seres vivos denunciados se propagasen más allá de la Provincia de Córdoba, pues el río Tercero, luego de atravesar la ciudad homónima, recorre otras localidades que exceden la Décima Circunscripción Judicial, siendo además el principal afluente del río Carcarañá, situado en la Provincia de Santa Fe. Por ello, para la jueza provincial, los hechos que se investigan podrían producir una afectación

más allá de los límites de la Provincia de Córdoba, lo que determina la competencia del fuero de excepción (fs. 117/120 vta.).

Por su parte, el juez federal rechazó la atribución de competencia. Consideró que, en el estado incipiente en que se encontraba la investigación, la declaración de incompetencia de la jueza provincial resultaba prematura. Destacó que las únicas constancias obrantes en la causa eran las aportadas por la Unidad Fiscal de Investigaciones en Materia Ambiental y que de ellas no surgía que los hechos investigados produjeran una afectación que excediera los límites de la ciudad de Río Tercero, lo que permitía concluir que no existían problemas ambientales compartidos por más de una jurisdicción. Afirmó que, en tales condiciones, la postura adoptada por la jueza provincial se sustentaba en una situación hipotética que no se encontraba respaldada por informes o estudios que dieran cuenta de una efectiva afectación interjurisdiccional. Por ello, concluyó que no se encontraba demostrada con un grado de convicción suficiente la interjurisdiccionalidad que, de acuerdo a la doctrina de la Corte, se exige para la procedencia del fuero federal (fs. 127/129 vta.).

Remitida la causa a la jueza provincial, esta insistió en su incompetencia (fs. 131). Con esta sentencia quedó formalmente trabada la contienda de competencia.

3º) En la presente causa corresponde determinar el criterio de atribución de competencia en casos en los que se investigan supuestos de contaminación ambiental por residuos peligrosos en el marco de la ley 24.051. Este Tribunal se ha pronunciado en numerosas oportunidades sobre el tema.

Con anterioridad al pronunciamiento dictado en la causa “Lubricentro Belgrano” (Fallos: 323:163), esta Corte aceptaba la competencia de los tribunales federales ante la mera posibilidad de que en el hecho contaminante estuviere involucrada alguna de las sustancias comprendidas en el Anexo I de la ley 24.051 y se hubiera denunciado la comisión de algunos de los delitos previstos en los artículos 55 a 57 de la referida ley (cfr., por ejemplo, Fallos: 317:1332 y 318:1369).

En el año 2000, al resolver la causa “Lubricentro Belgrano”, el Tribunal modificó su criterio. Con el propósito de dar plena aplicación a la intención del legislador, de respetar las atribuciones de las provincias en la materia, y en función del análisis armónico de la ley 24.051 y del artículo 41 de la Constitución Nacional —que atribuye a la Nación la facultad de dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección del ambiente sin que ellas alteren las jurisdicciones locales—, estimó que correspondía la jurisdicción de los tribunales provinciales cuando de las probanzas del sumario no surgía que los desechos

podrían afectar a las personas o al ambiente fuera de los límites de la provincia respectiva, incluso si los materiales secuestrados pudieran considerarse residuos peligrosos en los términos de la ley 24.051.

En la causa “Presidente de la Asociación Civil Yusef s/ denuncia p/ basural a cielo abierto en Ohuanta” (Competencia CSJ 285/2011 (47-C)/CS1, resuelta el 19 de junio de 2012), el Tribunal, luego de recordar el cambio jurisprudencial antes mencionado, citó pronunciamientos que endosaban la doctrina de “Lubricentro Belgrano” en casos decididos con posterioridad a ella (Fallos: 326:915, 1649, 4996; 327:2777, 4336; 329:2358; 330:1823; 331:1231; 332:867; y Competencia CSJ 192/2007 (43-C)/CS1 “Química Hiper s/ incendios, explosiones o inundación”, resuelta el 5 de junio de 2007) y precisó que la intervención del fuero federal está limitada a los casos en los que la afectación ambiental interjurisdiccional este demostrada con un grado de convicción suficiente (considerando 4°, segundo párrafo). Este criterio fue reiterado en otros pronunciamientos (Competencia CSJ 528/2011 (47-C)/CS1 “Indunor SA s/ sup. infracc. ley 24.051”; Competencia CSJ 588/2011 (47-C)/CS1 “Quevedo, Carlos Alberto s/ demanda”, sentencias del 19 de junio de 2012; Competencia CSJ 802/2011 (47-C)/CS1 “N.N. s/ av. inf. ley 24.051 (Laguna de los Padres)”, sentencia del 7 de agosto de 2012).

Por lo tanto, a los fines de decidir la cuestión de competencia aquí planteada, es necesario determinar si existen probanzas efectivas —no meramente conjeturales— que, con un grado de convicción suficiente, demuestren que la descarga de efluentes líquidos sin adecuado tratamiento al río Tercero por Atanor SCA afecta a las personas o al ambiente fuera de los límites de la Provincia de Córdoba.

En el caso no se ha verificado el presupuesto antes explicado para la procedencia de la jurisdicción federal. No hay ningún elemento de juicio que autorice la afirmación de que la descarga de efluentes líquidos sin adecuado tratamiento al río Tercero, Provincia de Córdoba, por parte de la empresa denunciada afecte a las personas o al ambiente en el territorio de otra provincia.

4°) La prueba exigida por el criterio que se acaba de recordar no puede ser suplida con la invocación obvia de la naturaleza integral e interdependiente de las cuencas hídricas o de los recursos naturales en general ya que, si ello bastara, todo conflicto medioambiental sería de competencia federal, conclusión que contraría el criterio legislativo y constitucional en la materia. Para decirlo en palabras de esta misma Corte:

“...la indiscutible migración de los cursos de agua, y de elementos integrados a ella como consecuencia de la acción antrópica, no son datos suficientes para te-

ner por acreditada la interjurisdiccionalidad invocada (...) (arg. Fallos: 329:2469, citado, considerando 3°). Si bien la interdependencia es inherente al ambiente, y sobre la base de ella podría afirmarse que siempre se puede aludir al carácter interjurisdiccional referido, para valorar las situaciones que se plantean no debe perderse de vista la localización del factor degradante, y resulta claro que en el *sub lite* dicho factor, en el caso de existir, se encuentra en el territorio de la Provincia de San Juan. Ello, más allá de la movilidad que se le pueda atribuir a ciertos elementos que se utilicen en la explotación minera que se denuncia, y con relación a los cuales sería muy difícil afirmar —con los antecedentes obrantes en autos y sin prueba concreta al respecto— que llegan a otros territorios con las características contaminantes que se le atribuyen; y que autoricen a concluir que será necesario disponer que otras jurisdicciones recompongan el medio ambiente tal como se pide” (Fallos: 330:4234).

Por último, para decidir cuestiones de competencia entre tribunales provinciales y federales no es suficiente la invocación de los principios de prevención, precautorio, de sustentabilidad y de congruencia que rigen en materia ambiental de acuerdo con el artículo 4° de la ley 25.675. Ello es así puesto que es imperativo para todas las jurisdicciones garantizar no solamente la vigencia de estos principios sino también la de todos aquellos que rigen en materia ambiental. Lo dicho resulta del texto mismo de la ley 25.675, reglamentaria del artículo 41 de la Constitución y, por consiguiente, de la regla contenida en dicha cláusula que manda respetar las jurisdicciones locales. Es este sentido, el artículo 7° de la referida ley dispone que “la aplicación de esta ley [es decir, de los principios que ella recepta] corresponde a los tribunales ordinarios según corresponda por el territorio, la materia, o las personas” y que solo procede la competencia federal “en los casos que el acto, omisión o situación generada provoque efectivamente degradación o contaminación en recursos ambientales interjurisdiccionales”.

Como fue dicho por esta Corte, para decidir sobre la naturaleza federal o provincial del pleito, la determinación del carácter interjurisdiccional del daño denunciado debe ser realizada de un modo particularmente estricto de manera tal que, si no se verifican los supuestos que la determinan, el conocimiento de la causa en cuestión corresponde a la justicia local (Fallos: 324:1173; 334:1143, entre muchos otros).

Por ello, y habiendo oído al señor Procurador General interino, se declara que deberá entender en la causa en la que se originó la presente cuestión de competencia el Juzgado de Control, Niñez, Juventud, Penal Juvenil y Faltas de Río Tercero, al que se le remitirá. Hágase saber al Juzgado Federal de Villa María, Córdoba. — *Carlos F. Rosenkrantz*.

Competencia de excepción en materia ambiental: interjurisdiccionalidad

Carlos Maximiliano Amaya^(*)

Sumario: I. El caso.— II. La competencia en materia ambiental.— III. El fallo dividido.— IV. Los argumentos en favor de la competencia federal.— V. Postura y opinión del autor.

I. El caso

La causa judicial se originó a raíz de una denuncia formulada en el año 2018 por el titular de la Unidad Fiscal de Investigaciones en Materia Ambiental (UFIMA), en contra de la empresa Atanor SCA ubicada en el polo químico de la ciudad de Río Tercero (prov. de Córdoba), a raíz de la descarga de efluentes líquidos sin el adecuado tratamiento al río Tercero, afluente del río Carcarañá, que desemboca en el río Paraná, encuadrando los hechos investigados por la supuesta violación al art. 55 de la ley 24.051.

La investigación recayó inicialmente en el Juzgado de Control, Niñez, Juventud y Penal Juvenil y Faltas de Río Tercero, decidiendo el titular a su cargo declinar la competencia en favor de la Justicia Federal, bajo el fundamento de que el río Ctlamochita, luego de atravesar la ciudad de Río Tercero, recorre otras localidades que exceden la Décima Circunscripción Judicial, siendo además el principal afluente del río Carcarañá (prov. de Santa Fe), por lo que concluyó que los hechos que se investigan “podrían producir una afectación más allá de los límites” provinciales.

Una vez ingresado el legajo dentro de la órbita del fuero de excepción, el juez federal de Villa María entendió que la declaración de incompetencia dispuesta por el magistrado local resultó prematura, en atención al estado incipiente en que se encontraba la investigación.

Con la insistencia del magistrado local y la elevación del legajo al máximo tribunal de la Nación, quedó formalmente trabada la contienda de competencia negativa; finalmente resuelta el día 10 de febrero de 2022, con la determinación de que sea la Justicia Federal quien instruya la investigación por la supuesta contaminación de la industria Atanor SCA en perjuicio del río Tercero.

II. La competencia en materia ambiental

La competencia del juez para intervenir en un caso, en términos generales es “la capacidad o aptitud que la ley reconoce a un órgano o conjuntos de órganos judiciales para ejercer sus funciones con respecto a una determinada categoría de asuntos o durante una determinada etapa del proceso” (1).

La adopción en nuestro país del sistema federal como forma de gobierno lleva consigo la coexistencia de dos órdenes de gobierno. Esta situación se traslada al Poder Judicial; por ende, existe por un lado una justicia federal y, por otro lado, la justicia local de cada provincia. En ese sentido, obran en la CN y sus leyes complementarias (respetando los lineamientos de la autonomía de las provincias y la soberanía del Estado Nacional) las reglas que determinan la competencia federal, pudiendo ser abordada desde la óptica de las personas, la materia o el lugar. En esta última (aplicable a este caso) debe ser tenido en cuenta si existe afectación de intereses federales nacionales.

(*) Prosecretario letrado de la Fiscalía General de Tucumán.

(1) PALACIO, Lino, "Derecho procesal civil", Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2007, 6ª ed., t. II, ps. 366 y ss.

La jurisdicción federal es la potestad cognoscitiva atribuida a los magistrados federales por la CN (arts. 116 y 117), por la ley 27, por las disposiciones de la ley 48, del dec.-ley 1285/1958 y demás legislación para administrar justicia en los casos y las situaciones contemplados normativamente (2).

La doctrina tiene dicho que la competencia federal es constitucional, taxativa y no puede ampliarse; es de orden público constitucional, y como tal imperativa, inderogable, irrenunciable e indisponible; es contenciosa, limitada y de excepción a los casos delegados por las provincias; privativa y excluyente; prorrogable en razón de las personas en cuyo favor se dispuso la jurisdicción federal, e inalterable (3).

Al hablar de competencia en materia ambiental, resulta imprescindible diferenciar la competencia legislativa de la competencia jurisdiccional.

II.1. La competencia legislativa

Antes de la reforma de nuestra Carta Magna en el año 1994, los ordenamientos ambientales generaban diversos tipos de conflictos provocados por la falta de una normativa al respecto. Esta situación se cambió gracias a la inclusión de reglas de competencia en materia ambiental (cláusula tercera del art. 41 de la CN), las cuales determinan que i) el Estado Nacional tendrá a su cargo el dictado las leyes que fijen los presupuestos mínimos y ii) las provincias tendrán la facultad de legislar en materia ambiental pero sin exceder los presupuestos fijados a nivel federal, con lo cual, cualquier norma que exija índices de contaminación superiores a los establecidos por una norma nacional debe ser considerada inconstitucional.

De este modo, la competencia en materia legislativa respecto del ambiente es concurrente entre la Nación y las provincias, vale decir, es competencia repartida. A uno lo mínimo y a los

otros lo máximo. Con esto queda demostrado, aunque sea de modo implícito, que la responsabilidad por cuidar del ambiente pertenece a quien tiene la jurisdicción sobre este, siempre y cuando no se excedan los topes fijados a nivel nacional. Es decir, las provincias no pueden fijar topes por encima de los establecidos por la ley 24.051. Sin embargo, de manera contraria lo hacen.

II.2. Competencia jurisdiccional

La inclusión ambiental del art. 41 en nuestra Carta Magna vino a traer orden en lo que se refiere a la competencia legislativa pero no jurisdiccional, que simplemente tuvo una solución parcial. Parcialidad propia de esta materia, en razón de que en ella intervienen otros intereses ajenos a una postura proteccionista y con frecuencia los conflictos de índole ambiental que se ocasionan en una provincia trascienden sus límites.

Diversos argumentos pueden utilizar los magistrados para determinar que sea la Justicia Federal quien deba investigar una causa por contaminación. En ese sentido, resulta imprescindible distinguir en qué fuero tramita (civil o penal).

Si se trata de una cuestión civil, la declaración de competencia federal podrá estar fundada en razón:

a) Del domicilio legal de la demandada, siendo este el lugar donde la ley presume, sin admitir prueba en contrario, que una persona reside de manera permanente para el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones (art. 74, Cód. Civ. y Com.).

b) De la persona demandada: la sola intervención de la Nación, directa o indirectamente, en un conflicto jurídico, ya sea como demandante o demandada, da lugar a la aplicación de esta causal (art. 116, CN).

c) De la materia. En una acción civil, como un recurso de amparo, la norma que decide la competencia federal no es la ley 24.051 ni la 25.612, sino la ley 25.675 General del Ambiente, que determina el bien jurídicamente protegido, los principios de la política ambiental, el concepto de "presupuesto mínimo", los métodos de

(2) PALACIO DE CAEIRO, Silvia B., "Competencia federal civil-penal", Ed. La Ley, Buenos Aires, 1999, 1ª ed., cap. II, ps. 55 y ss.

(3) POZO GOWLAND, Héctor, "La competencia contenciosa administrativa en el orden federal", en CASSAGNE, Juan C. (dir.), *Procedimiento y proceso administrativo*, Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires, 2005.

evaluación del impacto ambiental, la responsabilidad por daño ambiental, la competencia judicial en la materia, la educación e información ambientales, el seguro ambiental, el fondo de restauración y el fondo de compensación ambiental.

Si la causa por contaminación se trata de una cuestión penal, será motivo suficiente para entender que ella debe transitar ante el ámbito federal:

a) La conexidad existente ante la comisión de varios delitos relacionados entre sí, objetiva o subjetivamente: abundante es la doctrina que existe a favor de la práctica de este instituto, siendo su fundamento la economía procesal y el derecho de defensa del imputado, quien tendrá todas las actuaciones y la prueba a controlar bajo la órbita de un solo tribunal, resultando también conveniente para la eventual unificación de la sentencia. El procedimiento que regula este proceso acumulativo de causas lo encontramos tipificado dentro del art. 41 ss. y ccds. del Cód. Proc. Penal.

Un ejemplo de ello lo encontramos cuando, ante un hecho manifiesto y público de contaminación ambiental, el funcionario público a cargo del área de medio ambiente actúa pasivamente, no iniciando un procedimiento administrativo o no denunciando el ilícito en sede judicial. Esta maniobra encontraría adecuación típica en los delitos de encubrimiento por contaminación al medio ambiente (arts. 277, Cód. Penal, y 55, ley 24.052) e incumplimiento de los deberes de funcionario público (art. 248, Cód. Penal), con base en el criterio del art. 41 inc. 2º del Cód. Proc. Penal, al encontrarse íntimamente vinculados, orientados todos a un fin común —consistente en ocultar el daño ambiental, por lo que corresponde la actuación del fuero de excepción. En relación con este caso, debe ser materia de examen si la conducta pasiva en la que incurrieron los funcionarios tenía como finalidad encubrir las maniobras delictivas practicadas por quien contamina o simplemente se trató de un mal desempeño de las funciones.

b) La materia (la interjurisdiccionalidad): actualmente, no cabe duda alguna de que la lesión en el ecosistema no se paraliza en la zona de explotación, sino que se traslada hacia

otras regiones o provincias. Esta imposibilidad de controlar el daño generado contra el medio ambiente faculta al Estado federal a utilizar los máximos recaudos con fines proteccionistas. Por esta razón, se dictó en el año 2002 la Ley General del Ambiente, que establece los presupuestos mínimos para el logro de una gestión sustentable y adecuada del ambiente, la preservación y protección de la diversidad biológica y la implementación del desarrollo sostenible en la Argentina.

Es justamente esta ley 25.675 la que establece específicamente en su art. 7º la competencia federal en los casos en que el acto, la omisión o la situación generada provoque efectivamente degradación o contaminación de los recursos ambientales interjurisdiccionales.

En relación con este punto, resulta común la incorrecta aplicación de las leyes 24.051, 25.612 y 25.675, tanto dentro como fuera del ámbito judicial, por lo que corresponde aclarar este punto.

Con la sanción de la ley 25.612, se deroga toda la ley 24.051 y se establece que la justicia ordinaria atenderá los asuntos sobre contaminación al ecosistema, sin hacer mención a la interjurisdiccionalidad. Sin embargo, el Poder Ejecutivo a cargo del Dr. Eduardo Duhalde decidió vetar el capítulo referido a la competencia provincial, quedando vigentes los arts. 55 y 58 (“Será competente para conocer de las acciones penales que deriven de la presente ley la justicia federal”) de la Ley de Residuos Peligrosos. De este modo, los delitos de contaminación siguen siendo de competencia federal.

Así quedaría el cuadro, en resumidas cuentas: en primer término, rige la ley 25.612, en lo que no fue vetado. En segundo término, rige la ley 24.051, en lo que no se contraponga a la ley 25.612, por aquel principio de que la norma posterior deroga a la anterior. En tercer término, rigen especialmente las normas penales de la ley 24.051 y aquellas que resulten necesarias para complementar el tipo penal tales como el art. 2º de dicha ley y sus anexos I y II. Ello, en atención al especial veto que este capítulo sufrió en la ley 25.612.

No puede quedar fuera de análisis el texto del art. 58 de la ley 24.051 que, si bien literalmen-

te resulta claro, su aplicación práctica no ha estado ajeno a complicaciones, lo que posiblemente se deba en mayor medida a la oscilante postura adoptada sobre el particular por la CS y los tribunales inferiores. Al respecto, pueden distinguirse tres etapas jurisprudenciales del máximo tribunal. En un principio se entendió que hasta que no determinarse fehacientemente la existencia de alguno de los desechos previstos por esta ley, la competencia para seguir investigando se otorgaba al juez que previno, sin hacer expresa mención sobre el carácter local o federal, aunque en la mayoría de los casos había prevenido la justicia de excepción (4). En una segunda etapa, primó el criterio según el cual debiéndose investigar un posible ilícito de esta ley, correspondía intervenir al juzgado federal (5). Finalmente, en una tercera postura que perdura hasta la actualidad, puede afirmarse que la Corte ha afianzado el criterio que supedita la jurisdicción federal a aquellos casos en que la contaminación afecte a varias jurisdicciones (6).

Se puede decir que la competencia en materia penal ambiental, en un comienzo recaía específicamente sobre el fuero federal y, con el paso del tiempo fue trasladándose hacia la justicia ordinaria, salvo aquellos casos en que se vieran involucrados en el conflicto a resolver intereses interjurisdiccionales. En otras palabras, cuando los efectos del ilícito trascienden las fronteras de una provincia el hecho debe ser investigado y resuelto por la justicia federal.

Como conclusión de este capítulo, resulta acertado destacar que en el presente caso el máximo tribunal basó su decisión conforme a la normativa mencionada precedentemente. En especial, los arts. 58 (ley 24.051) y 7° (ley 25.675).

III. El fallo dividido

Cuando por alguna razón existen circunstancias que hacen dudosa o controvertida la competencia de un determinado órgano jurisdiccional sobre un asunto concreto, surgen las denominadas cuestiones de competencia que

(4) Fallos 317:486, 317:499 y 317:496.

(5) Fallos 318:244, 318:854 y 318:2118.

(6) Fallos 323:163, 325:269, 326:1598, 326:1649 y 326:4996, entre otros.

son, de modo genérico, aquellas que llevan a la decisión sobre quién deberá entender en esa causa puntual.

En el caso que hoy nos convoca, con la insistencia del juez local sobre la declaración de incompetencia, quedó trabado el conflicto negativo de competencia, sobre el cual se expidió la Corte el pasado 10 de febrero de 2022, determinando, en un fallo dividido, que sea la Justicia Federal quien instruya la causa.

a) Por un lado, los jueces Horacio Rosatti, Juan Carlos Maqueda y Ricardo Lorenzetti entendieron que, previa exposición de una serie de lineamientos vitales para la solución de este tipo de conflictos, la causa debe tramitar dentro de la esfera federal. Ello, en razón de encontrarse verificado el vuelco por parte de la firma Atanor de efluentes líquidos que presentan parámetros en exceso de DBO (demanda bioquímica de oxígeno) y DQO (demanda química de oxígeno), lo que indica la presencia elevada de materia orgánica que provoca el consumo de oxígeno disuelto del cuerpo receptor, determinando la característica peligrosa H12 Ecotóxicos. Asimismo, como consecuencia de ello, se encontraría afectado un río interno (Tercero) de la provincia de Córdoba, caracterizado como río de llanura, continuo, sin accidentes, que confluye con el Saladillo, dando origen al río Carcarañá, que continúa su curso en la provincia de Santa Fe, donde finalmente desemboca en el río Paraná.

Estos elementos resultaron motivo suficiente para concluir que “en el presente caso existen factores que permiten concluir que los ríos Carcarañá y Paraná podrían, razonablemente y en el marco de la interdependencia que se verifica entre los elementos de una cuenca hídrica, convertirse en cuerpo receptor del efluente contaminante que, *prima facie*, afectaría al río Tercero”, por lo que el encargado de investigar este asunto debe ser el magistrado a cargo del Juzgado Federal de Villa María.

b) Mientras que, por otro lado, el Dr. Carlos Rosenkrantz se inclinó por que sea la justicia provincial la encargada de investigar el caso, motivado en que “A los fines de decidir la cuestión de competencia aquí planteada, es necesario determinar si existen probanzas efectivas —no meramente conjeturales— que, con un grado de convicción suficiente, demuestren

que la descarga de efluentes líquidos sin adecuado tratamiento al río Tercero por Atanor SCA (más Fábrica Militar de Río Tercero y Petroquímica de la misma ciudad) afecta a las personas o al ambiente fuera de los límites de la provincia de Córdoba. En el caso, no se ha verificado el presupuesto antes explicado para la procedencia de la jurisdicción federal. No hay ningún elemento de juicio que autorice la afirmación de que la descarga de efluentes líquidos sin adecuado tratamiento al río Tercero, provincia de Córdoba, por parte de la empresa denunciada afecte a las personas o al ambiente en el territorio de otra provincia” y que la prueba exigida para —pasarla a la Federal— “no puede ser suplida con la invocación obvia de la naturaleza integral e interdependiente de las cuencas hídricas”. Esta posición en minoría llevó a que un medio periodístico de la ciudad de Villa María se refiera en estos términos: “Si los fallos judiciales tuvieran lenguaje común, podría decirse que Carlos Rosenkrantz, juez de la Corte Suprema de Justicia (CSJ), diría que lo que pasa en Río Tercero queda en Río Tercero” (7).

Como bien destaca el máximo tribunal, el tema a decidir giraba en torno a cuál es el criterio de atribución de competencias que debe utilizarse en la investigación por la contaminación con residuos peligrosos o patológicos de un cauce de agua interno provincial que pertenece a una cuenca hídrica interjurisdiccional.

IV. Los argumentos en favor de la competencia federal

Previo al tratamiento de los argumentos de este caso en particular, los jueces en mayoría exponen que, para poder determinar la competencia de una causa con características como las presentadas en este asunto, debe existir necesariamente una armonización entre: 1) el sistema federal adoptado por nuestro país, el cual establece una competencia federal de carácter excepcional y limitada en la materia a los casos que enuncia el art. 116 de la CN y en los casos de recurso extraordinario del art. 14 ley 48, quedando la administración de justicia en manos

de las provincias (8); y 2) la política de protección ambiental, que fuera incluida en nuestra Carta Magna por los constituyentes de 1994, al incorporar el derecho a un ambiente sano y los derechos de incidencia colectiva general. A este punto nuestro máximo tribunal se refirió en los siguientes términos: “El reconocimiento de *status* constitucional del derecho al goce de un ambiente sano, así como la expresa y típica previsión atinente a la obligación de recomponer el daño ambiental, no configuran una mera expresión de buenos y deseables propósitos para las generaciones por venir, supeditados en su eficacia a una potestad discrecional de los poderes públicos, federales o provinciales, sino la precisa y positiva decisión del constituyente de 1994 de enumerar y jerarquizar con rango supremo a un derecho preexistente” (9).

El primer punto, referido al federalismo, ya fue materia de análisis (segundo acápite), dejando como conclusión que ante un hecho por contaminación: la regla, es la competencia ordinaria. La excepción es la competencia federal, la cual interviene en aquellos casos donde se verifique una afectación interjurisdiccional.

En relación con el segundo punto (protección ambiental), los jueces del alto tribunal señalan los parámetros que necesariamente deben tenerse en cuenta al momento de resolver este tipo de problemas ambientales, citando en ese sentido a los principios generales ambientales y a la característica de la cuenca hidrográfica. Finalmente, afirman que “resulta dirimente en la solución de conflictos de competencia como el presente la existencia de elementos de los que pueda concluirse, con cierto grado de razonabilidad, que la contaminación investigada pueda afectar otros cauces de agua interjurisdiccionales”.

De lo manifestado *ut supra*, surgen las piezas que avalan la postura adoptada en favor de la competencia residual —compartida por este autor—, que serán materia de estudio a continuación.

IV.1. Los principios generales ambientales

La ley 25.675 General del Ambiente establece una estructura de política ambiental, citando

(7) *Diario del Centro del País*, 27/02/2022, disponible en <https://www.eldiariocba.com.ar/locales/2022/2/27/para-uno-de-los-jueces-el-caso-deberia-quedar-en-rio-tercero-68074.html>.

(8) Arts. 121, 116, y 75, inc. 12, de la Carta Fundamental.

(9) CS, 20/06/2006, "Mendoza, Beatriz S. y otros c. Estado Nacional y otros", Fallos 329:2316.

una serie de principios que deben tener presentes los jueces al resolver cuestiones ambientales, enunciando en su art. 4º los principios de: congruencia, prevención, precaución, equidad intergeneracional, progresividad, responsabilidad, subsidiariedad, sustentabilidad y cooperación.

Una de las características de los principios ambientales está en que también deben ser aplicados en la configuración de las decisiones, la formulación de políticas y la gobernanza en general (10).

Si bien el fallo hace referencia a todos los principios, solo me detendré a realizar una breve reseña sobre aquellos destacados por los jueces, los cuales comparten la condición de ser aquellos que permiten al Estado tomar medidas para evitar o aminorar un daño ambiental.

- Principio de prevención: este precepto nace en los años 70, luego de la toma de conciencia de las limitaciones planetarias y la necesidad de actuar antes de que los desastres se produzcan, y tiene por objeto evitar la ocurrencia de un daño o riesgo cierto.

- Principio precautorio: este se presenta como vinculante u obligatorio y conlleva como finalidad la "obligación de previsión anticipada y extendida en cabeza del funcionario público" (11). El principio precautorio encuentra su ubicación dentro las etapas ambientales en el predaño, adoptando la necesidad y premura de medidas eficaces en función de impedir el daño al ambiente.

Sobre este punto, el señor vicepresidente del tribunal, Dr. Carlos Fernando Rosenkrantz, esgrime como fundamento de su disconformidad respecto de que "para decidir cuestiones de competencia entre tribunales provinciales y federales no es suficiente la invocación de los principios de prevención, precautorio, de sustentabilidad y de congruencia que rigen en

materia ambiental de acuerdo con el art. 4º de la ley 25.675". Esta afirmación no es compartida por este autor, pues entiendo que hacer mención a dichos principios de forma aislada al resto de los factores que necesariamente deben ser materia de análisis (tipo de elemento contaminante, las características del agua o a las capacidades hídricas de la cuenca) es minimizar el valor que ellos poseen en la materia.

IV.2. La cuenca hidrográfica

Sabido es que la problemática ambiental no coincide con la división política fijada por el hombre, por lo que en casos como este resulta necesario tener presente las características de la cuenca en general y no limitarse a las jurisdicciones territoriales, en razón de que la cuenca hidrográfica representa una unidad territorial apropiada socialmente, intervenida y relativa a un conjunto de actores locales, regionales y extrarregionales, en la cual, una determinada zona puede corresponder a varios intereses sobrepuestos, proporcionado por los diferentes grupos sociales de manera compatible, competitiva o incompatible.

La cuenca hídrica es la unidad que comprende al ciclo hidrológico en su conjunto, ligado a un territorio y a un ambiente en particular; se trata de un sistema integral que se refleja en la estrecha interdependencia entre las diversas partes del curso de agua (12).

Parte importante de la doctrina se refiere a la cuenca como la unidad constituida por todas las aguas superficiales y freáticas que fluyen hacia una desembocadura común. La Corte en el fallo "Mendoza" refiere que concepción de la cuenca hídrica es la "unidad", en atención a que "son ámbitos físicos dentro de los cuales los distintos usos y efectos de los recursos hídricos y los demás recursos naturales son naturalmente interdependientes y por tal motivo deben ser usados y conservados de manera integrada (13).

En el asunto hoy bajo estudio, se presume afectada por contaminación la cuenca del

(10) *Cuaderno de Derecho Ambiental - Principios Generales del Derecho Ambiental*, nro. IX, 2017, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Información Jurídica Sociales de Córdoba; PEDERSEN, Ole W. "Environmental Principles and Environmental Justice", 12 *Envtl. L. Rev.* 2010, p. 26.

(11) CS, 26/03/2009, "Salas, Dino y otros c. Provincia de Salta y otro", Fallos 332:663.

(12) CS, 03/12/2019, "Buenos Aires, Provincia de c. Santa Fe, Provincia de s/ sumarísimo - derivación de aguas", Fallos 342:2136.

(13) CSJ 243/2014 (50-L)/CS1, "La Pampa, Provincia de c. Mendoza, Provincia de s/ uso de aguas".

río Carcarañá que nace al este de las sierras de Comechingones (provincia de Córdoba) y se nutre de aguas provenientes de las lluvias drenadas a través de dos ríos principales: el Tercero (lugar de descarga de efluentes líquidos sin tratamiento) y el Cuarto (luego denominado Saladillo), los cuales conforman cada uno su subcuenca. De la unión de estos cursos de agua se forma el río Carcarañá que atraviesa el sur de la provincia de Santa Fe para desembocar en el río Paraná.

El agua transportada por la cuenca, principalmente, es utilizada para el consumo humano y el desarrollo de actividades agrícola-ganaderas. La ganadería es tipo mestizo, mientras que la agricultura es de secano (trigo, avena, cebada, girasol, maní, maíz, alfalfa y soja).

Por último, no puede quedar fuera de análisis que, a diferencia de otros recursos naturales, el agua presenta una serie de características que pueden promover la conflictividad, como ser: i) la movilidad inherente al ciclo hidrológico, que no atiende a límites políticos, administrativos ni jurídicos, dificultando la determinación y aplicación de derechos sobre el agua; ii) la diferente utilidad que los distintos usuarios dan lugar a dicho recurso; iii) la interdependencia general de los usuarios, referida a que los usos y los usuarios situados aguas abajo dependen de manera crítica de la cantidad, calidad y tiempo de los sobrantes, caudales de retorno o pérdidas de los usos y usuarios localizados aguas arriba, que por esta razón, detentan una ubicación privilegiada.

IV.3. El principio de razonabilidad

La Corte (en mayoría) exhibe como argumento central de su postura en favor del fuero de excepción, la existencia de elementos que demuestren la contaminación de aguas interjurisdiccionales. Sobre esta cuestión los magistrados se toman el trabajo de aclarar que dicha conclusión debe ser lograda “con cierto grado de razonabilidad”. Es decir, no exigen una prueba contundente e irrefutable sobre la extensión del daño ambiental más allá de los límites provinciales sino simplemente razonable. De este modo incorpora al principio de razonabilidad como una pieza fundamental en la solución de este tipo de conflictos de competencia.

Etimológicamente, razonabilidad o razonable proviene del latín *rationabilis*, que significa

arreglado, justo, conforme a razón. Cabe destacar que la razón es la capacidad del ser humano de reflexionar y analizar para obtener una conclusión. Al proceso y al resultado de esta actividad mental se lo conoce como razonamiento.

Bidart Campos expresa que el principio de razonabilidad —derivado de los arts. 28 y 33 de nuestra Carta Magna— importa, dentro de nuestro sistema constitucional, la exclusión de toda arbitrariedad o irrazonabilidad en el ejercicio de las prerrogativas de los poderes públicos (14).

Lo que busca el principio de razonabilidad es el imperio del sentido común y de la lógica. Esa especial cualidad le vale para ser incluido como premisa indispensable dentro de los argumentos esgrimidos por la posición en favor de la competencia de excepción.

La utilización de este elemento legal queda a la vista cuando los jueces se refieren al grado de contaminación registrado, al tipo de elemento contaminante, a las características del agua o a las capacidades hídricas de la cuenca, para finalmente afirmar que el requisito de afectación interjurisdiccional se encuentra cumplimentado, precisamente, porque el río fluye y si está contaminado, puede afectar a otras jurisdicciones, ya sea por el agua que corre llevando efluentes sin tratar o por el daño que esos elementos hacen a los peces.

En mi opinión, es la aplicación de este instituto, el extremo que lleva al Dr. Carlos Rosenkrantz a votar en disidencia, pues no lo comparte, afirmando que la prueba exigida para determinar que sea el fuero federal quien deba investigar “no puede ser suplida con la invocación obvia de la naturaleza integral e interdependiente de las cuencas hídricas”.

IV.4. Elementos que prueban la afectación de aguas interjurisdiccionales

Luego de haber desarrollado los preceptos necesarios para fallar que sea el fuero federal quien investigue situaciones de este tipo, cabe la pregunta: ¿existen factores que demuestran,

(14) BIDART CAMPOS, Germán, "Derecho constitucional", Ediar, t. II, ps. 118-119.

razonablemente, una presunta contaminación de los ríos Carcarañá y Paraná? La respuesta es sí. La prueba de tal afirmación surge al analizar el informe practicado por UFIMA y las capacidades hidrográficas del río Tercero.

Por un lado, el documento técnico elaborado por la Unidad Fiscal verifica que la contaminación del río Tercero es producto de la descarga de efluentes líquidos sin el adecuado tratamiento, los cuales presentan parámetros en exceso de DBO (demanda bioquímica de oxígeno) y DQO (demanda química de oxígeno), lo que indica la presencia elevada de materia orgánica que provoca el consumo de oxígeno disuelto del cuerpo receptor, y determina la característica peligrosa H12 Ecotóxicos.

Por otro lado, las capacidades hidrográficas del río Tercero verifican la posible contaminación de aguas de otra provincia, en atención a que el curso líquido citado junto con el río Cuarto (Saladillo) son los principales afluentes del río Carcarañá que desemboca en el río Paraná, aspecto este determinado en el caso “Fábrica Militar Río Tercero” (15). Tiene un papel preponderante en esta dirección la particularidad propia del agua que no reconoce fronteras político-administrativas sino leyes físicas y el sentido de unidad de la cuenca hídrica, en la que se comprende el ciclo hidrológico en su conjunto, ligado a un territorio y a un ambiente particular (16).

Los elementos citados demuestran, en principio, que existe una dificultad para depurar el tipo de efluentes en estudio, ya que la sustancia arrojada, por sus características, podría tener como efecto el consumo del oxígeno disuelto del cuerpo receptor, con el consiguiente impacto negativo sobre los organismos acuáticos. De esa manera, podría razonablemente conllevar la afectación interjurisdiccional, ya sea por el impacto acumulativo de los contaminantes sobre el río, o bien por los efectos tóxicos que estos causan sobre los organismos vivos (sistema biótico) que lo componen.

El vertido de efluentes líquidos sin el tratamiento correspondiente sobre el río Tercero ubicado en la provincia de Córdoba, cuya

característica principal es ser afluente del río Carcarañá que recorre la provincia de Santa Fe, sumado a que ambos cursos forman parte de la denominada cuenca del río Carcarañá, resultan elementos suficientes para inclinarme por la postura en favor de la competencia de la justicia federal, ya que los hechos denunciados tienen o pueden llegar a tener consecuencias interjurisdiccionales, fuera de los límites provinciales o afectar la salud de las personas o el ambiente más allá de las fronteras locales.

La vinculación de estos factores con el concepto de contaminación ambiental, entendido este como la presencia de componentes nocivos, bien sean de naturaleza biológica, química o de otra clase, en el medioambiente, de modo que supongan un perjuicio para los seres vivos que habitan un espacio, incluyendo, por supuesto, a los seres humanos. Nos lleva necesariamente a aseverar que dichos términos se aplican a este proceso.

En síntesis, en este caso quedó acreditada la probable contaminación del ambiente, el riesgo en la salud y la interjurisdiccionalidad del daño, por cuanto el factor degradante fue volcado en aguas que recorren dos territorios provinciales.

V. Postura y opinión del autor

Un buen punto de partida de este último capítulo surge de su propio título, ya que en muchas ocasiones se utiliza los términos “postura” y “opinión” indistintamente; sin embargo, no significan lo mismo. La postura es la actitud que alguien toma o la manera como piensa sobre algo o alguien. Mientras que la opinión es una idea, juicio, concepto que cierta persona crea o genera sobre determinado aspecto o situación.

Luego del abordaje del asunto bajo examen, referido al conflicto de competencia negativa suscitado en esta causa penal en el cual se investiga un hecho de contaminación sobre un curso de agua que forma parte de una cuenca hídrica que abarca más de una provincia, considero oportuno mencionar mi conformidad con lo resuelto por los jueces Horacio Rosatti, Juan Carlos Maqueda y Ricardo Lorenzetti de que sea la justicia federal quien deba entender en este tema, dado que se trata de un curso de agua que cruza la extensión de dos provincias. Basta tomar lectura de lo desarrollado en este traba-

(15) Fallos 344:1642.

(16) Fallos 342:1203.

jo donde se defendió el criterio de la posición dominante para tener certeza de ello. Dicho de otro modo, comparto la postura en favor del fuero de excepción.

Mi opinión, en cambio, es menos “amigable”, pues tomo distancia de esos argumentos que llevaron a los jueces en mayoría a inclinarse por el fuero de excepción (tema tratado a lo largo de este trabajo), buscando de ese modo tener una mirada mucho más amplia sobre este asunto.

El fallo que hoy nos convoca no constituye una decisión aislada de la CS sino que ha venido a resaltar la profusa jurisprudencia existente sobre cuestiones de competencia ambiental, exigiendo la interjurisdiccionalidad en la afectación de recursos naturaleza los fines de deslindar la competencia federal de la local sobre daños (17) y estableciendo una serie de lineamientos vinculados con este tipo de delito, como la celeridad del trámite en causas relevantes y el criterio amplio de interpretación de las reglas procesales, atendiendo a que el rigor excesivo en la observación de los procedimientos no vaya a sofocar la necesaria y urgente intervención, con la finalidad máxima de su protección y el resguardo de derechos humanos esenciales, toda vez que también estos se ponen en juego en esta clase de litigios.

Teniendo en cuenta lo esgrimido precedentemente, advierto que en esta pesquisa dichas pautas fueron ignoradas, pues la sentencia de la Corte se emite luego de cuatro años de interpuesta la denuncia y, lo que es más grave aún, solo se ocupó de fijar qué fuero debía investigar la presunta contaminación. Es decir, no resolvió sobre la cuestión de fondo.

Un hecho tan grave como la contaminación del ecosistema requiere celeridad procesal. Tar-

dar cuatro años para determinar dónde debe tramitar la causa resulta sin dudas un exceso. En relación con la demora judicial se ha dicho: “El Cód. Proc. Penal, aún vigente en gran parte del país, establece claramente cuál es el plazo dentro del que debe desarrollarse la etapa de instrucción y/o acopio de material probatorio previo al plenario. Este plazo es de cuatro meses más una prórroga por dos meses, es decir, la etapa de instrucción no debería superar el término de seis meses. La praxis indica que los tiempos en el proceso penal exceden largamente esa valla temporal dispuesta por el Legislador, sin que haya consecuencias para los operadores del sistema. Entre los factores que mayormente contribuyen directa y/o indirectamente a que la ‘mora judicial’ —lindo eufemismo— cobra dimensiones graves es el tiempo que los tribunales se toman para resolver los recursos de las partes. De esto, nada se dice. Eso sí, la actividad recursiva es la madre de todos los males” (18).

En conclusión, es mi opinión que la Corte se decide en favor de la competencia residual, utilizando argumentos sólidos basados en la aplicación como fuente normativa para el caso concreto, la afectación de aguas de otras jurisdicciones, los principios ambientales y las particularidades de este caso (tipo de elemento contaminante, y capacidades hídricas de la cuenca), todo en un marco de razonabilidad. Sin embargo, omite analizar los cuatro años que lleva la denuncia en el ámbito judicial, contando ella solo con un fallo de forma (competencia). Es decir, no tuvo en cuenta el peligro en la demora ante una problemática ambiental, la cual lleva consigo el riesgo de sufrir un daño mayor y pérdida de prueba.

(17) Fallos 323:4092; 326:212, 915, 1642, 1469 y 4996; y 327:2777, entre otros.

(18) MEDINA, Miguel E., "La forma y el fondo - Reflexiones sobre 'Vidal'", AR/DOC/653/2022.

ACTUALIDAD AMBIENTAL DE LA PATAGONIA

ECOTASA

Prestación efectiva del servicio a cargo del municipio. Ciudad de Bariloche. Efectos del turismo en el medio ambiente. Carácter no discriminatorio. Proporcionalidad. Inexistencia de doble imposición. Poder tributario municipal. Rechazo del planteo de inconstitucionalidad.

Con nota de Gastón Vidal Quera

1. — Si bien ha sido argüido que de las ordenanzas cuestionadas —que regulan la Ecotasa— no surge cuál es el servicio cuya prestación concreta y efectiva le correspondería al municipio, a poco que se inicia en la lectura del art. 363 de la ordenanza fiscal vigente de la municipalidad de S. C. de Bariloche, se observa que se encuentra concretamente individualizada la actividad estatal que sirve de causa a la obligación tributaria.
2. — El art. 231 de la Constitución provincial reconoce a los municipios la facultad de crear y recaudar impuestos en forma complementaria a la nación y a la provincia, disponiendo el art. 230 que lo recaudado en concepto de tasas y contribuciones de mejoras integra el tesoro municipal.
3. — Se evidencia que el legislador local diseñó el presupuesto de hecho adoptado para hacer nacer la obligación de pago de la Ecotasa tomando en cuenta la prestación a los particulares de ciertos servicios comprendidos en una serie de actividades estatales que allí se enumeran, de forma no taxativa —conservación patrimonial, mejoramiento y protección de los sitios y paseos turísticos, información y atención turística, entre otros—. A su vez, dicha actividad estatal, ha sido justificada por la Municipalidad en las circunstancias —no controvertidas— expuestas en la contestación de la demanda y que se desprenden de la exposición de fundamentos de la ordenanza que dio origen a la Ecotasa —ordenanza 2809-CM-12—, referentes a la gran afluencia de turistas que visitan la ciudad cada año y el impacto de dicha concurrencia en el medio local.
4. — Bariloche, como ciudad turística por excelencia y referencia nacional para el turismo extranjero, se encuentra sometida a una degradación extraordinaria del ambiente que acarrea un costo adicional de preservación y sostenimiento. En tal marco de situación, la ordenanza cuestionada hace expresa mención a la necesidad de “creación de ingresos públicos”, a través de “una tasa específica que permita contener la incidencia de la afluencia constante y en crecimiento permanente que genera la actividad turística sobre el medioambiente”. Teniendo presente que en la tributación, el bien jurídico protegido es la equitativa distribución del sostenimiento del gasto público, no luce irrazonable que los servicios de mantenimiento y conservación de tales espacios e instalaciones sean solventados con el aporte de los turistas que permanecen alojados en ella por más de un día, ni que se encuentren eximidos del pago de la Ecotasa los residentes permanentes —art. 367, inc. a) de la ordenanza fiscal vigente—, quien —a todo evento— efectúa su contribución por otros conceptos.
5. — La ejecución de las diversas obras de infraestructura y servicios turísticos en el ejido municipal, de conformidad con el presupuesto de hecho referido por la norma y con destino a los sujetos imponibles, permite desechar los argumentos del actor en torno a la alegada afectación del principio de legalidad y el incumplimiento de los postulados de validez de la tasa —en el caso, la llamada Ecotasa—, luciendo la reglamentación analizada de conformidad con las pautas delineadas en la jurisprudencia del cintero Tribunal.
6. — Resulta infundada la afirmación respecto del carácter discriminatorio de la gabela —Ecotasa—, en tanto se observa que —en definitiva— la pretensión tributaria del municipio se dirige a todos los turistas que pernoctan en la ciudad, sin efectuar distinciones arbitrarias —art. 366 de la ordenanza fiscal vigente de la municipalidad de S. C. de Bariloche— y que la norma atiende a la capacidad contributiva del obligado al pago, al establecer valores que varían en función de la categoría del alojamiento —art. 119 del Anexo I de la ordenanza tarifaria vigente—.
7. — En cuanto a la alegada falta de proporcionalidad entre el monto del gravamen —Ecotasa— y el costo de los servicios que se financian con lo recaudado, no se verifica configurado este particular agravio esgrimido por el accionante. Se advierte que el Estado municipal ha logrado acreditar que la cuantía de la tasa guarda un grado razonable de proporcionalidad con los servicios prestados, en tanto ello se desprende del cotejo de la prueba informativa adunada al expediente digital, de donde surge que los fondos recaudados por el cobro de la Ecotasa durante los ejercicios 2017 a 2020 y el primer

trimestre de 2021, guardan relación con el costo de las obras y servicios en los que efectivamente fueron invertidos por la Comuna.

8. — No verifica que la norma cuestionada incurra en una doble imposición, infringiendo de tal modo la prohibición de establecer a nivel local impuestos análogos a los impuestos coparticipados —art. 9º, inc. b), ley 23.548—. Si bien se descarta que los conceptos aludidos como configurativos de la supuesta analogía —consumo, ganancias, ingresos brutos— se encuentren de algún modo presentes en la definición de los presupuestos legales de la Ecotasa, cabe considerar que según tiene expresado la Corte Suprema de Justicia de la Nación, se entiende que los impuestos locales son análogos a los nacionales cuando se verifique alguna de las siguientes hipótesis: definiciones sustancialmente coincidentes de los hechos imposables o definiciones más amplias que comprendan los hechos imposables de los impuestos nacionales o más restringidas que estén comprendidas en estos, aunque se adopten diferentes bases de medición; a pesar de una diferente definición de los hechos imposables, adopción de bases de medición sustancialmente iguales.
9. — La base imponible de la Ecotasa descrita por el legislador comunal —art. 364 de la ordenanza fiscal vigente— se encuentra directamente vinculada a los servicios efectivamente prestados a los turistas obligados al pago, de los cuales resulta retributiva la tasa cuestionada y que no se encuentran retribuidos por otro tributo especial, más allá de las alegaciones —carentes de sustento fáctico suficiente— efectuadas por el impugnante.
10. — La modalidad dispuesta por el municipio de Bariloche —Ecotasa—, de carácter eminentemente retributivo y de incidencia mínima en el presupuesto de los visitantes, no resulta novedosa, en tanto también ha sido implementada en otras jurisdicciones locales y en ciudades del mundo —v. gr., Nueva York, Milán, Venecia, cf. cons. 18, ordenanza 2809-CM-16—. En el orden local, se destaca la provincia de Misiones, donde con similares fundamentos y consignas a los expresados en las ordenanzas impugnadas, el Concejo Deliberante de la ciudad de Puerto Iguazú sancionó el 11 de diciembre de 2015 la ordenanza 54/15, mediante la cual se creó la Tasa Eco Turística Municipal.
11. — Resulta indubitable que la Ecotasa, al reclamarse en virtud de los servicios municipales referidos en su presupuesto de hecho, no pue-

de ser clasificada como un impuesto, tal como pretende el accionante, ya que reúne las condiciones de una tasa, conforme ha quedado demostrado. La escueta y genérica alegación de inconstitucionalidad imputada por el actor, desprovista de sustento fáctico y jurídico consistente, resulta insuficiente.

ST Río Negro, 20/10/2021. - Cantaluppi, Santiago s/ acción de inconstitucionalidad (Ordenanzas N° 2809 - CM - 16 y 2810 - CM - 16 Municipalidad de San Carlos de Bariloche).

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/167848/2021]

COSTAS

Con costas (cf. art. 68, Cód. Proc. Civ. y Com.).

Expte. N° 29090/17; Receptoría N° OS4-86-STJ2017

Viedma, octubre 20 de 2021.

Los doctores *Ceci, Criado y Aparian* dijeron:

1. Antecedentes de la causa:

Que a fs. 34/50, el señor Santiago Cantaluppi, en su carácter de titular de la explotación que gira bajo el nombre de fantasía “Las Cuatro Estaciones”, con el patrocinio letrado de las doctoras María Marta Peralta y María Laura Loureyro, interpone acción de inconstitucionalidad en los términos del artículo 793, sig. (s). y conc(s). del Cód. Proc. Civ. y Comercial, contra los artículos 362 a 371 del Anexo I de la Ordenanza N° 2809-CM-16, y los artículos 117 y 118 del Anexo I y 48 bis del Anexo II de la Ordenanza N° 2810-CM-16, incorporados respectivamente —y manteniendo su redacción originaria— al texto definitivo de la Ordenanza Fiscal del Municipio de San Carlos de Bariloche N° 2374-CM-12 como art(s). 363 a 371, y al texto de la Ordenanza Tarifaria de dicho Municipio N° 2375-CM-12, como art(s). 119 y 120 de su Anexo I y art. 196 de su Anexo II (cf. presentación del actor obrante a fs. 435 de autos).

En concreto, y conforme lo especificado en la demanda (fs. 35 vta.), la acción fue entablada con el objetivo de impugnar las normas que crearon el tributo municipal denominado “Ecotasa” y que regulan los valores y las multas que corresponde aplicar en caso de incumplimiento, por considerar que se encuentran en manifiesta pugna con las prescripciones de los art(s). 4, 16, 17 y 75 inc. 2 de la Constitución Nacional (CN), así como de los art(s). 70, 73, 94 y 231 de la Constitución Provincial (CP), art(s). 100, 183 y 213 de la Carta Orgánica Municipal (COM), los Regímenes Federal y Provincial de Coparticipación de Impues-

tos, derechos y garantías constitucionales y los principios constitucionales del sistema tributario.

1.1. En esencia el accionante plantea que, sin perjuicio de que la reglamentación cuestionada pretenda enrolar a la Ecotasa bajo la categoría tributaria de una “tasa”, en los hechos se trata de un impuesto encubierto, toda vez que aquella no cumple con los presupuestos legales para la validez como especie tributaria, conforme jurisprudencia del cívico Tribunal de la Nación que cita en apoyo de su argumentación.

Así, sostiene que no existe prestación de servicio público concreto e individualizado con el que se corresponda el cobro de la mencionada tasa y, que de considerarse que la prestación de los servicios existe, menciona que el monto del gravamen no tiene relación alguna con el costo de aquellos, por lo cual —a su entender— resulta desproporcionado.

Con relación a la primera de tales cuestiones, aduce que del art. 362 de la Ordenanza Fiscal —actual 363 conforme texto ordenado por Ordenanza N° 3198-CM-20— no surge cuál es el servicio cuya prestación concreta, individualizada y efectiva le correspondería al Municipio, en tanto que la fórmula utilizada por el legislador comunal resulta vaga y genérica. Al respecto, precisa que el precepto en cuestión no define el concepto de “servicios turísticos” allí contenido, y que no se trataría de servicios diferenciales al turista que pernocta, sino que se brindarían también a quienes visitan la ciudad por el día y a los residentes que no se encuentran comprendidos entre los contribuyentes alcanzados.

Añade que la norma abarcaría servicios imposibles de prestar, o cuya prestación ni siquiera se encuentra a cargo del Municipio (v. gr., a cargo de la Administración de Parques Nacionales en el caso del Parque Nahuel Huapi, cf. Ley Nacional 22.351) o que se encuentran gravados por normativa municipal específica y vigente (v. gr., Tasa de Servicios Urbanos regulada en el art. 96 de la Ordenanza N° 2374-CM-12 y Anexo I de la Ordenanza N° 2581-CM-2014, actualizado por Ordenanza N° 2721-CM-2016, que regula el cuadro tarifario vigente para el Parque Municipal Llao Llao), o bien materias que ya han sido aseguradas por el constituyente provincial y municipal (v. gr., el art. 73 de la CP, referente al libre acceso a las riberas, costas del río y espejos de agua de dominio público; y el art. 183 de la COM que regula el acceso y uso de las costas, lagos navegables, ríos y arroyos navegables para libre tránsito y disfrute).

Asimismo, arguye que al no reunir las condiciones de legalidad y tratarse de un impuesto encubierto, la normativa que regula la Ecotasa se halla en pugna con las previsiones de la Ley de Coparticipación Federal

de Impuestos N° 23.548, particularmente la prohibición de doble imposición contenida en el art. 9, inc. b) de dicho plexo legal, situación que se verifica —ya sea que se considere que el gravamen municipal recae sobre el consumo hotelero de los turistas (alcanzado por el Impuesto al Valor Agregado), sobre su renta o sus ingresos (alcanzados por el Impuesto a las Ganancias y/o a los Ingresos Brutos) o sobre la renta y/o ingresos brutos del hotelero, que resulta solidariamente responsable por la gabela—.

Con relación a la alegada falta de proporcionalidad, argumenta que de considerarse que el servicio a cargo del Municipio existe, el valor de la tasa no tiene relación alguna con su costo. Al respecto, manifiesta que de la lectura de los art(s). 117 y 118 del Anexo I de la Ordenanza Tarifaria —actuales 119 y 120, conforme texto ordenado por Ordenanza N° 3199-CM-20— surge que el legislador municipal se limitó a establecer valores fijos y arbitrarios, que deberán percibir los establecimientos de alojamiento turístico según sea su tipo y categoría, por día de pernocte y por persona, con un máximo de tres días, de lo cual colige que el monto del gravamen no guarda relación con el costo global de la prestación llevada a cabo por el Municipio.

Sumado a lo anterior, destaca la inexistencia de una estimación de costos de los servicios a financiar por la Comuna y de una previsión presupuestaria en tal sentido, mencionando que el legislador municipal tan solo se limitó a la creación de un “fondo de afectación específica” para lo recaudado (art. 368 de la Ordenanza Fiscal, conforme texto vigente), resultando improbable —desde su visión particular— que dichos fondos luego sean empleados para la prestación de los servicios que se dicen a cargo del Poder Ejecutivo Municipal.

Por todo lo anterior, concluye que la Ecotasa comporta un tributo ilegítimo que vulnera el principio de proporcionalidad y razonabilidad, como así también el derecho constitucional de propiedad y los principios tributarios de igualdad, legalidad, transparencia y capacidad contributiva, en virtud de lo cual solicita se haga lugar a la demanda de inconstitucionalidad entablada, haciendo reserva del caso federal.

2. Contestación de la demanda:

Al contestar la demanda, la Municipalidad de S. C. de Bariloche niega todos y cada uno de los hechos expuestos por el impugnante y solicita el rechazo de la acción (fs. 227/240).

En cuanto al fondo de la cuestión, la apoderada y Asesora Letrada del Departamento Ejecutivo Municipal, doctora Natacha Vázquez, con patrocinio letrado

do de las doctoras Marcela González Abdala y Paula Fagioli, responde a los argumentos centrales del planteo de inconstitucionalidad, indicando —en lo sustancial— que las Ordenanzas impugnadas fueron sancionadas por el Concejo Deliberante Municipal en el marco de la autonomía consagrada constitucionalmente, dando origen a la denominada Ecotasa, cuya finalidad primordial es la prestación de servicios turísticos.

Al respecto, sostiene que el tributo cuestionado busca dar respuesta a la mayor demanda de servicios y a la carga sobre el medio ambiente que genera la afluencia de una gran cantidad de turistas que visitan la ciudad de S. C. de Bariloche, previendo de tal modo que estos puedan contribuir con dicho aporte a la conservación del entorno, a la accesibilidad de diferentes espacios públicos, al embellecimiento de miradores y puntos panorámicos, a la prestación de servicios de información turística, entre otros aspectos enunciados en los fundamentos de la Ordenanza Fiscal cuestionada. En tal sentido, destaca como propósito de la mencionada tasa que el dinero recaudado se revierta de forma positiva en los propios turistas y en el territorio.

En efecto, estima que no resulta acogible el primer planteo del actor, en tanto el servicio se encuentra individualizado. A mayor abundamiento, señala que con lo recaudado hasta el momento del responde se emprendieron diversas obras de mejoramiento de la infraestructura turística que menciona en su libelo, destacando la actividad desplegada por la Comisión Especial creada por el art. 370 de la Ordenanza Fiscal impugnada —actual 371 conforme texto vigente—, para el seguimiento de la aplicación de los fondos recaudados con el cobro de la Ecotasa.

Con relación a la alegada falta de proporcionalidad entre el costo del servicio y el monto del gravamen, sostiene la inexistencia de norma constitucional o legal que obligue a observar una proporcionalidad exacta o equivalencia estricta, sino que basta una proporción discreta y razonable, requisito que entiende que la reglamentación cuestionada respeta.

Finalmente, subraya la inexistencia de doble imposición y descarta cualquier analogía con otros impuestos nacionales o provinciales.

3. Abierta la causa a prueba en fecha 10/02/2021, la actora ofreció la que hace a su derecho a fs. 49/50 y ampliación de fs. 244/245 y fs. 435/436, haciendo lo propio la demandada a fs. 238 vta./239 vta.

Vencido el período probatorio, las partes presentaron sus alegatos, incorporándose el de la actora

en fecha 22/06/2021 y el de la demandada en fecha 16/06/2021.

4. Dictamen de la Procuración General:

El señor Procurador General, doctor Jorge Oscar Crespo, mediante Dictamen N° 111/21 de fecha 23/08/2021, luego de recordar los lineamientos que rigen con relación a la acción autónoma de inconstitucionalidad prevista en los art(s). 793 a 799 del código ritual, cuya competencia está dada a este cuerpo de modo originario (art. 207 inc. 1, CP), opina que este Superior Tribunal de Justicia debe rechazar la demanda impetrada.

Aclara que no se encuentra discutida en el caso la facultad con la que cuenta el Municipio de S. C. de Bariloche para crear los tributos necesarios para el cumplimiento de sus fines y actividades propias, destacando que la controversia, tal como quedó planteada en autos, gira en torno a determinar si la Ecotasa sancionada por el Concejo Deliberante en uso de dichas atribuciones cumple con los postulados constitucionales del sistema tributario argentino.

En punto a elucidar la referida cuestión, analiza los caracteres esenciales de dicha especie de tributo, conforme fueron delineados por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Fallo: “Quilpe SA” del 09/10/2012 y Fallos: 319:2211) recogida en precedentes de este Superior Tribunal de Justicia (STJRNS4, Se. 57/15 “Tornero”, Se. 193/15 “Colegio Notarial de la Pcia. de Río Negro”). En tal sentido, remarca que el cobro de la tasa necesariamente se debe corresponder con la concreta, efectiva e individualizada prestación de un servicio relativo a alguno no menos individualizado del contribuyente, y que la recaudación total del tributo debe guardar proporcionalidad con el costo del servicio público efectivamente prestado por la comuna.

En cuanto a las normas objeto de impugnación, advierte que han sido dictadas en el marco de la competencia y dentro de las facultades impositivas que le son reconocidas constitucionalmente a la Comuna, y que se ha respetado el procedimiento previsto en la Carta Orgánica Municipal para la formación y sanción de las respectivas Ordenanzas.

A su vez, considera que la norma cumple con el principio de legalidad en materia tributaria, pues el hecho imponible —que la actora adjetiva como genérico e impreciso— se halla correctamente definido en el art. 363 de la Ordenanza 2374-CM-12, donde se enuncian los servicios que la Municipalidad ofrece a los sujetos obligados al pago, cuya efectiva prestación considera probada a partir de los elementos aportados por la demandada, que dan cuenta de la ejecución de diversas

obras y la organización de distintos servicios dentro de la jurisdicción municipal y con destino a los sujetos imposables (Nota 089-DCG-2021 y Obras Ecotasa según Plataforma Tableau-Public.-21-41.pdf y Tableau-Public.-1-20.pdf). También destaca que se encuentra acreditado que el programa Ecotasa forma parte del presupuesto anual (Nota 56-SMT-2021) y que la “Comisión Ecotasa” controla y fiscaliza que la inversión de lo recaudado se destine para solventar las obras y servicios a prestar, conforme art. 371 de la Ordenanza Fiscal.

Por otra parte, descarta que la gabela implementada resulte discriminatoria o lesiva de la garantía constitucional de igualdad pues, en definitiva, la pretensión tributaria del municipio se dirige a todos los turistas que pernoctan en la ciudad, sin efectuar distingos arbitrarios, añadiendo que la fórmula establecida como base imponible —que varía en función de la clase y categoría del establecimiento turístico— permite atender a la capacidad contributiva del obligado al pago.

En vinculación con ello, y a la luz de la prueba informativa, opina que la cuantía de la tasa guarda un grado razonable y prudente de proporcionalidad con el costo del servicio que brinda el Municipio.

Bajo ese mismo hilo conductor, estima que resulta errada la postura del actor cuando afirma que la Ecotasa importa una doble o múltiple imposición, violatoria de la Ley 23.548 de Coparticipación Federal de Recursos Fiscales, por cuanto surge evidente que en la especie la base imponible difiere de aquellas que las provincias y la Nación han determinado para fijar sus propios gravámenes. En ese sentido, puntualiza que al disponerse como base de la Ecotasa un monto fijo, no se encuentra vinculada directa ni indirectamente a las ganancias de los turistas, tampoco a la evolución económica de los establecimientos de alojamiento turístico.

En conclusión, considera que no se ha demostrado en forma suficiente que las normas objetadas contrarían los postulados de la Constitución Nacional y Provincial, en razón de lo cual propone el rechazo de la acción intentada.

5. Análisis y solución del caso:

Tal como se ha planteado la litis, las partes discuten la constitucionalidad, en los términos de la acción prevista en el art. 207 inc. 1 de la Constitución Provincial, de las normas dictadas por el Concejo Deliberante del Municipio de S. C. de Bariloche al establecer el tributo municipal denominado “Ecotasa”, incorporadas, como se adelantara, al texto definitivo de la Ordenanza Fiscal N° 2374-CM-12 (art(s). 363 a 371 del Anexo I) y a la Ordenanza Tarifaria N° 2375-CM-12 (art(s).

119 y 120 del Anexo I y art. 196 del Anexo II) vigentes a la fecha, conforme texto ordenado por Ordenanzas N° 3198-CM-20 y 3199-CM-20, este último actualizado por Ordenanza N° 3207-CM-21.

En ese marco, es preciso recordar ante todo el carácter restringido y excepcional de la intervención del Superior Tribunal de Justicia en instancia originaria, como así también que la declaración de inconstitucionalidad constituye la más delicada de las funciones susceptibles de encomendarse a un tribunal de justicia, ya que configura un acto de suma gravedad que debe ser considerado como la última ratio del orden jurídico, por lo que no debe recurrirse a ella sino cuando una estricta necesidad lo requiera (CSJN, Fallos: 338:1444; “Esso Petrolera Argentina SRL y otro c. Municipalidad de Quilmes s/ acción contencioso administrativa” del 02/09/2021, entre otros).

En tal sentido, se ha dicho en anteriores pronunciamientos de este Cuerpo que la acción autónoma prevista en el inc. 1 del art. 207 de la CP —y reglamentada por los art(s). 793 a 799 del Cód. Proc. Civ. y Comercial— de ninguna manera puede transformarse en una herramienta para evaluar el acierto u oportunidad de un acto de gobierno dictado conforme a las facultades que le son propias, en tanto configura un proceso constitucional que tiene por objeto la tutela —lato sensu— de la norma suprema y constituyéndose de tal modo, en baluarte para la defensa de los principios, derechos y garantías consagrados en ella y en los Tratados Internacionales, que se asimilan en jerarquía por obra del art. 75 inc. 22, llamado “bloque de constitucionalidad”, contra actos ilegítimos que violen la misma (STJRNS4 Se. 87/14 “Colegio de Abogados y Procuradores de San Carlos de Bariloche”).

Sumado a ello, la declaración de inconstitucionalidad de una norma debe ser practicada con restrictividad en atención a la presunción de validez que asiste a las normas emanadas de los Poderes competentes del Estado.

En esa línea, se ha interpretado que para decretar la invalidez de una norma deben mediar motivos reales que así lo impongan; esto es, una demostración concluyente de su discordancia sustancial con las mandas de la Constitución que se dicen vulneradas (STJRNS4 Se. 70/18 “YSUR Energía Argentina SRL”), lo cual no ocurre cuando son insuficientes las alegaciones y probanzas existentes en la causa para demostrar palmariamente, merced a un análisis pormenorizado, la colisión de las normas impugnadas con los preceptos constitucionales (STJRNS4 Se. 76/14 “Pache”, Se. 124/15 “Goye”, Se. 112/17 “Construcciones El Bolsón”, entre otros).

Además “[n]o cabe efectuar la declaración de inconstitucionalidad de una norma sino cuando la re-

pugnancia del precepto con la cláusula constitucional invocada sea manifiesta, requiriendo de manera inexcusable un sólido desarrollo argumental y la demostración de un agravio determinado y específico” (CSJN, “Esso Petrolera Argentina SRL”, cit., voto de los jueces Maqueda y Rosatti).

Por tales motivos, quien pretende un pronunciamiento judicial en tal sentido debe desarrollar su demanda con absoluta precisión, fundando en términos claros cuál es la norma constitucional que sostiene se estaría avasallando, no bastando para ello con la mera enunciación, más o menos genérica, de preceptos constitucionales lesionados (STJRNS4 Se. 108/00 “Fiscalía Municipal de Villa Regina” y “Construcciones El Bolsón SRL”, cit.).

Efectuadas tales aclaraciones, en punto a dilucidar si la Municipalidad al ejercer sus facultades tributarias lo hizo con arreglo a la Constitución, corresponde comenzar señalando que “...desde su texto originario la Constitución Nacional consagró al municipio como parte integrante de la organización política federal, ordenando a las provincias el aseguramiento de su régimen (artículo 5°). Luego, la reforma constitucional de 1994 —al incorporar el artículo 123— ratificó esa intencionalidad, explicitando que el ‘régimen municipal’ del citado artículo 5° refería a la capacidad jurídico-política de la autonomía en sus aspectos institucional, político, administrativo, económico y financiero, y confiriendo a las provincias la atribución de reglamentar —sin desnaturalizar— su contenido y alcances concretos (Fallos: 325:1249, considerando 7°; 337:1263 y 341:939). De acuerdo a este diseño, el municipio como ente autónomo encuentra su origen normativo en la Constitución Nacional y el quantum de sus atribuciones, competencias e incumbencias, en las constituciones provinciales y demás normas complementarias de derecho público interno” (CSJN, “Esso Petrolera Argentina SRL”, cit., voto de los jueces Maqueda y Rosatti).

En base a lo expuesto, resulta insoslayable considerar que “...el reconocimiento de la autonomía importa, necesariamente, garantizar los medios para la subsistencia de los municipios. En efecto, cuando la Constitución Nacional manda a las provincias a ‘asegurar el régimen municipal’, dispone —naturalmente— el reconocimiento de una realidad preexistente que solo puede garantizarse con el ‘derecho a los medios’. Dentro del ‘derecho a los medios’ para la subsistencia del municipio, se encuentran los recursos provenientes de la potestad tributaria que titularizan, la cual les permite ‘...generar sus rentas y recaudar para invertir y controlar sus recursos que, a su vez, podrán ser manejados independientemente de otro poder, complementando así las facultades de administración que le son propias’ (Convencional Prieto, “Obra

de la Convención Nacional Constituyente 1994”, T. VI, p. 5380, citado en Fallos: 337:1263 y 341:939)” (CSJN, “Esso Petrolera Argentina SRL”, cit., cons. 9 del voto de los jueces Maqueda y Rosatti).

Al respecto, en el fallo citado se ha definido que “...entre los recursos tributarios, las tasas municipales constituyen un capítulo central para lograr el cumplimiento de los cometidos de dicha organización estatal, cuya finalidad primaria consiste en atender las necesidades más concretas, inmediatas e indispensables de la comunidad. En ese orden, las tasas, por su naturaleza, se encuentran sujetas a los límites y exigencias que resultan de los principios constitucionales de la tributación (artículos 1, 16, 17, 19 y 33 de la Constitución Nacional), como así también a la distribución de competencias propia de nuestra forma de estado federal (artículos 1, 4, 5, 9, 10, 11, 75 incisos 2, 3, 13, 18 y 30, 121, 123, 124 y 129 de la Constitución Nacional)” (CSJN, “Esso Petrolera Argentina SRL”, cit., cons. 10 del voto de los jueces Maqueda y Rosatti).

En tal sentido, es dable destacar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha calificado a la tasa como una categoría tributaria derivada del poder de imperio del Estado, con estructura jurídica análoga al impuesto y del cual se diferencia por el presupuesto de hecho adoptado por la ley, que consiste en el desarrollo de una actividad estatal que atañe al contribuyente (Fallos: 332:1503, 335:1987, entre otros).

En efecto, la aludida distinción entre especies tributarias no resulta meramente académica, sino que además desempeña un rol esencial en la coordinación de potestades tributarias entre los diferentes niveles de gobierno, a poco que se advierta que el art. 9, inc. b) de la Ley de Coparticipación Federal de Recursos Fiscales N° 23.548 excluye a las tasas retributivas de servicios efectivamente prestados de la prohibición de aplicar gravámenes locales análogos a los nacionales distribuidos (CSJN, Fallos: 332:1503 “Laboratorios Raffo SA” y 335:1987 “Quilpe SA”; STJRNS4 Se. 57/15 “Tornero”).

Así, conforme ha sido delineada por el alto Tribunal, la atribución de los municipios para crear una tasa, entendida como un recurso de naturaleza coactiva, con fuente legal, regido por el Derecho Público, se encuentra sujeta a las siguientes pautas: a) la definición clara y precisa del hecho imponible y la individualización de los servicios o actividades que se ofrecen; b) la organización y puesta a disposición del servicio al contribuyente, pues de lo contrario el cobro carecería de causa importando un agravio al derecho de propiedad (doctrina de Fallos: 312:1575); y c) la adecuada y precisa cuantificación del tributo (base imponible, alícuota, exenciones y deducciones), debiendo para ello la autoridad fiscal ponderar prudentemente

cialmente, entre otros parámetros, el costo global del servicio o actividad concernido (Fallos: 234:663) y la capacidad contributiva (Fallos: 343:1688, voto de los jueces Maqueda y Rosatti).

Además, con específica referencia a la prestación del servicio, la Corte ha señalado invariablemente que desde el momento en que el Estado organiza el servicio y lo pone a disposición del particular, este no puede rehusar su pago aún cuando no haga uso de aquel, ni tenga interés en él, ya que el servicio tiene en mira el interés general (Fallos: 251:50; 312:1575; 323:3770; 326:4251; 332:1503; 335:1987 y sus citas).

Por su parte, en el orden local se observa que el art. 225 de la Constitución Provincial reconoce la existencia del Municipio como una comunidad natural, asegura el régimen municipal basado en su autonomía política, administrativa y económica, y dispone que aquellos que dictan su propia Carta Orgánica Municipal gozan además de autonomía institucional. La Provincia, conforme el artículo citado, no puede vulnerar la autonomía consagrada constitucionalmente, cuyo marco se encuentra definido por la atribución federal de competencias (cf. art(s). 1, 5, 31, 121, 123 CN) y la que resulta de la propia Constitución local (STJRNS4 Se. 25/19 “Jhonston”).

De tal modo, el art. 231 de la CP reconoce a los Municipios la facultad de crear y recaudar impuestos en forma complementaria a la Nación y a la Provincia, disponiendo el art. 230 que lo recaudado en concepto de tasas y contribuciones de mejoras integra el tesoro municipal.

De conformidad con el reparto de competencias antes aludido, el art. 99 de la COM establece la potestad tributaria del Municipio sobre las personas, los bienes existentes y las actividades realizadas en su jurisdicción, procurando la armonización con el régimen impositivo nacional y provincial, sin vulnerar la autonomía municipal (art. 100, última parte de la COM). Asimismo, el art. 100 citado establece los principios que rigen el sistema tributario municipal, enumerando —entre otros— los de legalidad, equidad, progresividad, proporcionalidad, capacidad contributiva y no confiscatoriedad. Tales principios se corresponden, a su vez, con los enunciados por el constituyente local (art. 94, CP) y nacional (art(s). 4, 16, 17 y 75 inc. 2, CN).

Lo expuesto pone de manifiesto, tal como fuera advertido por el señor Procurador, que las normas objeto de la presente acción fueron dictadas por la autoridad municipal en el marco de la competencia y dentro de las facultades impositivas reconocidas constitucionalmente, siendo relevante destacar que no ha sido formalmente cuestionado en autos el procedimiento

legislativo llevado a cabo en el ámbito municipal para la formación y sanción de las respectivas ordenanzas.

En ese marco, corresponde entonces analizar los argumentos de la demanda en los que el actor finca su pretensión de inconstitucionalidad, adelantando que no se encuentra cabalmente demostrada en autos la violación de las normas de la Constitución Nacional y Provincial que se dicen avasalladas, como tampoco el incumplimiento de los presupuestos que caracterizan jurídicamente a la tasa como especie tributaria.

En tal sentido, si bien ha sido argüido que de las Ordenanzas cuestionadas no surge cuál es el servicio cuya prestación concreta y efectiva le correspondería al Municipio, a poco que se inicia en la lectura del art. 363 de la Ordenanza Fiscal vigente, se observa que se encuentra concretamente individualizada la actividad estatal que sirve de causa a la obligación tributaria, al prever la norma que la Ecotasa “[e]s la contraprestación que la Municipalidad exige a los turistas que pernoctan en [l]a ciudad [de S. C. de Bariloche], cualquiera sea el tipo y categoría del establecimiento de alojamiento turístico, por los servicios turísticos y de infraestructura turística, directos e indirectos, y aquellos potenciales que la Municipalidad presta en concepto de conservación patrimonial, mejoramiento y protección de los sitios y paseos turísticos, comprensivos de ingresos y portales a la ciudad, sendas, accesos a lagos y sus playas, ríos y montañas, puntos panorámicos, miradores, servicios de información y atención turística, baños públicos, y todo otro servicio turístico, garantizando un turismo sustentable desde el punto de vista social, ambiental y económico”.

De lo expuesto, se evidencia que el legislador local diseñó el presupuesto de hecho adoptado para hacer nacer la obligación de pago de la Ecotasa tomando en cuenta la prestación a los particulares de ciertos servicios comprendidos en una serie de actividades estatales que allí se enumeran, de forma no taxativa (conservación patrimonial, mejoramiento y protección de los sitios y paseos turísticos, información y atención turística, entre otros). A su vez, dicha actividad estatal, ha sido justificada por la Municipalidad en las circunstancias —no controvertidas— expuestas en la contestación de la demanda y que se desprenden de la exposición de fundamentos de la Ordenanza que dio origen a la Ecotasa (Ordenanza N° 2809-CM-12), referentes a la gran afluencia de turistas que visitan la ciudad cada año y el impacto de dicha concurrencia en el medio local.

En el análisis de razonabilidad de las normas impugnadas, no puede soslayarse que Bariloche, como ciudad turística por excelencia y referencia nacional para el turismo extranjero, se encuentra sometida a una degradación extraordinaria del ambiente que

acarrea un costo adicional de preservación y sostenimiento. De hecho, basta con considerar la gran cantidad de personas que circulan a diario por la ciudad para aproximar los niveles de generación de residuos por día, contemplando que esa misma cantidad de personas es la que transita constantemente por los paseos, parques, puntos panorámicos y, en general, se beneficia de los distintos atractivos con que cuenta la ciudad. En tal marco de situación, la citada Ordenanza hace expresa mención a la necesidad de “creación de ingresos públicos”, a través de “una tasa específica que permita contener la incidencia de la afluencia constante y en crecimiento permanente que genera la actividad turística sobre el medioambiente”. Desde ese punto de vista, y teniendo presente que en la tributación, el bien jurídico protegido es la equitativa distribución del sostenimiento del gasto público, no luce irrazonable que los servicios de mantenimiento y conservación de tales espacios e instalaciones sean solventados con el aporte de los turistas que permanecen alojados en ella por más de un día, ni que se encuentren eximidos del pago de la Ecotasa los residentes permanentes (art. 367, inc. a) de la Ordenanza Fiscal vigente), quien —a todo evento— efectúa su contribución por otros conceptos.

En efecto, se ha afirmado que “[l]os tributos con finalidad de control medioambiental tienden a facilitar la puesta en práctica de la regla de que quien contamina paga, principio propugnado por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico y generalmente aceptado por la sociedad. Ello se basa en que quien contamina ha de soportar el coste asociado con la contaminación (punto de vista de la justicia y de la capacidad económica)...”, e intenta reflejar que quien produzca un menoscabo al medioambiente, ha de hacerse cargo del costo económico de repararlo o atenuarlo (Naveira de Casanova, Gustavo J., “La casi nula incidencia del sistema fiscal argentino sobre el uso de las aguas: una mirada desde el ángulo de los fines extrafiscales del tributo” (2012), TR LA LEY AR/DOC/10074/2012).

Y se debe resaltar que en los considerandos de la norma impugnada expresamente se menciona que en virtud de la necesidad de no generar un deterioro en la prestación y provisión de servicios turísticos y de infraestructura turística es que se requiere la creación de ingresos públicos que se relacionen y que mejoren exclusivamente el sector turístico, con especial atención a la preservación y cuidado del medio ambiente que su crecimiento sostenido indefectiblemente altera.

A lo dicho corresponde adicionar que, conforme surge de la prueba producida en autos, el servicio en cuestión ha sido efectivamente prestado por el Municipio y se encuentra a disposición de los contribu-

yentes, circunstancia que se verifica de las constancias arrojadas por la Municipalidad demandada (v. gr., informe del Secretario de Turismo Municipal: Nota N° 56-SMT-2021 de fecha 05/05/2021; informe de ejecución presupuestaria: Nota N° 089-DGC-2021 de fecha 13/04/2021 y planillas anexas; detalles de obras realizadas, incorporadas en fecha 21/04/2021: Obras Ecotasa según Plataformas Tableau-Public.-1-20.pdf y Obras Ecotasa según Plataforma Tableau-Public.-21-41.pdf). De tal modo, la ejecución de las diversas obras de infraestructura y servicios turísticos en el ejido municipal, de conformidad con el presupuesto de hecho referido por la norma y con destino a los sujetos impositivos, permite desechar los argumentos del actor en torno a la alegada afectación del principio de legalidad y el incumplimiento de los postulados de validez de la tasa, luciendo la reglamentación analizada de conformidad con las pautas delineadas en la jurisprudencia del cimero Tribunal antes reseñada.

Asimismo, tal como ha señalado el Procurador General, resulta infundada la afirmación respecto del carácter discriminatorio de la gabela, en tanto se observa que —en definitiva— la pretensión tributaria del municipio se dirige a todos los turistas que pernoctan en la ciudad, sin efectuar distinciones arbitrarias (art. 366 de la Ordenanza Fiscal vigente) y que la norma atiende a la capacidad contributiva del obligado al pago, al establecer valores que varían en función de la categoría del alojamiento (art. 119 del Anexo I de la Ordenanza Tarifaria vigente).

En cuanto a la alegada falta de proporcionalidad entre el monto del gravamen y el costo de los servicios que se financian con lo recaudado, tampoco se verifica configurado este particular agravio esgrimido por el accionante.

Al respecto, resulta pertinente señalar que existen precedentes de este Cuerpo donde, siguiendo la interpretación de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, se ha descartado la exigencia de una equivalencia exacta o matemática entre ambos aspectos, bastando con que exista, como mínimo, un grado razonable y prudente de proporcionalidad entre la cuantía de la tasa y el costo de los servicios que aquella se encuentra destinada a financiar (STJRNS4 “Tornero” y “Construcciones El Bolsón SRL”, cit(s.)). El aludido criterio mantiene su vigencia en la jurisprudencia del alto Tribunal Nacional, tanto así que ha sido reiterado recientemente en el fallo “Esso” ya citado, en el que se sostuvo que “[e]l pago de tasas o servicios finca en una contraprestación aproximadamente equivalente al costo del servicio prestado y resulta necesario que el monto de la tasa y el costo del servicio guarden cierta relación, sin que ello deba interpretarse como una equivalencia estricta, prácticamente imposible de establecer...” (Voto del juez Lorenzetti).

Siguiendo tales parámetros, se advierte que el Estado Municipal ha logrado acreditar que la cuantía de la tasa guarda un grado razonable de proporcionalidad con los servicios prestados, en tanto ello se desprende del cotejo de la prueba informativa adunada al expediente digital, de donde surge que los fondos recaudados por el cobro de la Ecotasa durante los ejercicios 2017 a 2020 y el primer trimestre de 2021, guardan relación con el costo de las obras y servicios en los que efectivamente fueron invertidos por la Comuna (cf. informe de ejecución presupuestaria y detalle de obras citados).

Por ello, carecen de sustento y no se corresponden con las circunstancias probadas en la causa las alegaciones efectuadas por el impugnante con relación a la inexistencia de una previsión presupuestaria y la consiguiente improbabilidad de que los fondos recaudados sean efectivamente destinados a las actividades detalladas en la normativa, estando acreditado que el programa “Ecotasa” forma parte del presupuesto anual (cf. Nota N° 56-SMT-2021 cit. y Ordenanza N° 3197-CM-2020) y que la “Comisión Especial” creada por el art. 371 de la Ordenanza Fiscal vigente controla y fiscaliza que la inversión de lo recaudado se destine para solventar los servicios a prestar (cf. Actas “Comisión Ecotasa” incorporadas como documentos digitales al SEON).

Idéntico temperamento merece adoptar los planteos vinculados con la afectación del derecho de propiedad y el carácter confiscatorio de la tasa en cuestión, por cuanto no han sido debidamente sustentados por el accionante y se traducen en meros cuestionamientos de carácter subjetivo que no alcanzan para provocar la declaración de inconstitucionalidad pretendida.

En la misma línea, tampoco se verifica que la norma cuestionada incurra en una doble imposición, infringiendo de tal modo la prohibición de establecer a nivel local impuestos análogos a los impuestos coparticipados (art. 9, inc. b), Ley N° 23.548). Y, si bien se descarta que los conceptos aludidos como configurativos de la supuesta analogía (consumo, ganancias, ingresos brutos) se encuentren de algún modo presentes en la definición de los presupuestos legales de la Ecotasa, cabe considerar que según tiene expresado la Corte Suprema de Justicia de la Nación, se entiende que los impuestos locales son análogos a los nacionales cuando se verifique alguna de las siguientes hipótesis: definiciones sustancialmente coincidentes de los hechos imposables o definiciones más amplias que comprendan los hechos imposables de los impuestos nacionales o más restringidas que estén comprendidas en estos, aunque se adopten diferentes bases de medición; a pesar de una diferente definición de los hechos imposables,

adopción de bases de medición sustancialmente iguales. No resulta relevante para desechar la analogía la circunstancia que no coincidan los contribuyentes o responsables de los impuestos siempre que exista coincidencia substancial, total o parcial, de hechos imposables o bases de medición (Conf. Anteproyecto de Ley de Unificación y Distribución de Impuestos, Coparticipación de Provincial de Impuestos Nacionales, Consejo Federal de Inversiones, Buenos Aires, 1966, Pág(s). 183 y sig(s)., citado en CSJN, Fallos: 335:996).

Sin embargo, ninguno de tales supuestos se verifica en autos, donde ha quedado demostrado que la base imponible descrita por el legislador comunal (art. 364 de la Ordenanza Fiscal vigente) se encuentra directamente vinculada a los servicios efectivamente prestados a los turistas obligados al pago, de los cuales resulta retributiva la tasa cuestionada y que no se encuentran retribuidos por otro tributo especial, más allá de las alegaciones —carentes de sustento fáctico suficiente— efectuadas por el impugnante.

Como corolario, del análisis de la prueba rendida resulta que la posición esbozada en la demanda queda limitada a meras discrepancias subjetivas, toda vez que no se ha acreditado con suficiencia la vulneración de la normativa constitucional e infraconstitucional indicada.

En vista de ello, y sin desconocer que el acierto o error, el mérito o la conveniencia de las soluciones legislativas no son puntos sobre los que el Poder Judicial deba pronunciarse, es dable señalar que la medida adoptada por el Municipio de Bariloche luce razonable, por ser esta, en virtud del entorno que la rodea, uno de los lugares emblemáticos del mundo, cuya concurrencia de visitantes requiere indefectiblemente de parte del Municipio la provisión y prestación de bienes y servicios públicos de calidad y en cantidad suficiente, tanto para satisfacer adecuadamente la demanda que recibe, como también para prevenir o reparar el impacto sobre el medioambiente.

Además, la modalidad dispuesta, de carácter eminentemente retributivo y de incidencia mínima en el presupuesto de los visitantes, no resulta novedosa, en tanto también ha sido implementada en otras jurisdicciones locales y en ciudades del mundo (v. gr. Nueva York, Milán, Venecia, cf. cons. 18, Ordenanza N° 2809-CM-16). En el orden local, se destaca la provincia de Misiones, donde con similares fundamentos y consignas a los expresados en las Ordenanzas impugnadas, el Concejo Deliberante de la ciudad de Puerto Iguazú sancionó el 11 de diciembre de 2015 la Ordenanza N° 54/15 mediante la cual se creó la Tasa Eco Turística Municipal, “destinad[a] a financiar los servicios adicionales que debe prestar la Municipali-

dad así como el equipamiento vial y otras inversiones que resultan imprescindibles en el área de servicios públicos y desarrollar actividades y servicios en senderos, parques, plazas y paseos, que permitan la sustentabilidad eco ambiental...” (art. 1).

En suma, resulta indubitable que la Ecotasa, al reclamarse en virtud de los servicios municipales referidos en su presupuesto de hecho, no puede ser clasificada como un impuesto, tal como pretende el accionante, ya que reúne las condiciones de una tasa, conforme ha quedado demostrado. La escueta y genérica alegación de inconstitucionalidad impetrada por el actor, desprovista de sustento fáctico y jurídico consistente, resulta insuficiente para que este Superior Tribunal ejerza la atribución que reiteradamente ha calificado como la más delicada de las funciones que pueden encomendarse a un tribunal de justicia.

6. Decisión:

Por los argumentos esgrimidos, corresponde desestimar el planteo de inconstitucionalidad deducido por el señor Santiago Cantaluppi (fs. 34/50) contra los art(s). 362 a 371 del Anexo I de la Ordenanza N° 2809-CM-16, y los art(s). 117 y 118 del Anexo I y 48 bis del Anexo II de la Ordenanza N° 2810-CM-16, actualmente incorporados al texto vigente de la Ordenanza Fiscal del Municipio de San Carlos de Bariloche N° 2374-CM-12 (art(s). 363 a 371 de su Anexo I), y de la Ordenanza Tarifaria de la dicha Municipalidad N° 2375-CM-12 (art(s). 119 y 120 de su Anexo I y 196 de su Anexo II), por carecer aquel de sustento fáctico y jurídico consistente, sin ninguna referencia que conecte los hechos de la causa con las normas constitucionales que se dicen en pugna. Con costas (cf. art. 68 Cód. Proc. Civ. y Comercial). Nuestro voto.

Los doctores *Gallinger* y *Filipuzzi* dijeron:

Atento la coincidencia manifestada entre los señores Jueces que nos preceden en el orden de votación Nos abstenemos de emitir opinión (art. 38 LO).

Por ello el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia resuelve: Primero: Desestimar el planteo de inconstitucionalidad deducido por el señor Santiago Cantaluppi (fs. 34/50) contra los art(s). 362 a 371 del Anexo I de la Ordenanza N° 2809-CM-16, y los art(s). 117 y 118 del Anexo I y 48 bis del Anexo II de la Ordenanza N° 2810-CM-16, actualmente incorporados al texto vigente de la Ordenanza Fiscal del Municipio de San Carlos de Bariloche N° 2374-CM-12 (art(s). 363 a 371 de su Anexo I), y de la Ordenanza Tarifaria de la dicha Municipalidad N° 2375-CM-12 (art(s). 119 y 120 de su Anexo I y 196 de su Anexo II), por carecer aquel de sustento fáctico y jurídico consistente, sin ninguna referencia que conecte los hechos de la causa con las normas constitucionales que se dicen en pugna. Con costas (cf. art. 68 Cód. Proc. Civ. y Comercial). Segundo: Regular los honorarios profesionales a las letradas —apoderadas de la Municipalidad de S. C. de Bariloche— doctoras Natacha Vázquez, Marcela González Abdala y Paula Fagioli —en conjunto— en la suma equivalente a ... Jus por la contestación de la demanda; a la doctora M. Mercedes Lasmartres en la suma equivalente a ... Jus por la etapa probatoria y alegato, y a las letradas patrocinantes del actor, doctoras María Marta Peralta y María Laura Loureiro —en conjunto— en la suma equivalente a ... Jus (art(s). 6, 9, 12, 39 y conc(s). Ley G 2212). Tercero: Regular los honorarios profesionales por las excepciones resueltas en fecha 09/10/2020 a las letradas patrocinantes del actor, doctoras María Marta Peralta y María Laura Loureiro —en conjunto— en la suma equivalente a 20% de 50 Jus (art(s). 6, 9, 12, 34 y conc(s). Ley G 2212). Notifíquese al Representante de la Caja Forense y cúmplase con los aportes previstos por la Ley D 869. Cuarto: Notificar en conformidad con lo dispuesto en el artículo 8 inc. a) Anexo I de la Acordada N° 01/21-STJ— y oportunamente, archivar. — Sergio G. Ceci. — Cecilia Criado. — Ricardo A. Apcarian. — Ariel Gallinger. — Sandra Filipuzzi.

Las tasas ambientales a propósito de la denominada “Ecotasa” de Bariloche

Gastón Vidal Quera (*)

Sumario: I. El tema. La “Ecotasa”.— II. La sentencia comentada.— III. El Estado nacional demandó al municipio en instancia de la Corte.— IV. Las “tasas ambientales”: su finalidad extrafiscal.— V. A modo de conclusión.

I. El tema. La “Ecotasa”

Cabe recordar que la municipalidad de San Carlos de Bariloche cobra desde hace un tiempo la denominada “Ecotasa” ambiental.

La Ordenanza Fiscal vigente dispone en el Título XXXI art. 363 la denominada “Ecotasa” siendo el hecho imponible: “Es la contraprestación que la Municipalidad exige a los turistas que pernoctan en esta ciudad, cualquiera sea el tipo y categoría del establecimiento de alojamiento turístico, por los servicios turísticos y de infraestructura turística, directos e indirectos, y aquellos potenciales que la Municipalidad presta en concepto de conservación patrimonial, mejoramiento y protección de los sitios y paseos turísticos, comprensivos de ingresos y portales a la ciudad, sendas, accesos a lagos y sus playas, ríos y montañas, puntos panorámicos, miradores, servicios de información y atención turística, baños públicos, y todo otro servicio turístico, garantizando un turismo sustentable desde el punto de vista social, ambiental y económico”.

La base imponible en el art. 364 “...está constituida por un monto fijo por día de pernocte, que abonará cada turista en la ciudad de San Carlos de Bariloche, en el establecimiento turístico en que se aloje, cualquiera sea su tipo o categoría, conforme ordenanza tarifaria”.

Se paga en el momento en que el turista ingresa al establecimiento hotelero, y son contribuyentes de acuerdo con el ar. 366 “...las personas mayores de catorce [14] años que en carácter de turistas arriben a la ciudad y se alojen en establecimientos turísticos de cualquier tipo o categoría”. Es muy relevante a los efectos de este comentario que “[s]on agentes de percepción los titulares o responsables de los establecimientos turísticos que presten un servicio de alojamiento, cualquiera sea su clase, categoría o modalidad”.

De acuerdo con el art. 114 de la Ordenanza 2925-CM-17 se fijan los siguientes valores para el 2018, por tomar un caso ya que se replica en posteriores, que deben percibir los establecimientos de alojamiento turístico:

Tipo y categoría	Valor fijo por noche por persona
Alojamiento 1 estrella	\$ 10
Alojamiento 2 estrellas	\$ 20
Alojamiento 3 estrellas	\$ 30

(*) Abogado. Especialista en Derecho Tributario, UBA.

Tipo y categoría	Valor fijo por noche por persona
Alojamiento 4 estrellas	\$ 45
Alojamiento 5 estrellas	\$ 60
Alojamiento turismo estudiantil	\$ 30
Alojamiento sin categorizar	\$ 10
Campings y refugios	\$ 5

A raíz de la ratificación de su constitucionalidad por parte del Superior Tribunal de Río Negro, además de comentar esa sentencia, y otra que tramita en instancia originaria de la Corte, nos sirve para analizar la importancia de las tasas ambientales y los tributos con finalidad extrafiscal.

II. La sentencia comentada

La sentencia comentada fue dictada el 20 de octubre de 2021 en la causa “Cantaluppi, Santiago y otros c/ Municipalidad de San Carlos de Bariloche s/ acción de inconstitucionalidad [Ordenanzas locales que establecen la ‘Ecotasa’”.

Cabe recordar primero que, en sentencia del 11 de junio de 2020, la Corte Suprema resolvió la legitimación procesal en el tema.

El Superior Tribunal de Justicia había hecho lugar a la excepción de falta de acción presentada por el municipio y rechazó la demanda al considerar que los establecimientos hoteleros no revisten el carácter de sujetos pasivos del gravamen ya que el tributo debe ser abonado por los turistas que pernoctan en la ciudad. Los únicos obligados al pago de la tasa son los turistas que visiten y pernocten en sitios de alojamiento en el ejido de San Carlos de Bariloche.

La Corte revocó la sentencia apelada compartiendo el dictamen de la Procuración General.

Para resolver de esa manera consideró que, “como se advierte, el sistema previsto en la norma municipal emplaza a los titulares de establecimientos hoteleros ubicados dentro del municipio de San Carlos de Bariloche como agentes de percepción de la denominada ‘ecotasa’ y, en tal carácter, los somete a una serie de obligaciones cuyo incumplimiento acarrea sanciones legales ... *Tales obligaciones tornan en mi parecer inadmisibles que se excluya a los recurrentes de la presente causa, pues por sí solas evidencian el interés jurídico que poseen en impugnar el régimen cuestionado ...* la sentencia apelada resulta arbitraria porque al cercenar en forma definitiva la legitimación activa de los actores para promover este juicio, prescindió del régimen aplicable al *sub lite*”.

Como agentes de percepción están legitimados para cuestionar la Tasa por tener deberes y obligaciones formales y materiales que cumplir.

Devuelto el tema al Superior Tribunal local, se confirmó su constitucionalidad en la sentencia del 20 de octubre, de la que se destaca:

1) Con cita al fallo “Esso” de la Corte Suprema “...el reconocimiento de la autonomía importa, necesariamente, garantizar los medios para la subsistencia de los municipios. En efecto, cuando la Constitución nacional manda a las provincias a ‘asegurar el régimen municipal’, dispone —naturalmente— el reconocimiento de una realidad preexistente que solo puede garantizarse con el ‘derecho a los medios’. Dentro del ‘derecho a los medios’ para la subsistencia del municipio, se encuentran los recursos provenientes de la potestad tributaria que titularizan, la cual les permite generar sus rentas y recaudar para invertir y controlar sus recursos que, a su vez, podrán ser manejados independientemente de otro poder complementando así las facultades de administración que le son propias”.

2) Luego pasa a analizar el servicio y el cuestionamiento de que no se está individualizado. Dice el Superior Tribunal con transcripción de la Ordenanza que crea la Ecotasa que “se observa que se encuentra concretamente individualizada la actividad estatal que sirve de causa a la obligación tributaria... dicha actividad estatal, ha sido justificada por la municipalidad en las circunstancias —no controvertidas— expuestas en la contestación de la demanda y que se desprenden de la exposición de fundamentos de la Ordenanza que dio origen a la Ecotasa ... referentes a la gran afluencia de turistas que visitan a ciudad cada año y el impacto de dicha concurrencia en el medio local ... Bariloche como ciudad turística por excelencia y referencia nacional para el turismo extranjero, se encuentra sometida a una degradación extraordinaria del ambiente que acarrea un costo adicional de preservación y sostenimiento”.

3) Agregando con cita de doctrina (1) que “los tributos con finalidad de control medioambiental tienden a facilitar la puesta en práctica de la regla que quien contamina paga, principio propugnado por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico y que generalmente aceptado por la sociedad. Ello se basa en que quien contamina ha de soportar el coste asociado con la contaminación (punto de vista de la justicia y de la capacidad económica) ... e intenta reflejar que quien produzca un menoscabo al medioambiente, ha de hacerse cargo el costo económico de repararlo o atenuarlo”.

4) Se destaca la finalidad extrafiscal “...se debe resaltar que en los considerandos de la norma impugnada expresamente se menciona que en virtud de la necesidad de no generar un deterioro en la prestación y provisión de servicios turísticos y de infraestructura turística es que se requiere la creación de ingresos públicos que se relacionen y que mejoren exclusivamente el sector turístico, con especial atención a la preservación y cuidado del medio ambiente que su crecimiento sostenido indefectiblemente altera”.

5) Se tiene por probado que el municipio efectivamente prestó el servicio con la prueba

(1) NAVIERA DE CASANOVA, Gustavo, "La casi nula incidencia del sistema fiscal argentino sobre el uso de las aguas: una mirada desde el ángulo de los fines extrafiscales del tributo", La Ley, 2012.

que aportó como son informes de ejecución presupuestaria entre otros, “...la ejecución de las diversas obras de infraestructura y servicios turísticos en el ejido municipal, de conformidad con el presupuesto de hecho referido por la norma y con destino a los sujetos imponentes, permite desechar los argumentos del actor en torno a la alegada afectación del principio de legalidad y el incumplimiento de los postulados de validez de la tasa, luciendo la reglamentación analizada de conformidad con las pautas delineadas del cimer Tribunal antes reseñada”.

6) Se descarta el planteo de afectación del derecho de propiedad y el carácter confiscatorio de la tasa “...por cuanto no han sido debidamente sustentados por el accionante y se traducen en meros cuestionamientos de carácter subjetivo que no alcanzan para provocar la declaración de inconstitucionalidad pretendida”.

7) Se descarta la similitud o doble imposición con el impuesto sobre los ingresos brutos o el impuesto al valor agregado ya que “la posición esbozada en la demanda queda limitada a meras discrepancias subjetivas, toda vez que no se ha acreditado con suficiencia la vulneración de la normativa constitucional e infraconstitucional indicada ... resulta indubitable que la Ecotasa, al reclamarse en virtud de los servicios municipales referidos en su presupuesto de hecho, no puede ser clasificada como un impuesto, tal como pretende el accionante, ya que reúne las condiciones de una tasa, conforme ha quedado demostrado”.

En resumen, se desestima el planteo de inconstitucionalidad con costas.

III. El Estado nacional demandó al municipio en instancia de la Corte

Sobre la Ecotasa cabe recordar que el presidente Macri había demandado a la provincia y al municipio por esta tasa.

La demanda se inició en instancia originaria ante la Corte Suprema “Estado Nacional c. Río Negro Provincia de y otra s/ acción declarativa de inconstitucionalidad” (Expte. 2065/2017) en donde se argumentó que se estaba cobrando una tasa que no era retributiva de un servicio efectivamente prestado en contra del régimen de coparticipación federal de impuestos previsto en la ley 23.548.

De la consulta efectuada al finalizar esta colaboración (2) surge que lo último es de marzo de 2020 en donde la municipalidad contestó la demanda y planteó la incompetencia de la Corte, sin mayor actividad. En esa causa, el 16 de abril de 2019 la Corte en forma llamativa se había declarado competente por cuestionarse la tasa por ser contraria la ley de participación pese a que en cuando se invoca ese argumento se ha declarado incompetente, como en el caso del año 2019 de "Papel Misionero SA c. Provincia de Misiones s/ acción declarativa". También había rechazado la medida cautelar.

Siguiendo el dictamen de la Procuración General del 8 de noviembre de 2017, indicando "...toda vez que el Estado nacional —con derecho al fuero federal, según lo dispuesto por el art. 116 de la Ley Fundamental —demanda a la provincia de Río Negro —a quien le concierne a competencia originaria de la Corte de conformidad con el art. 117 de la Constitución nacional— entiendo que la única forma de conciliar ambas prerrogativas jurisdiccionales es sustanciando la acción en esta instancia originaria ... cierto es que la demanda se dirige también contra la municipalidad de San Carlos de Bariloche, quien no resulta aforada a los estrados de esta Corte, pero no menos cierto es que se da en este caso un supuesto de litisconsorcio pasivo necesario en los términos del art. 89 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación ya que si bien o que se ataca es una Ordenanza dictada por el municipio, ambas codemandadas son responsables de la violación, en tanto la provincia ha sido quien adhirió, por sí y en nombre de sus entes municipales, al régimen federal de impuestos instituidos por la ley 23.548, cuya transgresión aquí se plantea", con el voto de Highton de Nolasco, Maqueda, Lorenzetti y Rosatti, con la disidencia de Rosenkrantz.

Veremos si esa causa sigue adelante con el renovado criterio de la Corte a favor de la autonomía municipal que invocó en fecha reciente (3).

(2) El 21/11/2021

(3) "Esso Argentina SRL c/ Municipalidad de Quilmes s/ demanda", 02/09/2021

IV. Las "tasas ambientales": su finalidad extrafiscal

La Ecotasa encuadra dentro de las tasas ambientales que tiene que ver con la utilización del tributo con una finalidad extrafiscal, ello es no con el fin estricto de recaudar, sino de regular la actividad económica y empresarial, con el fin de proteger determinados bienes jurídicos que el Estado estima deben tener lugar en un determinado momento, o desalentar determinadas conductas o hacer responsable a ciertos sujetos de la actividad que llevan a cabo (4).

La materia medio ambiental no está ajena a la posibilidad de utilizar este instrumento para la política económica y para que estos cumplan con su finalidad y sean eficaces, se debe reducir la posibilidad de traslación de modo que la efectiva incidencia recaiga sobre el sujeto que participa en la contaminación en forma activa, a fin de modificar o atenuar sus comportamientos.

Como es sabido, los tributos tienen como principal función la de recaudar y acercar importes dinerarios al Estado (finalidad fiscal) para poder cumplir con sus objetivos públicos, como la salud, defensa, educación, etc. Pero los tributos también pueden tener finalidad extrafiscal, que está relacionada con desalentar actividades para cumplir con un determinado propósito o cometido (caso de los tributos para la protección del medio ambiente y similares), en cuyo caso la recaudación debería ser nula o casi nula.

Se ha dicho con claridad que "los intentos de usar impuestos con fines extrafiscales muchas veces desnaturalizan su esencia, como, p.ej., la utilización indiscriminada de tributos con fines ecológicos que terminan frecuentemente poniendo un precio a la polución ambiental" (5).

Para la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho que "el poder impositivo constituye un valioso instrumento de regulación, complemento necesario del principio constitucional que prevé atender al bien general, al que conduce la

(4) Se puede ampliar en VIDAL QUERA, Gastón, "Cuestiones conflictivas de tributación local", Errepar, 2019.

(5) GARCÍA VIZCAINO, Catalina, "Manual de Derecho Tributario", Abeledo Perrot, 2017, p. 34.

finalidad ciertamente extrafiscal de impulsar la expansión de las fuerzas económicas” (6).

En conclusión, la finalidad extrafiscal de los tributos se utiliza como mecanismos o instrumentos de política financiera, económica y social para impulsar, proteger o inhibir que se realicen ciertas actividades en las cuales el Estado centra su interés. En el caso analizado se tuvo expresamente en cuenta esta finalidad extrafiscal para validar la tasa.

La finalidad extrafiscal en materia ambiental está dada por un principio que se conoce como “quien contamina paga” o, como se sostuvo, con las modernas tendencias del deber de colaborar o estar involucrado en el proceso por la contaminación a raíz de la realización de actividades de prestación de servicios o venta de productos que son introducidos al mercado.

En Argentina hay varias experiencias. La Ciudad Autónoma de Buenos Aires en el año 2005 dictó la ley de “Basura Cero”. Se fueron dando instrumentos tributarios relacionados con la tributación al medio ambiente.

En el Código Fiscal de la Ciudad se establecieron expresamente en el Título VI “Gravámenes ambientales” como el “impuesto a la generación de residuos sólidos urbanos húmedos no reciclables” conocido como el “impuesto a la basura” que se cobra por la generación de esa clase de residuos y son responsables de su ingreso los generadores de estos. Se establece un canon anual por litros diarios según la cantidad de residuos sólidos generados en cada uno de los lugares físicos que explota. Si se encarga del tratamiento hay una exención en donde, en principio, estaría la finalidad extrafiscal ya que están exentos quienes estén inscriptos en el programa de generadores privados de la Coordinación Ecológica Área Metropolitana Sociedad del Estado (CEAMSE) debiendo costear el transporte y disposición final de la fracción húmeda de residuos por ella producida. También existe el “impuesto a la generación de residuos áridos” que se paga por la producción de esos residuos como los restos de demolición y construcción y son solidarios en pagarlo los propietarios y/o consorcios de propietarios, las empresas constructoras y el profesional actuante en la obra o demolición. Se es-

(6) Fallos 314:1293.

tablece de acuerdo con la Ordenanza Fiscal un importe por metro cuadrado. Si se cobra por los restos de demolición no estaría cumpliendo su finalidad, se ha dicho que “será necesario vigilar el cumplimiento por parte del Estado del fin extrafiscal por el cual son creados estos tributos, pues puede correrse el riesgo de que, bajo la excusa medioambiental, se pretenda aumentar la recaudación a fin de cubrir las necesidades financieras existentes” (7).

Los municipios tienen varias tasas relacionadas con el medio ambiente. Como la municipalidad de San Fernando, que tiene la “Tasa por Comercialización Envases no retornables y afines”, que cobra un importe por cada botella no retornable, envase, lata de bebida, envase de aerosol, pañal descartable y deben pagar las tasas las personas físicas o jurídicas titulares de actividades económicas de venta minorista o mayorista en el Partido. Se reduce la tasa si tiene un proceso de tratamiento o reciclaje de esa basura. Algo tiene Bahía Blanca, San Isidro, Salta entre otras (8).

V. A modo de conclusión

La fiscalidad ambiental se debe orientar a internalizar el costo social en el empresario, comerciante, productores y consumidores, participando y haciéndose cargo de la responsabilidad que tengan en la generación de la contaminación en sus diversas formas y casos en que intervienen.

En mi punto de vista es necesario una política uniforme para las industrias y los agentes económicos en general, sumado ello a la necesidad de reafirmar el reciclado para la población y el desarrollo de la educación ambiental para toda la población.

En el caso se tuvo por acreditada con claridad la finalidad extrafiscal de la tasa y se descartaron todos los otros argumentos y objeciones que se le planteaban.

Veremos si el tema de fondo llega a la Corte Suprema de Justicia y confirma que más allá de la loable finalidad estamos frente a una tasa retributiva de un servicio. Cabe esperar para cerrar el tema de la promocionada Ecotasa.

(7) ALMADA, Lorena y MATICH, Cecilia, “Ciudad de Buenos Aires, pionera en la creación de impuestos ecológicos”, Doctrina Tributaria, Errepar, 2010.

(8) Se puede ampliar en el libro citado en el punto 4.

DERECHO INTERNACIONAL AMBIENTAL

La tutela cautelar ambiental en la legislación chilena (*)

Cristián Peña y Lillo Delaunoy (**)

Sumario: I. Introducción.— II. Generalidades.— III. Concepto.— IV. Finalidad de la tutela cautelar ambiental.— V. Objetos de las medidas cautelares ambientales.— VI. Características.— VII. Clasificación de las medidas cautelares.— VIII. Requisitos o presupuestos materiales de las medidas cautelares ambientales.— IX. De la oposición, el alzamiento, la modificación y la caducidad de las medidas cautelares.— X. Régimen recursivo de las medidas cautelares.— XI. Bibliografía.

“La tutela anticipada en materia ambiental tiene una importancia superior a la que se le otorga en otras áreas del derecho procesal, ya que la agresión al medio ambiente se manifiesta en hechos que provocan por su mera consumación un deterioro cierto e irreversible de tal modo que permitir su avance y prosecución importa una degradación perceptible de la calidad de vida de los seres humanos, por lo que su cesación se revela como una medida impostergable.”

Gisela OSISNALDE CASTRO (***)

I. Introducción

El presente artículo académico tiene por finalidad exponer el régimen jurídico de la tutela cautelar ambiental en la legislación chilena. Para ello se realiza un breve recorrido por el derecho de acceso a la justicia ambiental y el principio preventivo como sustento de la tutela de urgencia en materia ambiental. Se realiza una referencia conceptual a las medidas cautelares ambientales nacionales, su objeto, características, clasificación y requisitos o presupuestos

(*) El presente artículo es una revisión y actualización del autor del homónimo que aparece publicado en el tít. VIII del libro "Derecho procesal ambiental", Ed. Thomson Reuters, Chile, 2021.

(**) Abogado; magíster en Derecho Ambiental de la Universidad del Desarrollo (MDA); diplomado en Recursos Naturales y en Medio Ambiente y Desarrollo Sustentable, ambos de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Actualmente se desempeña como abogado consultor en derecho regulatorio minero, ambiental, recursos naturales, eléctrico y administrativo, y como miembro titular del Segundo Tribunal Electoral de la Región Metropolitana.

(***) OSISNALDE, 2015, p. 19.

materiales para su adopción. A continuación, se explica la oposición incidental como medio impugnativo en el ámbito del proceso cautelar ambiental nacional para su alzamiento y modificación, así como también su caducidad y régimen recursivo.

Podría decirse que este artículo aporta una compilación de opiniones doctrinarias nacionales y extranjeras, así como de las principales jurisprudencias que han emanado de los tribunales ambientales nacionales sobre una institución jurídica que, a pesar de ser profusamente estudiada en el derecho comparado, en la práctica forense nacional aún es un tema incipiente, inacabado, en pleno proceso de elaboración.

II. Generalidades

Para comenzar, debemos recordar que el Principio 10 de la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y el Desarrollo de 1992, establece tres derechos fundamentales, denominados en su conjunto como “derechos de acceso”. A saber: i) el acceso a la información ambiental; ii) el ac-

ceso a la participación pública en los procesos de toma de decisiones en asuntos ambientales, y; iii) el acceso a la justicia en asuntos ambientales.

También debemos tener presente que de los derechos de acceso indicados, “el derecho de acceso a la justicia ambiental”, es a través del cual se le proporciona a los individuos, grupos y organizaciones, una herramienta para proteger sus derechos ambientales y de acceso a la información y participación en la toma de decisiones, ya que les permite acceder a procedimientos judiciales y administrativos claros, equitativos, oportunos e independientes, que contemplen la reparación y remediación por daño ambiental en caso de afectación de esos derechos por parte del propio Estado o de particulares.

Ello ha sido puntualizado por la CEPAL, que ha indicado que “el acceso a la justicia se ve materializado en procedimientos judiciales y administrativos claros, equitativos, independientes y expeditos a los que se puede recurrir en caso de afectación de estos derechos o para remediar un daño ambiental. La legitimación activa amplia en defensa del medio ambiente, el establecimiento de mecanismos de asistencia para eliminar o reducir los obstáculos financieros y de otro tipo al acceso a la justicia, y la implementación de mecanismos oportunos y efectivos de ejecución de las decisiones, así como de medidas provisionales o cautelares y medidas de reparación (como la restitución o restauración y la compensación), entre otros recursos, permiten garantizar el ejercicio pleno de este derecho. El acceso a la justicia es además fundamental para velar por los derechos ambientales de aquellos que tradicionalmente han sido excluidos de la toma de decisiones” (1).

Sobre los derechos de acceso, nuestra doctrina nacional ha indicado que estos son, por una parte, un requisito del derecho a vivir en un medio ambiente sano, y por otra, se fortalecen recíprocamente en aras a conseguir la justicia en materia ambiental, ya que los tres derechos tendrían tanto una vertiente procesal, como una

material, relacionada con el derecho a vivir en un medio ambiente sano (2).

Debemos indicar que la protección del derecho fundamental al medio ambiente en el ámbito jurisdiccional nacional se sustenta principalmente en el principio preventivo, en virtud del cual se pretende hacer cesar la amenaza o evitar el daño medioambiental materia del litigio, mediante la adopción de medidas preventivas o cautelares.

Sobre el principio preventivo, el profesor Néstor A. Cafferatta nos señala que este “se encarga del riesgo sabido, conocido, verificado, comprobado, real”; sostiene dicho autor que el énfasis preventivo, aunque se apoya a la postre en un dispositivo sancionado, sus objetivos son fundamentalmente preventivos, porque la coacción *a posteriori* resulta ineficaz, puesto que muchos de esos daños ambientales, de producirse son irreversibles. De manera que la represión podrá tener una trascendencia moral, pero difícilmente compensará graves daños, quizás irreparables. Por ello se recomienda la adopción de estrategias previsoras en etapas precoces del proceso potencialmente dañoso (3).

Como podemos observar, la tutela anticipada en materia ambiental tiene una importancia superior a la que se le otorga en otras áreas del derecho procesal, ya que la agresión al medio ambiente se manifiesta en hechos que provocan por su mera consumación un deterioro cierto e irreversible de tal modo que permitir su avance y prosecución importa una degradación perceptible de la calidad de vida de los seres humanos, por lo que su cesación se revela como una medida impostergable. En otros términos, “el bien ambiental es, a diferencia de otros bienes, esencialmente limitado, y su consumo irreparable en cuanto cada vez con mayor nitidez se advierte la imposibilidad de un reiterado, continuo e inmediato reemplazo, al punto de preverse en muchos casos —de persistir una utilización irracional— su agotamiento inminente, con la consecuente repercusión directa y obviamente

(2) AGUILAR, 2013, p. 128, cit. por COSTA - BELEM-MI, 2017, p. 10.

(3) CAFFERATTA, 2004, p. 161.

(1) CEPAL, 2018, p. 14.

negativa que ello conlleva respecto de la calidad de vida humana” (4).

Por ello, es que la legislación chilena no solo se preocupa de tutelar el interés una vez que el daño se ha consumado y debe repararse, sino que también incorpora esta protección para cuando el daño es inminente o existe peligro o riesgo fundado de que este pudiera producirse, colocando en manos del tribunal ambiental, en el marco de un procedimiento jurisdiccional, la posibilidad de adoptar medidas cautelares de carácter conservativo o innovativo (5).

III. Concepto

Conforme lo dispone el art. 24 de la Ley que Crea los Tribunales Ambientales (ley 20.600) (en adelante, LTA), “las medidas cautelares son aquellas medidas conservativas o innovativas que pueden decretar los tribunales ambientales con el fin de resguardar un interés jurídicamente tutelado para impedir los efectos negativos de los actos o conductas sometidos a su conocimiento, teniendo en cuenta la verosimilitud de la pretensión invocada” (6).

IV. Finalidad de la tutela cautelar ambiental

A diferencia de lo que ocurre en la tutela cautelar que contempla nuestro Código de Procedimiento Civil (en lo sucesivo, CPC), bajo la figura de “las medidas precautorias”, en donde estas, de acuerdo con lo previsto en el art. 290 del CPC, tienen por fin “asegurar el resultado de la acción”, en materia ambiental la tutela cautelar persigue otro fin. En efecto, de acuerdo con el art. 24 de la LTA, la finalidad de la tutela cautelar en materia ambiental, es resguardar “un interés jurídicamente tutelado”.

Si bien la ley no define el sentido y el alcance de la finalidad de la tutela cautelar ambiental, la

doctrina especializada nos ha entregado algunos contornos de dicha finalidad.

En primer lugar, Couture nos dice que el “interés jurídico” es una “aspiración legítima, de orden pecuniario o moral que representa para una persona la existencia de una situación jurídica o la realización de una determinada conducta. No todos los intereses individuales o colectivos son susceptibles de considerarse jurídicamente relevantes. Solamente aquellos que el legislador selecciona como susceptibles de protección jurídica adquieren consagración constitucional o legal” (7). Otro autor, nos dice que es aquel “que ha sido considerado por la norma como jurídicamente relevante y al que esta brinda su protección (interés jurídicamente protegido), por considerar que se adentra en el orbe de lo jurídico y es digno de tutela jurídica” (8).

Para José Acosta Estévez, el interés en juego en materia ambiental dice relación con la protección del medio ambiente y con la expectativa de que el desarrollo económico y social sea sustentable y no conlleve un deterioro excesivo e irremediable del medio ambiente. Este interés ha sido denominado por la doctrina como un “interés supraindividual o transindividual”, estos son, aquellos que “pertenecen a todos y cada uno de los miembros integrantes de la sociedad y que precisan protección jurídica y tutela procesal” (9).

Por su parte, la doctrina nacional ha identificado el interés relativo a la protección del medio ambiente como una “legítima expectativa a que el ambiente permanezca en calidades, niveles, concentraciones y estándares que permitan a cada uno de los integrantes de la nación disfrutar y beneficiarse de un medio ecológico apto para las necesidades presentes y futuras” (10).

(4) CAFFERATTA, 2012, p. 254.

(5) AGUIRREZABAL, 2016, p. 30.

(6) Tradicionalmente se han definido las medidas cautelares como “aquellas resoluciones que se dictan durante el curso de un proceso y que tienen por objeto otorgar al actor la anticipación provisoria de ciertos efectos de la providencia definitiva, para prevenir el daño jurídico que podría derivar del retardo en la dictación de la misma” (CALAMANDREI, 1996, p. 45).

(7) COUTURE, 1993, p. 344, en VALENZUELA, 2019, p. 39.

(8) GUTIÉRREZ, 1999, p. 46, en VALENZUELA, 2019, p. 39.

(9) ACOSTA, 1995, p. 40, en AGUIRREZABAL, 2016b, p. 24.

(10) TISNÉ, 2014, p. 328, en VALENZUELA, 2019, p. 40.

Por último, el interés concerniente a la protección del medio ambiente es de carácter jurídico, toda vez que nuestro constituyente lo ha consagrado de manera expresa dentro del catálogo de garantías constitucionales, estableciendo en el art. 19, nro. 8, de la Const. Política de la República de Chile (CPR), el “derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación”. De esta forma, podemos concluir que el “interés jurídicamente tutelado”, al que hace alusión el art. 24 de la LTA, corresponde al “derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación”, consagrado expresamente en el art. 19, nro. 8, de la CPR.

V. Objetos de las medidas cautelares ambientales

En forma preliminar, debemos observar, que nuestro legislador ha establecido un régimen abierto de medidas cautelares, es decir, de *numerus apertus*, distinto al régimen cerrado que establece el Código de Procedimiento Civil. Las medidas serán, según veremos más adelante, conservativas o innovativas y dentro de esas categorías o géneros, podrán tener lugar todas aquellas que el tribunal considere oportunas en función al mérito de la causa.

En el caso de las medidas conservativas, su objeto será “asegurar el resultado de la pretensión, a través de acciones destinadas a mantener el estado de hecho o derecho existente con anterioridad a la solicitud de la medida”, es decir, estas medidas buscan “impedir” la realización de cambios en la situación de hecho o de derecho existente con anterioridad a la solicitud de la medida, evitando con ello un posible daño jurídico o económico que pueda derivarse por el retardo en el pronunciamiento de la sentencia definitiva, ya que, entre la demanda y la sentencia, el demandado puede enajenar o destruir sus bienes o el objeto litigioso.

Por su parte, en cuanto a las *medidas innovativas*, su objeto será también “asegurar el resultado de la pretensión”, pero a través de acciones encaminadas a “modificar” el estado de hecho o de derecho preexistente, siempre y cuando sea inminente un “perjuicio irreparable”, de acuerdo con lo señalado en el inc. 6° del art. 24 de la LTA.

VI. Características

a) Son actos jurisdiccionales: la adopción de las medidas cautelares es una labor propia, exclusiva y excluyente de los órganos jurisdiccionales ambientales. Solo alcanzará su total virtualidad cuando son decretadas por el tribunal ambiental competente en el ejercicio de su potestad jurisdiccional y en forma de auto motivado, pues resulta evidente que es él quien se encuentra en mejores condiciones para comprobar, analizar y enjuiciar la concurrencia de los presupuestos a los que legalmente se subordina la adopción de la medida.

b) Son actos procesales que pueden emanar a petición de parte o del órgano jurisdiccional: ello por cuanto, pueden ser decretados a petición de parte o de oficio por el Tribunal Ambiental, de acuerdo con lo expuesto en la segunda parte del inc. 2° del art. 24 de la LTA. Además, si el tribunal estimare que no concurren las circunstancias que hagan procedente la cautela innovativa, podrá de oficio decretar la medida cautelar que a su juicio corresponda.

c) Son instrumentales o accesorias: no tienen fin en sí mismas, sino que existen subordinadas a un proceso principal actual o futuro, toda vez que sirven para resguardar un interés jurídicamente tutelado con el objeto de impedir los efectos negativos de los actos o conductas sometidas al conocimiento del tribunal ambiental. Por ello, la relación de dependencia de la medida cautelar se encuentra al servicio de la efectividad del proceso, de manera que una vez que este finalice con una resolución productora de todos los efectos de la cosa juzgada, la medida cautelar pierde su eficacia y se extingue.

d) Son esencialmente provisionales, pues tienden a satisfacer una necesidad inmediata de aseguramiento de un resultado futuro, que subsistirá hasta que se resuelva el asunto principal y determine la innecesariedad de su mantenimiento. Ello lo dice expresamente la segunda parte del inc. 5° del art. 24 de la LTA, al indicar que “[l]as medidas decretadas se podrán modificar o dejar sin efecto en cualquier estado de la causa”. Sobre ello nos indica el profesor Maturana que se encuentran destinadas a durar hasta que sobrevenga un evento sucesivo, en vista de él y en espera del cual el estado de provisoriedad

subsiste durante el tiempo intermedio (11). De ese modo, los efectos de las medidas cautelares no solo tienen una duración temporal, sino que tienen una duración limitada a aquel período de tiempo que deberá transcurrir entre la emanación de la providencia cautelar y la emanación de otra providencia jurisdiccional. De ahí que Raúl Tavolari señale que la nota de provisionabilidad “arranca de la consideración de expirar los efectos de la providencia cautelar, ejecutoriada que sea la resolución que pone fin al proceso principal, sea estimando o desestimando la pretensión. En ese momento, *ipso jure*, se extingue la eficacia de la resolución cautelar que, perdida su razón de ser, agota por tanto su ciclo vital” (12).

e) Son temporales: esta condición está estrechamente ligada a la anterior, de la que puede distinguirse porque cualesquiera sean las circunstancias o los avatares que se produzcan en la litis, la medida cautelar tiene una duración predeterminada que producirá su extinción y alzamiento de efectos en un momento preciso del proceso. Así lo señala la primera parte del inc. 2º del art. 24 de la LTA, al establecer que el tribunal podrá decretar estas medidas “por el plazo que estime conveniente”.

f) Son acumulables: esta característica se encuentra anotada en el inc. 1º del art. 24 de la LTA, que señala: “el Tribunal podrá decretar las medidas cautelares, conservativas o innovativas, necesarias para impedir los efectos negativos de los actos o conductas sometidos a su conocimiento”.

g) Se rigen por las normas comunes: las medidas cautelares se rigen por las normas comunes contenidas en el CPC, por así disponerlo expresamente el art. 24 de la LTA, razón por lo cual deberá aplicarse al respecto, en todo aquello que no esté expresamente regulado por la ley 20.600, las normas de los arts. 290 a 302 del CPC, contenidas en el tít. V del libro II del referido cuerpo normativo. Consecuencia de ello será que las cautelares serán limitadas, es decir, que solo pueden limitarse “a los bienes necesarios para responder a los resultados del juicio”

(11) MATURANA, 2007, p. 9.

(12) TAVOLARI, 1992, p. 11.

y su falta de taxatividad, pues como sabemos, a pesar de encontrarse establecidas las principales medidas precautorias en los arts. 290 a 302 del CPC, estas no son las únicas, permitiendo la ley que el actor solicite otras medidas cuando considere que estas no son completamente eficaces.

VII. Clasificación de las medidas cautelares

Las medidas cautelares, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 24 de la LTA, pueden clasificarse de la siguiente manera:

VII.1. Según su finalidad

Estas podrán ser de dos tipos, *medidas conservativas* y *medidas innovativas*. Son medidas conservativas aquellas que tengan por objeto asegurar el resultado de la pretensión, a través de acciones destinadas a mantener el estado de hecho o de derecho existente con anterioridad a la solicitud de la medida (13). A su vez, son innovativas (14) aquellas que, con el mismo objeto, buscan modificar el estado de hecho o de derecho existente al tiempo de la solicitud de la medida (15).

VII.2. Según la forma en que las medidas cautelares pueden ser decretadas

Las medidas cautelares podrán ser de dos clases, *a petición de parte* o *de oficio por el tribunal*.

Serán “a petición de parte”, si ellas emanan de un acto de alguna de las partes en el proceso, incluido los terceros. En este caso, el Tribunal deberá resolver la solicitud, mediante resolución fundada, de *plano* o *con citación*, de acuer-

(13) Art. 24, inc. 1º, 2a. parte, LTA.

(14) Las medidas innovativas, también conocidas como autosatisfactivas, han sido definidas como aquellas que “otorgando en forma anticipada total o parcialmente el objeto mediato de la pretensión contenida en la demanda, y que según la naturaleza del interés, la inminencia o presencia efectiva de un perjuicio irreparable o de difícil reparación, o las particulares circunstancias que surgen de la situación jurídica, la decreta el juez para obviar las consecuencias perjudiciales de un evento que podría producir la supresión o restricción de los efectos obligatorios o ejecutivos de la decisión sobre el fondo” (AGUIRREZABAL, 2016, p. 27).

(15) Art. 24, inc. 1º, 3a. parte, LTA.

do con las normas generales (art. 24, inc. 2º, LTA) (16).

Que el tribunal pueda resolver la solicitud cautelar “de plano”, de acuerdo con las normas generales, significa que resolverá la solicitud sin audiencia de la parte contraria, lo cual podrá hacer solo si el fallo se puede fundar en hechos que consten en el proceso o sean de pública notoriedad, consignando en la resolución dicha circunstancia, de acuerdo con lo dispuesto en la 2ª parte del art. 89 del CPC, norma aplicable supletoriamente a la especie por remisión que al efecto realiza el art. 47 de la LTA.

En cambio, si la solicitud de cautelar no reúne las circunstancias exigidas por la segunda parte del art. 89 del CPC, para que la solicitud pueda ser resuelta de plano, resolverá *con citación*, es decir, el tribunal deberá conceder tres días a la parte contraria para responder. Vencido el plazo para responder, oponerse en este caso, si no se ha deducido oposición, el tribunal resolverá la cuestión, trabando la medida, si, a su juicio, no hay necesidad de prueba (17).

Ahora, si se dedujo oposición a la solicitud cautelar, o bien, el tribunal, frente al silencio de la parte en contra de la cual se solicitó la medida cautelar, estima que hay necesidad de prueba, deberá citar a las partes a una audiencia dentro de un plazo no superior a diez días, en la que las escuchará y resolverá la mantención, modificación o alzamiento de la medida.

Serán de *oficio*, si la medida cautelar es decretada por el órgano jurisdiccional sin mediar solicitud de parte, en virtud de las amplias facultades que el tribunal ambiental tiene al respecto (18).

(16) Véase resolución del Segundo Tribunal Ambiental del 22/02/2016, causa rol D-23-2016, mediante la cual se rechazó medida cautelar consistente en el cierre provisional del Relleno Sanitario Santa Marta: "atendido que se encuentra vigente la medida provisional de clausura temporal parcial de las instalaciones del Relleno Sanitario Santa Marta, autorizada por este Tribunal el 10 de febrero de 2016, en causa rol S-26-2016, no ha lugar".

(17) Véase primera parte del art. 89, CPC.

(18) Lo anterior tiene sentido, toda vez que los intereses que convergen y a los que debe dar cautela el juez son de carácter general y en que los afectados por regla

Finalmente, en cuanto a la facultad oficiosa que detenta el tribunal para decretar la adopción de la tutela cautelar, debemos hacer presente que ello no obsta a su obligación de fundamentar debidamente su decisión, dada la naturaleza intrusiva de la tutela cautelar.

VII.3. Según la oportunidad en que pueden ser solicitadas y decretadas

Desde la oportunidad en que estas pueden ser solicitadas o decretadas, las medidas cautelares podrán ser *prejudiciales* o *judiciales*.

Serán *prejudiciales* si las medidas son solicitadas antes del inicio del proceso. De acuerdo con lo previsto en el inc. 7º del art. 24 de la LTA, si la medida se hubiere concedido prejudicialmente el solicitante deberá presentar su demanda en el plazo de 15 días hábiles contado desde que se concedió la cautela o en el término mayor que fije el tribunal. Si así no lo hiciera, la medida quedará sin efecto de pleno derecho (19).

Son *judiciales* si las medidas son decretadas en cualquier estado del proceso, incluso en la sentencia misma, ya sea de oficio o a petición de parte.

VII.4. Según la oportunidad en que pueden llevarse a efecto

Desde la perspectiva de la oportunidad en que las medidas cautelares se pueden llevar a efecto en contra de quien se dictan, estas podrán ser: *con notificación previa* o *sin previa notificación*.

La regla general es que las medidas cautelares se pueden llevar a efecto respecto de la persona contra quien se dictan *con notificación previa*, pues así lo dispone el inc. 7º del art. 24 de la LTA, al señalar que “[l]a resolución que conceda o deniegue una medida cautelar se notificará al afectado”. Lo anterior significa que la resolu-

general son un número indeterminado de personas (VALENZUELA, 2019, p. 46).

(19) "Ilustre Municipalidad de Maipú con Minera Española Chile Limitada", Segundo Tribunal Ambiental, resolución, 05/03/2015, rol D-15-2015. En mismo sentido, "Federación de sindicatos de pescadores artesanales de la Comuna de Hualaihué con Marine Harvest Chile SA", Tercer Tribunal Ambiental, res. 12/09/2018, rol D-38-2018.

ción judicial que se pronuncie sobre la petición de una cautelar, o bien aquella que la decreta de oficio, solo podrán llevarse a efecto después de notificar a la persona contra quien se dictan, pues la norma general contenida en el art. 38 del CPC señala que las resoluciones judiciales solo producen efecto en virtud de notificación hecha con arreglo a la ley, salvo los casos expresamente exceptuados por ella.

Excepcionalmente, las medidas cautelares podrán llevarse a efecto respecto de la persona contra quien se dictan *sin previa notificación*, en la situación que contempla el inciso final del art. 24 de la LTA, que faculta al tribunal ambiental para disponer que las medidas se lleven a efecto antes de notificar a la persona contra quien se dictan, siempre que existiere motivo grave. En este caso, la resolución que dispuso la cautelar deberá ser notificada a la persona en contra quien se dictó dentro del plazo de 5 días hábiles. Transcurrido dicho plazo sin que la notificación se efectúe, quedarán sin valor las diligencias practicadas. El tribunal podrá ampliar este plazo por motivo fundado.

VIII. Requisitos o presupuestos materiales de las medidas cautelares ambientales

Antes de entrar a valorar los requisitos de las medidas cautelares, resulta obvio que el tribunal ambiental debe hacer un examen sobre la existencia o no de la situación jurídica cautelable, de manera que quede solo cuestionarse si es adecuada o no la adopción jurisdiccional de tal medida. Si no se da esta premisa, no es posible que los sentenciadores puedan entrar siquiera a valorar si concurren o no los requisitos o presupuestos materiales de la medida cautelar solicitada.

Entonces, una vez admitida la existencia de esta situación, ha de darse la concurrencia conjunta de todos los presupuestos, por lo que si falta uno de ellos la medida cautelar será improcedente, constituyendo una carga procesal para el litigante que pide la adopción de la medida.

Dicho lo anterior, para la dictación de las medidas cautelares en los distintos procedimientos regulados por la LTA, es necesario que ellas cumplan con los mismos requisitos exigidos por las normas generales contenidas en los arts. 290

a 302 del CPC, es decir, el *fumus boni iuris*, el *periculum in mora* o *periculum in mora*, y la *caución* o *contracautela*, que el tribunal podrá exigir al actor particular para responder de los perjuicios que podrían originarse. A continuación, veremos cada uno de los referidos requisitos:

VIII.1. Fumus bonis iuris

El requisito del *fumus bonis iuris* o *humo de buen derecho* es el juicio de verosimilitud acerca de la existencia del derecho que se reclama. Es el primer presupuesto que debe concurrir para imponer una medida cautelar y consiste en el análisis judicial preliminar de los indicios, elementos o circunstancias que fundamentan la pretensión principal de quien solicita la medida cautelar.

Esta exigencia se encuentra contenida en el inc. 1º del art. 24 de la LTA, cuando señala que el tribunal ambiental deberá “tener en cuenta la verosimilitud de la pretensión invocada”. En virtud de ello, los tribunales ambientales se encuentran facultados para decretar las medidas cautelares necesarias para impedir los efectos negativos de los actos o conductas sometidos a su conocimiento, a fin de resguardar un interés jurídicamente tutelado.

Debe constatarse la apariencia de sostenibilidad o un buen fundamento en derecho de la pretensión con el fin de dotarla de apariencia probable, de legitimidad, y que a primera vista no parezca que sea arbitraria, descabellada ni irrazonablemente fundada.

Para acreditar la *verosimilitud de la pretensión invocada*, el inc. 3º del art. 24 de la LTA exige al requirente de la cautelar que en su solicitud acompañe los antecedentes que constituyan, a lo menos, “presunción grave del derecho que se reclama o de los hechos denunciados”. Ello, por cuanto el reconocimiento del derecho o de los hechos denunciados se hará en la sentencia definitiva, por lo que, para conceder la cautela solicitada antes de dicho estado procesal, debe contentarse con una apariencia de derecho, con una presunción grave que el actor logrará la declaración de su derecho o el reconocimiento de los hechos denunciados (20).

(20) Véase causa del Tercer Tribunal Ambiental, rol D-34-2018, en la cual, por medio de resolución de

La expresión “antecedentes” que emplea el inc. 3º del art. 24 de la LTA, se refiere exclusivamente a la prueba documental, toda vez que, en las controversias cautelares seguidas ante los tribunales ambientales, solo es admisible la prueba documental, según lo ha dispuesto expresamente el inc. 5º de la norma referida. Por su parte, la expresión “presunción grave”, da a entender que de tales documentos se pueda deducir la apariencia o verosimilitud del derecho que fundamenta la pretensión del actor, en otras palabras, que ellos conduzcan al tribunal para formar la suficiente convicción de la existencia del derecho que se reclama o de los hechos denunciados (21).

23/01/2018, se rechazó medida cautelar prejudicial conservativa en contra de la Municipalidad de Los Ángeles, señalándose, entre otros argumentos que en el caso no se acreditó “la apariencia de buen derecho”, lo que en sus palabras implica: “que el futuro demandante debe acreditar que tiene razonables probabilidades de obtener una sentencia favorable”. La resolución continúa señalando que, “[p]ara ello, el legislador en el art. 24 inc. 3º le exige suministrar antecedentes que constituyen al menos presunción grave del derecho que se reclama o de los hechos denunciados. En la especie, esto implica que el futuro actor asume la carga de demostrar —en un estadio preliminar— que existe una acción u omisión, culpable o dolosa, imputable al futuro demandado (Municipio de Los Ángeles), que causa un daño ambiental susceptible de ser reparado”. En el mismo sentido, véase causa del Tercer Tribunal Ambiental, rol D-33-2017, en la cual, con fecha 14/12/2017, el tribunal resolvió rechazar la medida cautelar innovativa solicitada expresando “[q]ue, de los fundamentos y antecedentes acompañados es posible advertir que estos últimos no son actualizados y carecen de la suficiencia para acreditar fehacientemente la inminencia de un perjuicio irreparable. Asimismo, lo expuesto por la demandante no permite configurar una presunción grave del derecho que se reclama o de los hechos denunciados, todo lo anterior, conforme lo exige el art. 24 de la ley 20.600”.

(21) Véase resolución del Segundo Tribunal Ambiental de 26/01/2016, causa rol D-21-2016, en donde el tribunal rechazó la solicitud de medida cautelar resolviendo que, “en atención a lo dispuesto en el art. 24 de la ley 20.600, que exige que el requirente acompañe antecedentes que constituyan, a lo menos, presunción grave del derecho que se reclama o de los hechos denunciados, y que esta solo podrá decretarse ante la inminencia de un perjuicio irreparable, exigencias que no se cumplen en el escrito de demanda que por este acto se admite a tramitación, no ha lugar, sin perjuicio de poder reiterarse en su oportunidad según lo previsto en el inc. 2º del artículo recién citado”. En el mismo sentido, véase causas del Segundo Tribunal Ambiental, roles D-19-2015 y D-12-2015.

VIII.2. Peligro en la demora

Existe unanimidad en que lo cautelar obedece a una necesidad común que invoca como justificación, la necesidad de evitar el *periculum in mora*, el peligro en el retardo, y que genéricamente no es otra cosa que el riesgo constituido por el transcurso del tiempo necesario para alcanzar en el proceso una resolución definitiva sobre el litigio sometido a los tribunales entre las partes en conflicto, de manera que finalmente se haga frustrar la efectividad de la sentencia que culmina la fase jurisdiccional declarativa.

El *periculum in mora*, que constituye la base de este presupuesto en las medidas cautelares, ha sido conceptualizado por Calamandrei como la “existencia de un peligro de daño jurídico, derivado del retardo de una providencia jurisdiccional definitiva” (22). Agrega este autor, que, “para aproximarse a una noción clara del *periculum in mora* es preciso dar otro paso: no basta que el interés en obrar nazca de un estado de peligro y que la providencia invocada por ello tenga la finalidad de prevenir un daño solamente temido, sino que es preciso, además, que a causa de la inminencia del peligro la providencia solicitada tenga carácter de urgencia en cuanto sea de prever que si la misma se demorase el daño temido se transformaría en daño efectivo o se agravaría el daño ya ocurrido, de manera que la eficacia preventiva de la providencia resultaría prácticamente anulada o disminuida” (23).

Tanto en las medidas conservativas como en las innovativas debe concurrir este requisito, pero con una configuración distinta según sea la función que desempeñe la correspondiente medida cautelar en el proceso. Así, en el caso de las cautelares conservativas, el *periculum in mora*, se configurará para impedir los efectos *negativos generados por los actos y conductas sometidos al conocimiento del tribunal que puedan derivarse por el retardo de la sentencia final*. En cambio, en la situación de las cautelares innovativas, el *periculum in mora* se configurará *ante la inminencia de un perjuicio irreparable que también podría poner en peligro el resultado de la*

(22) CALAMANDREI, 1996, p. 41.

(23) *Ibidem*.

pretensión por el retardo de la sentencia, o bien, para impedir los efectos negativos de los actos o conductas sometidos al conocimiento del Tribunal (24).

Para acreditar la situación de peligro en este último caso, no basta el simple temor o aprensión de quien pide la medida innovativa, sino que debe tratarse de hechos apreciables objetivamente, debiendo el solicitante proceder a la demostración verosímil de estos requisitos que justifiquen efectivamente su otorgamiento, no bastando con la alegación de daños eventuales, sino que "será menester demostrar *prima facie* tales recaudos" (25). Es por ello, que las alegaciones expresadas en términos amplios no pueden satisfacer la condición de irreparabilidad que exige nuestro legislador para acceder a este tipo de medidas.

VIII.3. Ofrecimiento de caución o contracautela

El ofrecimiento de *caución o contracautela* no es un elemento esencial del sistema cautelar previsto en la ley 20.600, toda vez que el art. 24, inc. 3º, de la LTA establece la posibilidad de que el tribunal pueda exigir una caución al actor particular para responder de los perjuicios que podrían originarse, lo que en el caso de las medidas cautelares innovativas cobra especial importancia, ya que "viene a representar el necesario contrapeso de su despacho *inaudita pars*, concretando de cierta manera el principio de igualdad procesal y el adecuado equilibrio entre las partes, en un procedimiento en que en principio se retarda la bilateralidad" (26).

La *contracautela* debe exigirse y constituirse antes de que se decrete la medida cautelar, debiendo el juez fijar su monto y naturaleza,

(24) Véase causa del Segundo Tribunal Ambiental, rol D-9-2014, en la cual, por medio de resolución de 05/02/2014, se rechazó la solicitud y resolvió que, "considerando que los antecedentes aportados por la parte demandante no dan cuenta suficiente de la 'inminencia de un perjuicio irreparable', en los términos que lo exige el inc. 6º del art. 24 de la ley 20.600, requisito fundamental para decretar la cautela innovativa solicitada, se rechaza la solicitud de paralizar el funcionamiento de la Planta Catemu".

(25) AGUIRREZABAL, 2016, p. 37.

(26) *Ibidem*, p. 44.

teniendo en cuenta, tanto la urgencia de la medida, como la verosimilitud del derecho que se invoca.

IX. De la oposición, el alzamiento, la modificación y la caducidad de las medidas cautelares

La LTA establece al incidente como estructura para sustanciación de la oposición, alzamiento y modificación de una medida cautelar a fin de resguardar las garantías del debido proceso ambiental para el cautelado, toda vez que es a través de esa vía que al incidentista se le permite producir prueba a favor de su incidente, pero limitada solo a la prueba documental. A continuación, veremos como la LTA regula los incidentes de oposición, alzamiento y modificación, así como también, la caducidad de las medidas cautelares.

IX.1. Incidente de oposición de las medidas cautelares

En el caso que la medida cautelar haya sido decretada a solicitud de parte y esta se haya concedido con citación, la parte en contra de quien se decretó tendrá un plazo de 3 días hábiles para oponerse por escrito a la medida cautelar, adjuntando la prueba documental pertinente, formándose así, el consecuente incidente de oposición para que se materialice o implemente la medida decretada.

Deducida oposición, deberá obrarse de acuerdo con el procedimiento contenido en el inc. 4º del art. 24 de la LTA, el cual señala que el tribunal deberá poner la solicitud de oposición en conocimiento de la parte contraria, citando a una audiencia dentro de un plazo no superior a diez días, en la que escuchará a las partes y resolverá la mantención, modificación o alzamiento de la medida. Cabe recordar que, en las controversias cautelares, solo se admitirá prueba documental.

IX.2. Incidente de alzamiento o modificación de las medidas cautelares

Como todas las medidas cautelares son esencialmente provisionales, deberán hacerse cesar siempre que desaparezca el peligro que se haya procurado evitar o se otorguen cauciones suficientes.

Así, la parte en contra de quien se decretó la medida podrá en cualquier estado de la causa solicitar por escrito, adjuntando la prueba documental pertinente, el alzamiento o la modificación de la medida cautelar trabada en la causa, formándose así, un incidente de alzamiento o modificación, según sea el caso.

Deducido incidente de alzamiento o modificación de la cautelar, deberá procederse de la misma manera dispuesta en el inc. 4º del art. 24 de la LTA, es decir, el tribunal deberá poner la solicitud de alzamiento o modificación en conocimiento de la parte contraria, citando a una audiencia dentro de un plazo no superior a diez días, en la que escuchará a las partes y resolverá la mantención, modificación o alzamiento de la medida. En esta situación, también regirá la limitación probatoria por tratarse de una controversia cautelar, por lo que, solo se admitirá prueba documental.

IX.3. De la caducidad de las medidas cautelares

Las medidas cautelares concedidas, quedarán sin efecto de pleno derecho en los siguientes casos:

a) Si concedida la medida cautelar como pre-judicial, el solicitante no presenta su demanda en el plazo de 15 días hábiles contado desde que se concedió la cautela o en el término mayor que fije el tribunal, la medida quedará sin efecto de pleno derecho, y (27).

b) En el caso que el tribunal haya dispuesto que la cautelar se lleve a efecto sin previa notificación de la persona contra quien se dictó, cuando existen motivos graves para ello. La notificación deberá efectuarse dentro de los 5 días hábiles. Si así no se hace, quedarán sin valor las diligencias practicadas. El tribunal puede ampliar este plazo por motivo fundado. Esta ampliación debe pedirse antes de su vencimiento, siendo por ende un plazo fatal pero prorrogable, al igual que en la situación de caducidad anteriormente referida (28).

(27) Art. 24, inc. 7º, LTA.

(28) Art. 24, inc. final, LTA.

X. Régimen recursivo de las medidas cautelares

En contra de la resolución que conceda o deniegue una medida cautelar no cabe el recurso de apelación, pues dicho recurso de acuerdo con lo señalado en el art. 26 de la LTA, se encuentra establecido contra determinadas resoluciones judiciales, no siendo estas, de aquellas que puedan recurrirse por esa vía. Ahora bien, en virtud de lo dispuesto en el art. 47 de la LTA, el cual dispone la aplicación supletoria de las normas del Código de Procedimiento Civil, es posible concebir que de todas formas cabe el recurso de reposición, pues en la ley 20.600, no existe ninguna disposición que disponga que las referidas resoluciones no son recurribles, de forma alguna.

XI. Bibliografía

AGUILAR, Gonzalo, "Gobierno ambiental por consentimiento, participación y evaluación ambiental", *Evaluación medioambiental, participación y protección del medio ambiente*, Ed. Librotecnia, Santiago de Chile, 2013.

AGUIRREZABAL GRÜNSTEIN, Maite, "Las medidas cautelares innovativas en la nueva institucionalidad medioambiental", *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, año 23, nro. 1, Chile, 2016.

CAFFERATTA, Néstor A., "Tratado jurisprudencial y doctrinario", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2012.

CAFFERATTA, Néstor A., "Introducción al derecho ambiental", Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales (SEMARNAT), Instituto Nacional de Ecología (INE), Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA), México, 2004, 1ª ed.

CALAMANDREI, Piero, "Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares", Librería El Foro, Buenos Aires, Argentina, 1996.

CEPAL, "Acceso a la información, la participación y la justicia en asuntos ambientales en América Latina y el Caribe: hacia el logro de la Agenda 2030 para el desarrollo sostenible" (LC/TS.2017/83), Naciones Unidas, 2018.

COSTA - BELEMMI, “¿Susurros al viento? Desempeño de la participación ciudadana en el SEIA”, *Revista de Derecho Ambiental*, año V, nro. 8, jul.-dic. 2017, Chile, ps. 7-29.

COUTURE, Eduardo, “Vocabulario jurídico: con especial referencia al derecho procesal positivo vigente uruguayo”, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1993.

MATURANA MIQUEL, Cristián, “Las medidas cautelares”, Ed. Facultad de Derecho - Universidad de Chile, Chile, 2007.

OSISNALDE CASTRO, Gisela, “Principios Generales del Derecho Ambiental”, *Temas de Derecho Procesal, Derecho Procesal Ambiental,*

Derecho Procesal Penal, Universidad de Champagnat, Mendoza, 2015.

PEÑA Y LILLO DELAUNOY, Cristián, “Derecho procesal ambiental”, Ed. Thomson Reuters, Santiago, 2021, 1ª ed.

TAVOLARÍ OLIVEROS, Raúl, “Protección constitucional y cautela judicial (La orden de no innovar en el recurso de protección)”, *Gaceta Jurídica*, nro. 148, Chile, 1992.

VALENZUELA SILVA, Elena I., “La tutela cautelar ante los tribunales ambientales”, memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Chile, 2019.

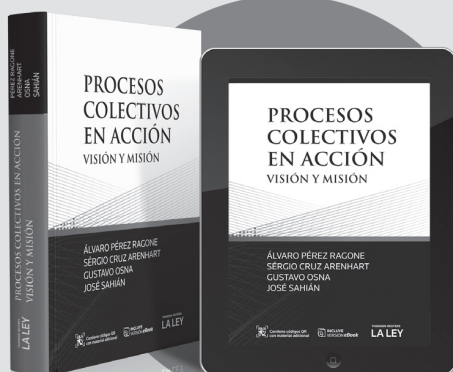
PROCESOS COLECTIVOS EN ACCIÓN

VISIÓN Y MISIÓN



2021

Autores: **Álvaro Pérez Ragone • Gustavo Osna •
Sérgio Cruz Arenhart • José Sahián**



Esta obra
contiene
códigos QR
con material
adicional.



1 Tomo
Disponible en
papel y eBook.

Esta obra invita a la reflexión sobre la protección colectiva de los derechos, tanto en la Argentina como en otros países de habla hispana y en Brasil. Aborda temas como la necesidad de protección colectiva, derechos meta (trans)individuales, derechos homogéneos y amparo y *habeas corpus* como instrumentos de procesos colectivos, entre otros. Se trata de una obra sumamente oportuna ya que la cuestión de la protección colectiva de los derechos es una de las más importantes en el derecho procesal actual. Las características de la sociedad contemporánea, en la que los derechos pueden ser violados de forma masiva o a través de actos o conductas que causan daños a un gran número de personas, unidas a la imposibilidad de exigir la participación directa de los vulnerados ante el Poder Judicial para que los derechos sean protegidos y la responsabilidad pueda hacerse valer, ha exigido especialmente la reconfiguración de la cosa juzgada, que se vincula exclusivamente a la demanda y a las partes.

Adquirí la obra llamando al
0810-266-4444 o ingresando en
www.tienda.thomsonreuters.com.ar



Seguí nuestra página
de **LinkedIn** con contenido
específico para abogados.

ThomsonReutersLaLey
@TRLaLey
ThomsonReutersLatam
ThomsonReutersLatam

