

EXTENSION AMBIENTAL 1

**NOCIONES
BÁSICAS DE
DERECHO
AMBIENTAL**

Facultad de Ciencias
**JURÍDICAS
Y SOCIALES**



**UNIVERSIDAD
NACIONAL
DE LA PLATA**

EXTENSION AMBIENTAL 1

NOCIONES BÁSICAS DE DERECHO AMBIENTAL

DIRECTOR: ANÍBAL J. FALBO

COORDINADORA: GABRIELA M. COSENTINO

AUTORES:

LARA ALDABE RETOLA

EDITH SAMANTA BORGHI

CAMILA CASTRO

GABRIELA M. COSENTINO

GONZALO AUGUSTO FLORES

ROCIO LAGAR

MIRIAM PAMELA OCHOA RODRÍGUEZ

ALEXIS MANUEL PALACIOS

MARÍA JOSÉ RUEDA

JOSÉ ALEJANDRO SARUTTI

LIDIA NOEMÍ STRANICH

MICAELA NOELÍ TRABA

TOMÁS VASSER

DISEÑO DE TAPA: MARCELO J. PONTI

Extensión ambiental 1 : nociones básicas de Derecho Ambiental /
Anibal Falbo... [et al.] ; contribuciones de Gabriela M. Cosentino ;
fotografías de Daisaku Ikeda ; prefacio de Gabriela M. Cosentino ;
prólogo de Anibal J. Falbo. - 1a ed. - La Plata : Universidad Nacional
de La Plata. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, 2021.
CD-ROM, PDF

ISBN 978-950-34-2004-1

1. Derecho Ambiental . I. Falbo, Anibal. II. Cosentino, Gabriela M., colab. III. Ikeda,
Daisaku, fot. IV. Falbo, Anibal J., prolog.
CDD 344.046

INDICE

PRESENTACIÓN	4
EL CONCEPTO DE AMBIENTE, Autora: EDITH SAMANTA BORGHI	5
DERECHO AMBIENTAL: SU VIGENCIA Y SUS NUEVOS ENFOQUES, Autor: TOMÁS VASSER	14
CALIDAD DE VIDA, Autora: EDITH SAMANTA BORGHI	25
LOS PRESUPUESTOS MÍNIMOS DE PROTECCIÓN AMBIENTAL: UN CONCEPTO JURÍDICO MULTIDIMENSIONAL, Autora: GABRIELA M. COSENTINO	30
DESARROLLO SUSTENTABLE, Autor: GONZALO AUGUSTO FLORES	47
PROTECCIÓN DEL PAISAJE, Autora: MICAELA NOELÍ TRABA	59
PATRIMONIO CULTURAL, Autora: CAMILA CASTRO	69
EL ARTICULO 41 DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL EN EL SIGLO XXI, Autora: GABRIELA M. COSENTINO	79
PRINCIPIO DE PREVENCIÓN, Autora: ROCIO LAGAR	95

PRINCIPIO PRECAUTORIO, Autora: LIDIA NOEMÍ STRANICH	102
PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD, Autor: JOSÉ ALEJANDRO SARUTTI	116
HACIA LA PLENA EFECTIVIDAD EN LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD, Autores: ALEXIS MANUEL PALACIOS – MARÍA JOSÉ RUEDA	127
ORDENAMIENTO AMBIENTAL DEL TERRITORIO, Autora: MIRIAM PAMELA OCHOA RODRÍGUEZ	139
DERECHO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA AMBIENTAL: “DERECHO A SABER”, Autora: LARA ALDABE RETOLA	151

PRESENTACIONES

Sobre un diagrama de ciertos temas de indudable importancia del Derecho Ambiental, los integrantes de la Clínica Jurídica de Derecho Ambiental de la Secretaría de Extensión de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, han desarrollado una tarea seria y profunda de estudio y reflexión.

Ello ha decantado en los trabajos que forman esta publicación que, confiamos, se constituya en un aporte claro, útil, y valioso para la tutela jurídica del ambiente y de las generaciones presentes tanto como de las futuras.

Solo me resta transmitir mi alegría por tan valioso y útil trabajo de noveles abogados. Y por supuesto felicitarlos a cada uno de ellos por el esfuerzo, el estudio y la indudable calidad de lo hecho.

Aníbal José Falbo

Director de la
Clínica Jurídica de Derecho Ambiental
FCJyS - UNLP
La Plata, abril 2021.

El presente trabajo, es el resultado de la tarea colectiva emprendida por integrantes de distintos años de la Clínica Jurídica de Derecho Ambiental dependiente de la Secretaría de Extensión de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata.

Nació como un proyecto en el contexto de la Pandemia por el Covid 19 durante la etapa del Aislamiento Social Preventivo y Obligatorio del año 2020, y felizmente, se pudo concretar gracias al compromiso del equipo y a la generosidad de nuestro director, Aníbal Falbo, quien día a día nos alienta y acompaña en el abordaje de nuevos desafíos.

“Nociones básicas de Derecho Ambiental”, conforma la primera parte del proyecto “Extensión Ambiental” y, como su nombre lo indica, aborda en catorce artículos, conceptos e institutos elementales de Derecho Ambiental.

Esperamos sea de utilidad tanto a estudiantes como a profesionales y al público en general, para un primer acercamiento al “Derecho Ambiental”, una fascinante y necesaria materia, que atraviesa hoy en día todas y cada una de las ramas del derecho, y cada vez más a nosotros mismos.

Agradecemos desde ya a las autoridades de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, que han posibilitado la concreción de este proyecto, y, en particular a las autoridades y personal de la Secretaría de Extensión, al Decanato, y al Honorable Consejo Directivo, que desde hace trece años acompañan y respaldan a la Clínica Jurídica de Derecho Ambiental en cada una de sus actividades.

Gabriela M. Cosentino

Coordinadora de la
Clínica Jurídica de Derecho Ambiental FCJyS - UNLP
La Plata, abril 2021.

EL CONCEPTO DE AMBIENTE

AUTORA: EDITH SAMANTA BORGHI

SUMARIO: 1. Introducción. - 2. Las distintas acepciones del concepto “ambiente”. - 3. El ambiente como sistema. - 4. Caracteres del ambiente. - 5. La tutela del ambiente y el derecho al ambiente adecuado como derecho subjetivo. - 6. El concepto de ambiente en la jurisprudencia. - 7. Reflexiones finales. -

1. INTRODUCCIÓN

Podemos definir el derecho ambiental como el conjunto de principios, normas y reglas jurídicas que tienen como bien jurídico a proteger el ambiente y como fin lograr una tutela más efectiva, adecuada y temporánea de este.

Nuestro ordenamiento jurídico ha receptado, a través de la legislación, la doctrina y la jurisprudencia el derecho a un ambiente sano, equilibrado y apto para el desarrollo humano, alcanzando raigambre constitucional con el artículo 41 de la Constitución Nacional reformada en el año 1994.

Ahora bien, si bien no podemos encontrar una definición expresa de “ambiente” en la Constitución Nacional, sí es claro que, como sostiene gran parte de la doctrina, dicha norma se inclina por una concepción amplia del término que comprende el “patrimonio natural y cultural”¹.

Por otra parte, la ciencia está demostrando cada vez con mayor contundencia la naturaleza sumamente frágil del entorno tanto físico como del cultural, como así también la estrecha conexión que existe entre ambos y la supervivencia del hombre.

En este marco, el concepto científico de ambiente toma un rol esencial en el derecho ambiental, en tanto permitirá ampliar su ámbito de aplicación para lograr una tutela más efectiva, adecuada y temporánea de todas las formas de vida, como así también de las expresiones culturales que enriquecen y dan valor a la existencia humana. Es que como enseña Ricardo LORENZZETTI, un aspecto de gran relevancia es “que el ambiente se ha transformado en un recurso crítico: si antes parecía infinito, inagotable, ahora hay conciencia de que es escaso. Ello lleva a una revisión del concepto de “cosas comunes”, concediéndose derechos de propiedad sobre ellas, en la forma de acciones difusas tendientes a su protección”². Razón por la cual desde ya cabe anticipar que el concepto de ambiente se caracteriza, desde el punto de vista jurídico, por una constante ampliación de sus límites. De allí la importancia conocer los límites jurídicos de este concepto, primero para definir su actual ámbito de aplicación y, segundo, para reflexionar sobre la necesidad de expandir sus límites.

Con el fin de aportar algunos elementos para determinar los límites actuales del concepto de ambiente, en este capítulo nos limitaremos a abordar algunos de los aspectos relacionados con su definición y el tratamiento otorgado parte de la doctrina, la legislación y la jurisprudencia.

2. LAS DISTINTAS ACEPCIONES DEL CONCEPTO “AMBIENTE”

Para una primera reflexión cabe traer a colación la enseñanza de Guillermo CANO, quien explica que “El entorno de todo ser humano está integrado por tres elementos:

- a) los bienes físicos de la naturaleza o recursos naturales;
- b) las cosas creadas o inducidas por el hombre -manufacturas y productos de la cultura si son físicas o instituciones si son inmateriales-;
- c) el resto de la humanidad”³.

Teniendo en cuenta lo expuesto, Ricardo LORENZZETTI distingue dentro de las definiciones de ambiente las concepciones formales de las materiales. El citado autor define como formales aquellas que aluden directamente al principio organizativo del paradigma ambiental, y cita como un ejemplo claro “la ley brasileña (6938/81, art. 3, I) cuando dice que entiende por medio ambiente el conjunto de condiciones, leyes, influencias e interacciones de orden física, química y biológicas, que permite regir la vida en todas sus formas. No se menciona directamente un tipo de bienes sino al sistema organizado que posibilita la vida”⁴.

¹ Cafferatta, Néstor en la obra Cafferatta, Néstor (Director)- en coautoría con Lorenzetti, Pablo – Rinaldi, Gustavo – Zonis, Federico, Tratado Jurisprudencial y Doctrinario. Derecho Ambiental, Tomo I, La Ley, 2012, p. 28.

² Lorenzetti, Ricardo L., La protección jurídica del ambiente, LA LEY 1997-E, 1463

³ Cafferatta, Néstor, op. cit, p. 33.

⁴ Lorenzetti, Ricardo Luis, Reglas de solución de conflictos entre propiedad y medio ambiente, LA LEY 1998-A, 1024

En cuanto a las definiciones materiales, que serían aquellas que toman en cuenta un catálogo más o menos amplio de bienes, Ramón MARTÍN MATEO señala que son cuatro las acepciones más comúnmente aplicadas al concepto de ambiente. La que:

- “1) restringe su ámbito al entorno natural: aire, agua, ruido y vegetación;
- 2) incluye otros elementos físicos y biológicos, monumentos históricos, suelo, fauna;
- 3) adiciona infraestructuras, tipo vivienda, transporte, equipo sanitario;
- 4) la más amplia finalmente integra factores culturales como bienestar, calidad de vida, educación, desarrollo, etc.”⁵. A lo que se puede agregar, con la sanción de la Ley nacional N° 26.118 del Convenio Internacional de Salvaguarda del Patrimonio Cultural Inmaterial, las tradiciones orales y el folclore de las colectividades locales.

Por su parte, Néstor CAFFERATTA enseña que “Una primera tendencia, que es la más difundida, incluye sólo a los bienes naturales (...). Otras nociones amplían el concepto incluyendo también a los bienes culturales, como el patrimonio histórico. Otra versión más extensa, abarca problemas de política social, como la pobreza o la vivienda y la calidad de vida en general. Finalmente, otros concluyen en el concepto de calidad de vida, como comprensivo del conjunto de cosas y circunstancias que rodean y condicionan la vida del hombre”.⁶

Con otras palabras, José Alberto ESAÍN concluye que con relación a la extensión del concepto de ambiente existen dos tipos de conceptos: uno restringido y otro amplio, “en donde quienes adoptan el primer criterio se circunscriben en su definición a los elementos estrictamente físicos, dejando de lado los aspectos culturales y sociales, mientras que los segundos incluyen estos últimos”⁷.

En cuando a la acepción adoptada por nuestro ordenamiento jurídico, podemos aseverar que con la reforma de la Constitución Nacional de 1994, aunque de manera implícita, la noción amplia es la que se impone.

A esta conclusión arriban, por ejemplo, Tomás HUTCHINSON y Aníbal FALBO cuando explican que “según el art. 41, el ambiente a que todos los habitantes tienen derecho recibe importantes adjetivaciones: sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y apto también para que las actividades productivas satisfagan las necesidades humanas sin comprometer las de las futuras generaciones (...) Esto posee un gran valor práctico y no meramente declamatorio, pues trata de especificar el contenido del nuevo derecho y plasma una protección más amplia que si se hubiere consignado solamente el derecho a un ambiente no contaminado. De este modo, estos derechos no sólo se refieren a la preservación de los elementos naturales sino además a todos aquellos ámbitos construidos por el hombre: una ciudad con cloacas, agua corriente, control del ruido, espacios verdes, vivienda y ámbito de trabajo adecuado, como se dijo en la propia Convención Constituyente de 1994”.⁸

A lo que cabe sumar lo señalado por José Alberto ESAÍN y Gabriela GARCÍA MINELLA, en su obra conjunta “Derecho ambiental en la provincia de Buenos Aires”, en cuanto a que la Ley General del Ambiente (ley nacional N° 25.675) refuerza esta interpretación amplia del ambiente. En este sentido expresan que “el concepto de ambiente en nuestro sistema, reforzado por la comprensión que de él hace la Ley General del Ambiente, es amplio, abarcativo no sólo de los elementos naturales (los cinco sistemas: aire, agua, suelo, flora y fauna) sino también de los elementos culturales. Esto lo confirmamos en la Ley General del Ambiente desde la clara indicación del artículo 2.a y b”.⁹

Sin perjuicio de lo anterior, cabe destacar que buena parte de la legislación provincial referida a la protección ambiental adopta de manera expresa una concepción amplia del ambiente. En este sentido y

⁵ Cafferatta, Néstor, op. cit., p. 34.

⁶ Cafferatta, Néstor, ob. cit., p. 42.

⁷ Esain José Alberto, “El concepto de medio ambiente” en Ambiente sustentable II Obra colectiva del bicentenario Tomo I, Amancay Herrera (coordinadora), Orientación Gráfica Editora, Buenos Aires, 2010, ps. 65/96. Recuperado en <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-ambiental/el-concepto-de-medio-ambiente/>

⁸ Hutchinson, Tomás y Falbo, Aníbal J., Derecho Administrativo Ambiental en la Provincia de Buenos Aires, La Plata, Librería Editora Platense, 2011, pág. 63/64

⁹ Esain, José Alberto y Minella, Gabriela García, op. cit., pág. 113

por ejemplo, la ley 5961 de Preservación del Medio ambiente de la Provincia de Mendoza –sancionada el 26 de agosto de 1992-, define al “ambiente” como “el conjunto de elementos naturales o inducidos por el hombre que interactúan en un espacio o tiempo determinado. Fragmentado o simplificado en términos operativos el término designa entornos más circunscriptos, ambientes naturales, agropecuarios, urbanos y demás categorías intermedias”. En un sentido similar, la ley 11.723 del Medio Ambiente de la Provincia de Buenos Aires lo define como “El sistema constituido por factores naturales, culturales y sociales, interrelacionados entre sí, que condicionan la vida del hombre a la vez que constantemente son modificados y condicionados por éste”.

En fin, si bien la doctrina no es pacífica con relación a la extensión del concepto de ambiente, lo cierto es que en nuestro país, con la reforma de la Constitución Nacional en 1994 y la sanción de la Ley General del Ambiente la concepción de ambiente que rige es la amplia.

3. EL AMBIENTE COMO SISTEMA

TRIGO REPRESAS se destaca por ser uno de los primeros juristas argentinos en presentar la idea de la relación sistemática entre los elementos del ambiente. Y lo hizo a través de una terminología novedosa, la idea de “macro” y “micro bien”. En ese sentido, el citado autor explica que el ‘bien ambiental’ es un bien colectivo, en el cual se distingue el “macro-bien” constituido por el medio ambiente global y los “micro-bienes” que son las partes de la atmósfera, las aguas, la fauna, la flora¹⁰.

Ricardo LORENZETTI amplía esta idea de sistematicidad al explicar que “El ambiente es el “macro-bien”, y como tal es un sistema, lo cual significa que es más que sus partes, es la interacción de todas ellas. Los “micro-bienes” son partes del ambiente, que en sí mismo tiene características de subsistemas, que presentan relaciones internas entre sus partes y relaciones externas con el “macro-bien”; en esta categoría subsumimos la fauna, la flora, el agua, el paisaje, los aspectos culturales, el suelo, etc. Es claro que lo que predomina es la noción de “interrelación o sistema”, que es esencial para la comprensión”.¹¹

En el mismo sentido, Raúl BRAÑES señala que el ambiente “debe ser entendido “como un sistema, vale decir, como un conjunto de elementos que interactúan entre sí, pero con la precisión de que esas interacciones provocan la aparición de nuevas propiedades globales, no inherentes a los elementos aislados, que constituyen el sistema. Esto implica, por otra parte, que el ambiente debe ser considerado un todo, o como también suele decirse “holísticamente” (del griego holos, todo)”.¹² Concluye el mencionado autor que “la noción sistemática del ambiente nos parece no sólo fundamental, sino además fecunda en consecuencias jurídicas, pues permite delimitar el objeto del derecho ambiental y entender hacia dónde se encamina”.¹³

En el ámbito normativo se puede citar la Ley 123 (10 diciembre de 1998) sobre Evaluación de Impacto Ambiental para la Ciudad de Buenos Aires, que en su Anexo define al ambiente como “el sistema constituido por los subsistemas naturales, económicos y sociales que interrelacionan entre sí el que es susceptible de producir efecto sobre los seres vivos y las sociedades humanas y condicionar la vida del hombre”¹⁴.

Finalmente, el concepto de sistematicidad será utilizado por la Corte para construir un nuevo paradigma jurídico en cuestiones ambientales, que en palabras de Néstor CAFFERATTA “genera también un cambio copernicano en el vínculo entre las regulaciones jurídicas y la naturaleza”: el paradigma ecocéntrico. En este sentido, la Corte Suprema de Justicia Nacional ha dicho de manera contundente que “la regulación jurídica del agua se ha basado en un modelo antropocéntrico, que ha sido puramente dominial al tener en cuenta la utilidad privada que una persona puede obtener de ella o bien en función de la utilidad pública identificada con el Estado; esta visión ha cambiado: ahora el paradigma jurídico que ordena la regulación del agua es eco-céntrico, o sistémico, y no tiene en cuenta solamente los intereses privados o

¹⁰ Cafferatta, Néstor, ob. cit., p. 35.

¹¹ Cafferatta, Néstor, ob. cit., p. 35.

¹² Cafferatta, Néstor, ob. cit., p. 34 y 35.

¹³ Cafferatta, Néstor, ob. cit., p. 35.

¹⁴ Cafferatta, Néstor, ob. cit., p. 34.

estaduales, sino los del mismo sistema, como bien lo establece la ley General del Ambiente"¹⁵. Explica el citado autor que "lo que pretende este tribunal es garantizar la calidad de los bienes ambientales en términos ecosistémicos e independientemente de la satisfacción que ellos produzcan a los ocasionales habitantes del planeta"¹⁶.

En fin, de lo expuesto surge que la noción de "interrelación o sistema" es esencial para la comprensión del concepto de ambiente.

4. CARACTERES DEL AMBIENTE

Nuestro más Alto Tribunal de Justicia, en autos "Mendoza, Silvia Beatriz y otros c. Estado Nacional", ha caracterizado al ambiente "como un bien colectivo, el que por su naturaleza jurídica, es de uso común, indivisible y está tutelado de una manera no disponible por las partes".¹⁷

De esta manera pueden mencionarse como notas características del ambiente: su carácter colectivo y su interdependencia inherente,¹⁸ a las que la doctrina y otros tribunales de justicia han sumado: su carácter limitado y de consumo irreparable¹⁹, un atributo fundamental de los individuos, un bien trascendente,²⁰ un bien jurídico político y expansivo.

Con relación a su carácter limitado y de consumo irreparable, la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires ha señalado que "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 negativa que ello conlleva respecto de la calidad de vida humana".²¹

En cuanto a su condición de atributo fundamental para los individuos, el citado tribunal agrega que "si bien el entorno natural se halla formalmente situado fuera del hombre, éste lo siente y defiende como propio, como parte de sí mismo, como un valor interior sobre el que no puede detentar una relación de dominio. En fin, en virtud de su continua e íntima conexión con la supervivencia y bienestar humano, el ambiente es jurídicamente un atributo fundamental de los individuos".²²

Por último, entre las notas que Ricardo LORENZETTI identifica, destacamos la explicación de las siguientes:

- 1) Indivisibilidad de los beneficios: el bien no es divisible entre quienes lo utilizan: Este 'carácter no distributivo' impide la concesión de derechos subjetivos, ya que éstos presuponen que la titularidad se ejerce sobre una porción identificable o claramente delimitada. No hay derecho de propiedad ni posesión individual que permita adquirirla, y sólo se conceden derechos de actuación bajo la forma de la legitimación para obrar difusa o colectiva. En el mismo sentido, la transacción es limitada, porque nadie puede disponer, renunciar o efectuar reconocimientos sobre un bien del que no puede disponer.
- 2) Uso común sustentable: (...) La masividad en el uso de bienes colectivos frecuentemente lleva a su agotamiento destrucción, por lo que se requieren reglas mínimas que definan su uso sustentable (...).
- 3) No exclusión de beneficiarios: todos los individuos tienen derechos al uso y por lo tanto no pueden ser excluidos (...)

5. LA TUTELA DEL AMBIENTE Y EL DERECHO AL AMBIENTE ADECUADO COMO DERECHO SUBJETIVO

¹⁵ "Provincia de La Pampa c. Provincia de Mendoza s/ uso de aguas", CSJN, 01/12/2017, Fallos 340:1695.

¹⁶ Cafferatta, Néstor A. - Lorenzetti, Pablo, "Hacia la consolidación del Estado de Derecho Ambiental. Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación", Publicado en: SJA2018/11/072018-11-07; JA2018-IV2018-11-07; Cita Online: AP/DOC/509/2018.

¹⁷ "Mendoza, Silvia Beatriz y otros c. Estado Nacional", CSJN, 20/06/2006.

¹⁸ "ASSUPA c. San Juan, Provincia de y otros s/ daños y perjuicios", CSJN, 25/09/2007.

¹⁹ "Ancore SA y otro c. Municipalidad de Daireaux s/ Daños y Perjuicios", SCBA, 19/02/2002, Ac. 77608.

²⁰ "Fonseca, Ricardo y otros c. D.I.P.A.S." (Voto doctora Palacio Caeiro), Cám. Ila Civ. Com. de Córdoba, 16/09/2008.

²¹ "Ancore SA y otro c. Municipalidad de Daireaux s/ Daños y Perjuicios", SCBA, 19/02/2002, Ac. 77608.

²² "Ancore SA y otro c. Municipalidad de Daireaux s/ Daños y Perjuicios", SCBA, 19/02/2002, Ac. 77608.

A partir de la estrecha interrelación que existe entre la necesidad de todo ser vivo de habitar en un ambiente sano y equilibrado, y el ejercicio de los demás derechos que los ordenamientos jurídicos reconocen a las personas, se ha desarrollado una distinción entre el derecho a tutelar el ambiente en sí mismo y el derecho subjetivo de toda persona a un ambiente adecuado (este último como una derivación de los perjuicios personales que genera en su diario vivir la afectación negativa del ambiente que habita).

Ricardo LORENZETTI²³ enseña que "Se debe distinguir entre el derecho al medio ambiente adecuado, que es un derecho subjetivo que tienen las personas y la tutela del ambiente, que se concentra en el bien colectivo. La primera es una idea antropocéntrica y previa al paradigma ambiental, porque mira la totalidad desde el sujeto; la segunda es una noción geocéntrica, concentrada en el bien colectivo y típica del ambientalismo".

De esta manera, el paradigma geocéntrico viene a enfatizar la importancia y la necesidad jurídica de la protección del ambiente como un "ser" en sí mismo, más allá de las repercusiones que su degradación pudiera provocar en la humanidad.

Al respecto la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México ha dicho que "[E]l derecho humano al medio ambiente posee una doble dimensión: una primera que pudiéramos denominar objetiva o ecologista, que protege al medio ambiente como un bien jurídico fundamental en sí mismo, que atiende a la defensa y restauración de la naturaleza y sus recursos con independencia de sus repercusiones en el ser humano; y la subjetiva o antropocéntrica, conforme a la cual la protección de este derecho constituye una garantía para la realización y vigencia de los demás derechos reconocidos en favor de la persona."²⁴

En comentario al fallo antes citado, Aníbal Falbo explica que el Tribunal "destaca la dimensión "objetiva o ecologista" de la cuestión, indicando que se "protege al medio ambiente como un bien jurídico fundamental en sí mismo, que atiende a la defensa y restauración de la naturaleza y sus recursos" aclarando que ello se debe llevar a cabo "con independencia de sus repercusiones en el ser humano". De tal manera afirma que el "ambiente exige una protección per se" (...) protege a la naturaleza por el valor que tiene en sí misma". Este enfoque "ecologista" no significa, en absoluto, desatender la tutela de los seres humanos, sino todo lo contrario (...) en la medida que la protección ecológica (o del ambiente en sí mismo con independencia de los seres humanos), según afirma la sentencia, "constituye una garantía para la realización y vigencia de los demás derechos reconocidos en favor de la persona"²⁵.

Sin embargo, cabe aclarar que si bien nuestro máximo tribunal de justicia ha reconocido el deber de tutelar el ambiente en sí mismo, ello no derivó en el reconocimiento de su subjetividad, pues aún sostiene que el ambiente, como todo bien jurídico, tiene por titulares a las personas²⁶.

En estrecha relación con lo expuesto, Tomás HUTCHINSON y Aníbal FALBO, explican que "No cabe duda, entonces, de que la Constitución ha perfilado claramente en el nuevo art. 41 una situación jurídica subjetiva. Sin perjuicio de ello, al depararle en el art. 43 la vía tutelar de la acción de amparo y hacer referencia a "derechos de incidencia colectiva" ha asumido, simultáneamente, la dimensión colectiva o grupal que tiene el derecho al ambiente¹⁶. Así el derecho al ambiente, en correspondencia directa con su composición y esencia particular y diferenciada de los derechos tradicionales habrá de poseer tanto un componente individual como colectivo. Esto es así por cuanto "la propiedad colectiva del ambiente coloca claramente en evidencia el fenómeno, en virtud del cual el sujeto individual, en el momento de actuar como miembro de la colectividad, ejerce un derecho propio y, al mismo tiempo, de todos los otros (...)"²⁷.

²³ Cafferatta, Néstor, ob. cit., p. 35.

²⁴ Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México en el AMPARO REVISIÓN: 307/2016. Fallo comentado en Falbo, Aníbal J., Los principios ambientales en acción en la sentencia de la Corte mexicana, publicado en la revista RDAmb 60, 12/12/2019, 603. Cita Online: AR/DOC/2205/2019

²⁵ Falbo, Aníbal J., Los principios ambientales en acción en la sentencia de la Corte mexicana, publicado en la revista RDAmb 60, 12/12/2019, 603. Cita Online: AR/DOC/2205/2019

²⁶ Cafferatta, Néstor, ob. cit., p. 39.

²⁷ Hutchinson, Tomás y Falbo, Aníbal J., ob. cit., pág. 62/63.

José Alberto ESAÍN, por su parte, refiere que “Esta modalidad de derechos compartidos hace que la clásica idea de que el derecho tiene un titular que al mismo tiempo posee la facultad para exigir el respecto del resto de la comunidad, en este punto se desdibuja. Estamos ante una categoría que implica derecho y deber en la misma persona, atento a que la misma prerrogativa se halla a favor de todos”²⁸.

6. EL CONCEPTO DE AMBIENTE EN LA JURISPRUDENCIA

Además de los fallos ya reseñados hasta el momento, cabe citar lo expuesto por la Corte Suprema de la Nación en la causa Louzán, al decir que “El medio ambiente del hombre no es otra cosa que la “circunstancia vital” en la que está inmerso y que debe proveerle los elementos que habiliten su desarrollo, o al menos, su subsistencia en condiciones dignas. Si por el contrario, se priva al ser humano de esa “circunstancia” se desconoce su propia esencia ya que sin un ambiente fértil que posibilite esa supervivencia, el hombre es solo una abstracción”²⁹.

En cuanto a la naturaleza jurídica del ambiente, en el caso más importante de la jurisprudencia argentina en materia ambiental, este tribunal trata de manera directa este tema en los autos “Mendoza, Silvia Beatriz y otros c. Estado Nacional”, al establecer que “El ambiente es un bien colectivo, el que por su naturaleza jurídica, es de uso común, indivisible y está tutelado de una manera no disponible por las partes.”³⁰

Por último, en un caso de derechos de comunidades aborígenes, para nuestro Alto Tribunal, siguiendo la jurisprudencia de la Corte Interamericana, el concepto de ambiente también es abarcativo de aspectos relacionados con patrimonio cultural. Al decir que “La cultura de los miembros de las comunidades indígenas –tiene juzgado la Corte Interamericana de Derechos Humanos- corresponde a una forma de vida particular de ser, ver y actuar en el mundo, constituida a partir de su estrecha relación con sus territorios tradicionales y los recursos que allí se encuentran, no sólo por ser estos su principal medio de subsistencia, sino además porque constituyen un elemento integrante de su cosmovisión, religiosidad y, por ende, de su identidad cultural [Y]. La garantía del derecho a la propiedad comunitaria de los pueblos indígenas debe tomar en cuenta que la tierra está estrechamente relacionada con sus tradiciones y expresiones orales, sus costumbres y lenguas, sus artes y rituales, sus conocimientos y usos relacionados con la naturaleza, sus artes culinarias, el derecho consuetudinario, su vestimenta, filosofía y valores. En función de su entorno, su integración con la naturaleza y su historia, los miembros de las comunidades indígenas transmiten de generación en generación este patrimonio cultural inmaterial, que es recreado constantemente por los miembros de las comunidades y grupos indígenas (Corte Interamericana de Derechos Humanos Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay, sentencia del 17-6-2005, Serie C n° 125, párrs. 135 y 154, entre otros)”³¹.

Por su parte, la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires resaltó los caracteres del ambiente como limitado y de consumo irreparable. En este sentido, ha dicho que “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 negativa que ello conlleva respecto de la calidad de vida humana”. Agregando en con su voto el Dr. Pettigiani que “En esto no sólo va comprometida la salud y el bienestar de quienes sufren actualmente la ofensa, sino también de las generaciones futuras a las que no puede de ningún modo conculcárseles sus posibilidades vitales”³².

También resulta interesante mencionar lo dicho por el Supremo Tribunal de Justicia de Entre Ríos, que sostuvo que “Lo que trata de amparar la Constitución es el ambiente y las circunstancias donde se desarrolla la vida del hombre, desde los elementos naturales básicos que la hacen posible, hasta su legado histórico y cultural. El ambiente es un conjunto interrelacionado de componentes de la naturaleza y la cultura que dan fisonomía a la vida en el planeta, posibilitan la subsistencia de la

²⁸ Esain, José Alberto y Minella, Gabriela García, ob. cit, pág. 19.

²⁹ “Louzán, Carlos A. c. Estado Nacional -Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos de la Nación”, CSJN, 17/11/1994.

³⁰ “Mendoza, Silvia Beatriz y otros c. Estado Nacional”, CSJN, 20/06/2006, Fallos: 329:2316.

³¹ “Comunidad Indígena Eben Ezer c/Provincia de Salta, Ministerio de Empleo y la Producción”, CSJN, 30/9/08

³² “Ancore SA y otro c. Municipalidad de Daireaux s/ Daños y Perjuicios”, SCBA, 19/02/2002, Ac. 77608.

civilización y aseguran la conservación del hombre y de los demás seres vivos como especies. El concepto de ambiente en el texto constitucional, tiene sentido abarcativo".³³

Por su parte, la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata a resaltado que "Sin lugar a dudas el ser humano es la figura basilar, el eje central sobre el que gira y se desenvuelve su entorno. El medioambiente conformado por factores naturales, físicos y sociales, es la adyacencia que aporta al hombre -o al menos así debería serlo- las condiciones esenciales para desarrollar en plenitud todas sus potencialidades (...)"³⁴.

7. REFLEXIONES FINALES

Volviendo sobre la idea de la importancia y la necesidad de conocer los límites jurídicos actuales, Guillermo LARIGUET explica que la clasificación de un caso dentro de una determinada disciplina jurídica (civil, laboral, ambiental, etc.) depende de ciertos conceptos reconstruidos por los juristas, derivando de ello el deber de aplicar prioritaria o preferentemente las normas pertinentes de la disciplina jurídica que corresponda. Siguiendo la idea de este autor, el concepto de "ambiente" que adoptemos será un elemento esencial para justificar la clasificación de un caso, cuestión o asunto como "ambiental"³⁵ y, en consecuencia, la aplicación del derecho ambiental al mismo.

A lo anterior, cabe sumar lo sostenido por José Alberto ESAÍN en cuanto a que "Si tomamos como ejemplo el bien jurídico objeto del presente, el ambiente, verificaremos que estamos ante uno de aquellos que entran en conflicto con cualquier otro bien constitucional. La capacidad de lo ambiental para converger y yuxtaponerse, su carácter poliédrico y su vis expansiva obligan a un replanteamiento completo del Estado social que lo asuma impregnando las políticas sociales y económicas de componentes ambientales"¹⁶.

La interpretación reseñada se refuerza con la concepción amplia del concepto del ambiente que adopta nuestro sistema jurídico, pues esta amplitud requiere además de acciones públicas coordinadas, coherentes y razonables que permitan una tutela efectiva, adecuada y temporánea de bien jurídico.

En esta línea nuestro Alto Tribunal de Justicia sostuvo que "la CN tutela al ambiente de modo claro y contundente y esta Corte Suprema ha desarrollado esa cláusula de un modo que permite admitir la existencia de un componente ambiental del Estado de Derecho"³⁶.

Como explica Néstor CAFFERATTA, " (...) la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo de modo contundente 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 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". Se trata de un punto de partida de notable trascendencia que impacta en la interpretación y aplicación de toda la normativa que concurre a la solución de conflictos complejos en los cuales se encuentren en pugna derechos de incidencia colectiva (...). Cualquier situación en la cual pudiere estar comprometido el ambiente debe ser solucionada jurídicamente a partir de lo normado tanto por la CN como por los tratados de derechos humanos en los que nuestro país sea parte, tal como lo requiere el art. 1º del Cód. Civ. y Com. Es este el marco argumentativo inicial a partir del cual el operador del derecho necesariamente tiene que releer el resto de las fuentes infraconstitucionales (...)"³⁷.

³³ "Moro, Carlos E. y otros c. Municipalidad de Paraná", ST, sala 1 en lo Penal, 23/06/1995, LA LEY 1997-A, 59 - La Ley Online

³⁴ "Brisa Serrana c. ASHIRA SA y otros s/ daños y perjuicios", CCiv. y Com. Mar del Plata, sala II, 11/06/02. 11/07/2002, Expediente 120.313

³⁵ GUILLERMO LARIGUET, Autonomía de ramas jurídicas y aplicación de normas. Más adelante el autor explica que la clasificación de un caso no depende sólo de los conceptos, sino también de ciertos principios (que el autor citado denomina 'meta-normas'). Disponible en: <file:///C:/Users/saman/Downloads/Dialnet-AutonomiaDeRamasJuridicasYAplicacionDeNormas-2476076.pdf>.

³⁶ "Asociación Argentina de Abogados Ambientalistas de la Patagonia c. Provincia de Santa Cruz y otros s/ amparo ambiental", CSJN, 26/04/2016, Fallos 339:515.

³⁷ Cafferatta, Néstor A. - Lorenzetti, Pablo, op. cit.

Entendemos que en esa línea deberá interpretarse, por ejemplo, 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, sancionado por ley 27.566. Si bien dicho instrumento regional sólo regula los derechos de acceso a la información, la participación pública y la justicia en ámbitos como el uso sostenible de los recursos naturales, la conservación de la diversidad biológica, la lucha contra la degradación de las tierras y el cambio climático y el aumento de la resiliencia ante los desastres (concepción restringida del concepto de ambiente), lo cierto es que en nuestro país, en virtud del diálogo de fuentes que requiere el art. 1 del Código Civil y Comercial de la Nación, dicho concepto de ambiente puede ampliarse y, por lo tanto, la norma citada podría aplicarse a los ámbitos que incluye también el concepto amplio de ambiente que recepta nuestra Constitución Nacional.

Para concluir, la definición y delimitación del concepto “ambiente” tiene una importancia de carácter vital para la comunidad en general y los operadores jurídicos en particular, pues del mismo dependerá la aplicación prioritaria al caso de este sector del ordenamiento jurídico, que procura una tutela más efectiva, adecuada y temporánea del ambiente, y cuyos principios, reglas y normas serán abordados con mayor profundidad en los siguientes artículos.

DERECHO AMBIENTAL: SU VIGENCIA Y SUS NUEVOS ENFOQUES

AUTOR: TOMÁS VASSER

SUMARIO: 1. Introducción.- 2. La dificultad de definir el derecho ambiental y su objetivo multipropósito.- 3. Caracteres del derecho ambiental.- 4. Derecho ambiental sostenido sobre la base de un diálogo microsistémico.- 5. El derecho ambiental frente a la pandemia del COVID-19.- 6. Referencias jurisprudenciales sobre derecho ambiental en La Nación y en la Provincia de Buenos Aires.- 7. El Acuerdo de Escazú: los Derechos de Acceso y el Principio Pro Persona. - 8. Reflexiones Finales.-

1. INTRODUCCIÓN

El derecho ambiental, constituye una rama jurídica la cual ha sido fuertemente analizada, a través de doctrinarios, fallos jurisprudenciales, el análisis a través de la Constitución Nacional, los Tratados Internacionales, las Leyes locales de Presupuestos Mínimos, el Código Civil y Comercial, y demás normativa que se ha valido de su concepto y su naturaleza transversal para fortalecer el desarrollo de los textos legales.

Numerosos doctrinarios de talla internacional, la han definido, no sólo a través de un concepto pétreo, sino a intentando interpretar su esencia, a los efectos de una continua adaptación de su definición. Esto último, supera cualquier forma de encasillamiento porque, como bien decía Jorge Luis Borges: lo esencial es indefinible. Más que definir el derecho ambiental, es necesario comprender su esencia para poder seguir adaptándola al constante cambio en el mundo jurídico.

Es por ello, como veremos a continuación, que definiciones concretas hay muchas, pero lo que es considerado esencial, lo que identifica y diferencia al derecho ambiental, es mucho más grande, más inagotable. Porque no solo es una rama jurídica, es un principio, es un método, es una forma de interpretación que no puede ser eludida, que se encuentra inserta en cada análisis jurídico que se presente. Por más individualista que sea el conflicto, el mismo pertenece al ambiente, es una parte integral del mismo.

El ambiente como derecho colectivo, es una paradoja jurídica, disponible por todos y al mismo tiempo por nadie. Cómo definir algo, que por su propia naturaleza entra conflicto tanto por su disponibilidad, como por su indisponibilidad; que opera tanto por acción y por la omisión; cuya responsabilidad responde tanto, a causales objetivas y subjetivas; sin causa que pueda determinarlo todo y objeto que pueda ser diferenciable.

En algo estoy de acuerdo con todos los doctrinarios, si hay algo que el derecho ambiental hace es romper paradigmas y crear nuevos. Moldear las nuevas realidades jurídicas y presentar conflictos inagotables, en donde la responsabilidad no acaba, y la primordial herramienta para la restauración del daño, constituye, básicamente, viajar al pasado: "Volver al estado anterior al hecho dañoso".

El presente trabajo no busca generar nuevos conceptos, sino trabajar sobre los ya conocidos. Y verlo también en situaciones que son actuales en el escenario local: el Coronavirus y el Acuerdo de Escazú.

2. LA DIFICULTAD DE DEFINIR EL DERECHO AMBIENTAL Y SU OBJETIVO MULTIPROPÓSITO

A los efectos de poder conceptualizar el Derecho ambiental, comencemos con un ejemplo de definición amplia, el jurista Guillermo CANO, definió al Derecho Ambiental de la siguiente manera: "el derecho ambiental comprende las normas legales referentes al uso y conservación de todos los bienes, fenómenos, y elementos que componen el ambiente humano - que se integra a su vez, en modo interdependiente, por el entorno natural, formado por los recursos vivos o biológicos y los recursos naturales inertes; y el entorno creado, cultivado o edificado por el hombre y ciertos fenómenos naturales -, en tanto influyan en la calidad del entorno desde el punto de vista del interés humano; la doctrina conducente a su formulación e interpretación; las decisiones jurisprudenciales, y los usos y costumbres correlativos"³⁸. Esta visión, es quizás antropocéntrica (ya que vemos al ser humano como centro del ambiente), pero bastante abarcativa. Toma fenómenos naturales y culturales y tiene basamento en múltiples fuentes legales, jurisprudenciales, doctrinarias y consuetudinarias. Vemos cómo todos estos fenómenos atraviesan al ser humano, quien trata de definir el derecho ambiental. Es una definición completa, que intenta cubrir todos los espacios, quizás difícil en un tipo de figura que es naturalmente mutante. Muchas veces un intento de cristalización conceptual, funciona como fuente para poder entender y estudiar esta rama jurídica.

³⁸ CANO, Guillermo J., "Introducción al derecho Ambiental Argentino", LL- 154-914. Del mismo autor: "Derecho, Política y Administración Ambientales", p. 58, Depalma, 1978

Otra definición interesante es dada por Ricardo LORENZETTI: “El derecho ambiental es decodificante, herético, mutante...se trata de problemas que convocan a todas las ciencias a una nueva fiesta, exigiéndoles un vestido nuevo. En el caso del Derecho, la invitación es amplia abarca lo público y privado, lo penal y lo civil, lo administrativo, lo procesal, sin excluir a nadie, con la condición que se adopten nuevas características”³⁹. Cambia el eje de estudio, define la dificultad de definirlo, esto es producto de su transversalidad.

Hablar de una definición de derecho ambiental, implica intentar cristalizar un momento, que todavía no ha llegado. Porque sigue siendo un derecho joven, en constante estudio, y quizás eso es lo más positivo que podemos rescatar de las definiciones, la posibilidad de no agotarse en una definición perpetua, sino acompañarla en su constante evolución.

Más allá de la dificultad de definirlo, esta figura se ha materializado a través de sus diferentes objetivos. Al ser de naturaleza colectiva, pública y privada al mismo tiempo, el derecho ambiental es **multipropósito**.

Considero que QUIROGA LAVIÉ, tuvo un acercamiento casi perfecto al establecer la frase “Estado Ecológico del Derecho”⁴⁰. Si bien el ambiente no solo se agota en fuentes ecológicas, ya que posee fuentes culturales, es decir es tanto de creación natural como social, “Estado Ambiental de Derecho”, parece un concepto más adecuado. Tal y como la CSJN lo ha mencionado recientemente: La Constitución Nacional tutela al ambiente de modo claro y contundente y la Corte Suprema ha desarrollado esa cláusula de un modo que permite admitir la existencia de un componente ambiental del Estado de derecho⁴¹.

El objetivo del derecho ambiental es el reconocimiento del ambiente en el estado de derecho. De esta forma se le da **basamento**, a través de la Constitución, el Código Civil, leyes de presupuestos mínimos, etc.; se le da **asistencia y protección**, a través de procesos especiales de defensa de intereses colectivo; **se le da aplicación**, a través de instrumentos de política ambiental; y se le da **difusión**, por su naturaleza colectiva y por las herramientas que facilitan su conocimiento, como la educación y la información ambiental.

A través de los diferentes propósitos, el ambiente ingresa al mundo jurídico y busca su anidamiento en las diferentes estructuras que el derecho provee.

3. CARACTERES DEL DERECHO AMBIENTAL

Como dijimos previamente, una de las características principales del derecho ambiental es su dualidad, su paradoja, el hecho de que pueda convivir en dos mundos al mismo tiempo, como lo veremos a continuación en alguno de los caracteres que mencionaremos de este tipo de derechos:

a. Está constitucionalmente reconocido: La reforma constitucional de 1994, no sólo se ocupó de incorporar los Nuevos Derechos y Garantías, dentro de los cuales estaban lo reconocidos como “Derechos de Tercera Generación”. Sino que también, a través del art 41 de la Carta Magna, le dio expreso tratamiento al derecho ambiental, al daño al ambiente, a la responsabilidad de recomponerlo, a la creación de leyes de presupuestos mínimos.

b. Se manifiesta como un Derecho Humano: la doctrinaria Isabel de los Ríos afirma lo siguiente: “como todos los derechos humanos, el derecho a medio ambiente sano interactúa con los otros y no es posible

³⁹ LORENZETTI, Ricardo L., “Las Normas Fundamentales de Derecho Privado”, p. 483, Rubinzal- Culzoni, 1995

⁴⁰ QUIROGA LAVIE, Humberto: “El Estado Ecológico de Derecho en la CN”, LL, 1996-950.- como lo ha definido recientemente la doctrina alemana – Würtemberger – a la vista de una norma más escueta que la nuestra, incorporada el 27 de septiembre de 1994, en la Ley Fundamental de Alemania, según nos ilustra: QUIROGA LAVIÉ, Humberto- BENEDETTI, Miguel- CENICACELAYA, María de las Nieves: “Derecho constitucional Argentino”, Tomo I, p. 297, Rubinzal- Culzoni, 2001

⁴¹ CSJN 26/04/2016 Asociación Argentina de Abogados Ambientalistas de la Patagonia c/ Santa Cruz, Provincia de y otro s/ amparo ambiental, Fallos: 339:515

garantizar alguno con prescindencia de este derecho”⁴². Si bien la mención expresa del derecho ambiental en tratados de Derechos Humanos no aparece, a nivel implícito y dada la naturaleza transversal, el derecho ambiental impacta sobre todo tipo de DDHH reconocidos: la salud física, la mental, la integridad, la igualdad, interés superior del niño etc. Asimismo, la Opinión Consultiva N° 21/2014 y 23/2017 de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, menciona a la degradación ambiental, como elementos claves vinculados a la protección de los derechos del niño.

c. Opera tanto en el ámbito público y privado: Constituye parte de las relaciones entre privados, como también las propias del derecho público. Está fuertemente legislado en el Código Civil y Comercial, como así también en la aplicación de las diferentes leyes por partes de los organismos de control estatal. Puede ser materia de un litigio civil, penal o administrativo. El daño ambiental se manifiesta, tanto como responsabilidad del Estado como de un privado. Por ello tiene una naturaleza dual.

d. Es Bicéfalo: Tal y como enseñaba MORELLO: “es como un Dios Jano, tiene dos rostros, zonas bifrontes, que en la vuelta ha de dar respuesta y satisfacción al daño repartido”⁴³. Esto se encuentra directamente vinculado, al efecto PAR-RICOCHET, el impacto del ambiente genera daños individuales, razón que fundamenta más su dualidad pública-privada.

e. Es Herético, Mutante y Decodificante: como bien señala Lorenzetti, y analizamos previamente en su definición, el Derecho Ambiental está en constante cambio, no se cristaliza, rompe los esquemas clásicos de los cuerpos codificados y rearma las piezas para adaptarlo a las necesidades actuales. Vive en constante desacuerdo con las doctrinas tradicionales y se rebela ante ellas.

f. Es rebelde e inmaduro: Es recientemente joven el estudio del derecho ambiental, no tiene ni 100 años, en lo que respecta a una materia propia. La inmadurez es un concepto interesante, para analizarlo no desde la falta de conocimientos, sino de la no aceptación de criterios preestablecidos. En estos procesos intelectuales, la inmadurez se presenta como una forma de recorrer un camino diferente, salir de las reglas conocidas, para diseñar otras. En ese sentido el derecho ambiental es ese camino alternativo que decide uno tomar. En este orden de ideas Ojeda Mestre lo ve como: “...un derecho extremadamente Joven, tanto en lo doctrinario como en lo normativo, muy Dinámico y Cambiante, que por su propia lozanía, sufre una Metamorfosis Continua, buscando espacios en las más variadas facetas del derecho”⁴⁴.

g. Es transversal: no se agota en una rama jurídica, sino que atraviesa todas, tomando elementos de cada uno (derecho civil, derecho penal, derecho administrativo, etc.) para constituir una nueva figura, híbrida que se valga de lo mejor de cada una de ellas.

h. Es Principista: Más que por normas, el derecho ambiental se rige por Principios⁴⁵ (Preventivo, Precautorio, Progresivo, etc.), que como señala Robert ALEXY, en su Teoría de los Derechos fundamentales, son mandatos de optimización. Superadores de cualquier norma concreta. Los mismos se encuentran a lo largo de todos los cuerpos legales que regulan la materia, y funcionan como una herramienta esencial a la hora de resolver temáticas. No solo se agota en la jurisprudencia, sino que la naturaleza de estos principios también constituye el motor generador de nueva normativa.

i. Revolucionario: Todos los caracteres antes mencionados, en mi opinión, constituyen esta característica. PIGRETTI señalaba que veía en el derecho ambiental: “...un desafío que replantea la relación del hombre con la naturaleza, como asimismo la relación del hombre con el grupo social, que

⁴² DE LOS RIOS, Isabel: “El Derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado como derecho humano”, p. 120, en obra colectiva “Memorias del segundo Encuentro Internacional de Derecho Ambiental”, Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales -Instituto Nacional de Ecología -PNUMA Programas de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, septiembre 2004

⁴³ MORELLO, Augusto M., “La tutela de los intereses difusos en el derecho argentino”, p. 46, Abeledo-Perrot, 1999

⁴⁴ OJEDA MESTRE, Ramón, “El Derecho Ambiental del Siglo XXI” / “El nuevo Derecho Ambiental”, Corte Internacional de Arbitraje y Conciliación Ambiental”, México, octubre 2000.

⁴⁵ Art 4°, Ley N° 25.675

aún no tiene recepción adecuada del derecho, aunque está en juego en la cuestión, el derecho a la vida y la integridad personal.”⁴⁶

Si bien estos caracteres no son taxativos, constituyen en mi opinión, las facetas más interesantes del derecho ambiental, tanto para su estudio como para su aplicación concreta.

4. DERECHO AMBIENTAL SOSTENIDO SOBRE LA BASE DE UN DIÁLOGO MICROSISTÉMICO

En Diciembre de 2017 un caso histórico fue resuelto por la CSJN, sobre una problemática que mantiene hasta el día de la fecha, en conflicto a las Provincias de Mendoza y La Pampa, con ello nos referimos al Uso (o Abuso) del Río Atuel, límite natural que separa ambas provincias. Más allá del fondo de la cuestión y las diferentes aristas las cuales fueron tratadas en el caso, la Corte dijo algo clave en torno a esta cuestión que puede ser traspolado a una herramienta de interpretación del derecho ambiental: **La Visión Ambiental Eocéntrica o Sistémica.**

Esta interpretación judicial sobre como debe ser concebida la temática ambiental, da entender que el ambiente, como un sistema, se compone asimismo de microsistemas que se relacionan entre sí y permiten la sostenibilidad del mismo (En el Caso del Río Atuel el Microsistema a tratar fue el recurso hídrico). Posteriormente otro fallo contra la Barrick Gold, de similares características, se volcó a la defensa del agua, particularmente los glaciares. La característica de este fallo fue el abordaje de “la hipotética controversia” así denominada por la Corte: “Finalmente, cuando existen derechos de incidencia colectiva atinentes a la protección del ambiente –que involucran en los términos de la Ley de Glaciares, 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**”⁴⁷.

Si interpretamos al ambiente a través de un diálogo sistémico (así como Pablo Lorenzetti nos enseña a interpretar el derecho ambiental mediante un diálogo de fuentes), los microsistemas que componen al ambiente, serán objeto de tutela del derecho ambiental, como como ocurrió con el Río Atuel y su explotación desmedida; o con los Glaciares y la Megaminería, este sistema se compone con los ecosistemas y la biodiversidad, de la cual el ser humano integra parte del mismo. Es decir, como el agua, la tierra y el aire pueden ser considerados microsistemas, las personas también deben ser consideradas como tal. En un reciente trabajo publicado, el Dr. Aníbal FALBO señala lo siguiente: “El hombre, la persona humana, en concreto el individuo humano, es ambiente. Es ambiente tanto como es parte del ambiente”⁴⁸.

Hace muchos años atrás el icónico Fallo Mendoza sobre la Cuenca Matanza Riachuelo, decidió dividir un caso en dos partes: por un lado el daño ambiental en sí mismo (daño ambiental colectivo) y por otro el daño materiales producto del daño al ambiente (daño ambiental individual). Actualmente tanto la doctrina, como la jurisprudencia y las leyes, apuntan comprender la defensa de los daños ambientales individuales y colectivos en conjunto. Y en este sentido ya hablamos de doctrina y jurisprudencia, pero anterior a todos ellos, en 2015 el nuevo Código Civil y Comercial reconoció los derechos de incidencia colectiva (Art. 14°); los detalló, marcando los límites de los derechos individuales (Art. 240), y manifestó el respeto a las leyes de presupuestos mínimos (Art. 241). Asimismo, la reparación plena civil, fue definida de igual manera que la recomposición: “...**la restitución de la situación del damnificado al estado anterior al hecho dañoso...**” (Art. 1740). Si el Derecho ambiental se nutre de un forma sistémica, para poder ser ejercido, desconocer al Micro-Ambiente Humano, dentro de esa interpretación, implica un análisis jurídico parcial, en donde los caracteres bicéfalos y transversalizadas del derecho ambiental no serían tomados en cuenta. Es decir si el daño humano no se integra a la

⁴⁶ PIGRETTI, Eduardo derecho ambiental como revolución social político jurídica, Ed. La Ley

⁴⁷ CSJN 140/2011 (47-B)/CS1.ORIGINARIO “Barrick Exploraciones Argentinas S.A y otro c/Estado Nacional s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”. 4 de junio de 2019 . Fallos 342:917 (parte final resaltada por autoría propia)

⁴⁸ FALBO, Anibal J., “La Transmutación Ambiental de los Derechos Individuales”, Publicado en Revista Derecho Ambiental N° 63 Julio-Septiembre del 2020

ecuación de defensa de los derechos de incidencia colectiva de forma unificada, la protección jurídica es insuficiente

5. EL DERECHO AMBIENTAL FRENTE A LA PANDEMIA DEL COVID-19

Hoy en día no podemos escapar de la realidad, la idea de realizar este trabajo sería ingenua, sino se tratara esta temática. Desde mediados de marzo nuestro país, como así también el resto del mundo entró en un estado de Emergencia Sanitaria. La Organización Mundial de la Salud declaró al COVID-19, comúnmente conocido como coronavirus, una Pandemia Global.

La Pandemia trajo como resultado la adopción de medidas globales para combatir lo incierto, como lo fue el Aislamiento Preventivo Social y Obligatorio (ASPO) y, posteriormente, el Distanciamiento Preventivo Social y Obligatorio (DiSPO) producto de una enfermedad que no podemos ver y que al día de la fecha no se puede tratar. El mundo entero pisó el freno, las actividades productivas disminuyeron, el tránsito aéreo cesó y los países cerraron sus fronteras.

Si bien uno recuerda las grandes aventuras de Juan Salvo en El Eternauta, la Argentina hoy en día no tiene una guerra contra invasores del espacio exterior, ni batallas en canchas de fútbol. La realidad es que todos seguimos nuestra vida como podemos, tomando las medidas de prevención necesarias.

Todo lo ocurrido desde marzo hasta la fecha, ha impactado en el medio ambiente, de formas negativas y positivas. Mientras por un lado ha generado impacto positivo en las emisiones de CO2 en el aire, por la disminución del tránsito aéreo y de la actividad empresarial en un primer momento. Por otro lado, se generó un aumento desbocado en la generación de plásticos y elementos sintéticos para la prevención (barbijos, trajes protectores, jeringas, etc.). Lo que en un principio parecía una disminución de la actividad productiva, que traía esta "Nueva Normalidad", la misma posteriormente fue dando un giro inesperado ya que la actividad se remontó, y los controles y medidas de prevención y control muchas veces no están a la altura de las circunstancias. Ejemplo de esto en la Argentina sigue siendo la actividad de quema de pastizales en todo el territorio, que genera grandes incendios forestales, afectando y deteriorando los diferentes humedales. Requiriendo de intervenciones tanto, por el poder ejecutivo y legislativo, como así también por el poder Judicial⁴⁹.

Como bien señala CAFFERATTA, la solidaridad y cooperación son elementos necesarios para poder combatir esta situación, el impacto de la pandemia no solo ocurre en la salud humana, sino el ambiente en sí mismo. La Emergencia Sanitaria, constituye parte de la Emergencia Ambiental, la cual está reconocida en el inc. k) de la Ley 25.675, es también parte del principio de cooperación del art 4° de la mencionada ley⁵⁰. Continúa el reconocido autor haciendo un paralelismo entre la emergencia sanitaria y los pasos de una emergencia ambiental: Las catástrofes ambientales, tienen tres etapas bien marcadas: 1) temprana, de reducción del riesgo, precautoria o de prevención. 2), de la emergencia en sí misma, que en términos de una epidemia sería cuando el virus estalla o se produce el pico del contagio de la enfermedad, de la mayor propagación de la misma. 3) resiliencia, capacidad de respuesta, adaptación o resistencia post- emergencia.

Las políticas que hoy se están tomando a nivel nacional, provincial y local para protección contra el coronavirus, constituyen una aplicación propia de los principios del derecho ambiental. El Aislamiento Preventivo, Social y Obligatorio, intenta frenar el aumento de contagios, convirtiéndose en una aplicación del principio preventivo, como así también la utilización de barbijos, alcohol en gel, lavarse las manos, generan un aumento en este.

⁴⁹ Recientemente la CSJN, intervino en la actividad irregular de quema en razón de los perjuicios que estaban causando en el ambiente, en el fallo *Equística Defensa del Medio Ambiente Aso. Civ. c/ Santa Fe, Provincia de y otros s/ amparo ambiental*, CSJ 468/2020 11/08/2020

⁵⁰ CAFFERATTA Néstor A., *EL ROL DEL DERECHO AMBIENTAL EN LA LUCHA CONTRA EL CORONAVIRUS*, Publicado en la Pág. De Fundación Expoterra, link: https://92022a38-2b55-4621-809b-72850de9218a.filesusr.com/ugd/39f19f_a0491d86b93048ccb219a976d980344b.pdf?index=true

El desconocimiento de esta enfermedad, hace necesario impartir todas las medidas posibles a fin de evitar los aumentos potenciales del contagio, estas medidas son aplicadas y reguladas a fin de ejercer una protección de características tempranas. Esta falta de certeza científica, compensada con certeza jurídica, constituye una correcta aplicación del principio precautorio.

Los vuelos realizados a otros países, estrictamente para el abastecimiento del material sanitario necesario para combatir la pandemia, constituyen, también, elementos propios del principio de cooperación.

La atención indiscriminada por parte de los servicios de salud en diferentes lugares de la provincia, son propias de un principio solidarista.

La publicación de los contagios, las capacitaciones constantes, las señalizaciones y métodos de protección generadas por el Estado, forman parte de programas de educación y acceso a la información, que tienen un impacto directo en el derecho ambiental, que posee instrumentos propios para la promoción de políticas ambientales.

Considero al “sistema de fases”, asimilable en cierto punto con la progresividad ambiental, esto siendo así debido al establecimiento de lo que se considera como “actividades esenciales”, piso mínimo del cual no se puede retroceder (hablamos de salud, seguridad, etc.), en base a esos pisos mínimos, a medida que el virus va aumentando o disminuyendo en una población, se va gradualmente ingresando en nuevas etapas, y en más actividades ya no esenciales, pero sí permitidas. Las mismas se encuentran reguladas por la normativa nacional y provincial.

Es decir, el coronavirus, está siendo regulado jurídicamente por normas de derecho ambiental, que, si bien no están expresamente nombradas en la normativa referida a la emergencia sanitaria, las mismas se encuentran se encuentra en espíritu, a través del art. 41 de la Constitución Nacional, los principios propios de la Ley general del Ambiente y todo otro cuerpo normativo ambiental de posible aplicación a esta situación.

Concluyendo con palabras del Dr. CAFFERATTA, comparto la siguiente postura: El derecho ambiental, no es indiferente frente a la emergencia, y desde su especialidad, debe tratar de dar explicación a esta problemática, para encontrar respuestas jurídicas adecuadas, a esta gravísima crisis mundial, que demanda un esfuerzo conjunto de todas las ciencias, naturales y sociales, además de una intensa labor de investigación, análisis, proyección y ejecución. En esta batalla, la medicina, las ciencias de la salud, están en estos días, en la más dura trinchera⁵¹.

6. REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES SOBRE DERECHO AMBIENTAL EN LA NACIÓN Y EN LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES⁵²

a. Derecho ambiental. Interés público: “Que los saladeristas de Barracas no pueden por consiguiente invocar ese permiso para alegar derechos adquiridos, no solo porque él se les concedió bajo la condición implícita de no ser nocivos á los intereses generales de la comunidad sino porque ninguno puede tener un derecho adquirido de comprometer la salud pública, y esparcir en la vecindad la muerte y el duelo con el uso que haga de su propiedad ... y especialmente con el ejercicio de una profesión ó de una industria, y según nuestro Código Civil, la propiedad está sujeta á las restricciones y limitaciones exigidas por el interés público ó por el interés privado, correspondiendo establecer las primeras al derecho administrativo solamente.”⁵³

⁵¹ CAFFERATTA Néstor A., EL ROL DEL DERECHO AMBIENTAL EN LA LUCHA CONTRA EL CORONAVIRUS, Publicado en la Pág. De Fundación Expoterra, p. 4 link: https://92022a38-2b55-4621-809b-72850de9218a.filesusr.com/ugd/39f19f_a0491d86b93048ccb219a976d980344b.pdf?index=true

⁵² Las siguientes reseñas fueron recopiladas del Tratado Jurisprudencial y Doctrinario - Derecho Ambiental. Director, Néstor A. Cafferatta, Publicado por La Ley 2012. T I, Cap. I.2) “DERECHO AMBIENTAL”

⁵³ (CSJN, 14/05/1887, “Saladeristas Podestá, Bertam, Anderson, Ferrer y otros c. Provincia de Buenos Aires”, Fallos: 31:273 - La Ley Online).

b. Derecho ambiental. Derecho deber: “El reconocimiento de status constitucional de 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 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 ... La tutela del ambiente importa el cumplimiento de los deberes que cada uno de los ciudadanos tienen respecto del cuidado de los ríos, de la diversidad de la flora y la fauna, de los suelos colindantes, de la atmósfera. Estos deberes son el correlato que esos mismos ciudadanos tienen a disfrutar de un ambiente sano, para sí y para las generaciones futuras, porque el daño que un individuo causa al bien colectivo se lo está causando a sí mismo.”⁵⁴

c. Derecho ambiental. Naturaleza jurídica: “La norma contenida en el citado art. 41 CN es de carácter jurídico y por ende, es plenamente operativo, porque por su naturaleza y formulación ofrece aplicabilidad y funcionamiento inmediato y directo sin necesidad de ser reglamentada por otra norma.”⁵⁵

d. Derecho ambiental. Derecho deber. Tutela del ambiente por el estado. Operatividad: “Desde ya que las cláusulas contenidas en los arts. 41 y 43 de la Constitución Nacional y 20 y 28 de la Constitución Provincial...poseen operatividad y vigor “per se”, sin que a ello obste la rémora de los órganos legislativos de dictar las normas que regulen su tutela y establezcan los mecanismos necesarios a tales fines ... No son estas meras normas programáticas, abstractas y etéreas declaraciones políticas que, ante la ausencia de un texto legislativo regulador, suenen a nuestros oídos ... Tienen el mayor valor normativo, el que les confiere la norma fundamental y, por tanto, vinculan a todos los habitantes y a todos los poderes públicos.”⁵⁶

e. Derecho ambiental. Singular dimensión y competencia: “Lo cierto es que el caso de autos es revelador de la singular dimensión que presentan los asuntos de naturaleza ambiental, en tanto en ellos

f. Derecho ambiental. Alcance del ambiente sano, equilibrado y apto para el desarrollo humano: Se ha señalado que el alcance de “ambiente sano” responde a un concepto amplio, comprensivo no sólo de la preservación y no contaminación de los ecosistemas y elementos naturales básicos para el desarrollo de la vida humana, tales como aire, agua, o suelo, sino asimismo, en relación a requisitos que deben cumplimentar aquellos ámbitos construidos por el hombre. Por su parte, “ambiente equilibrado” pauta el límite y condiciones de las transformaciones ambientales producidas por la actuación del hombre, desde una óptica global e integral en la consideración del ecosistema; tanto en la búsqueda de pautas racionales y razonables en la gestión de los recursos naturales y biológicos, como en la apreciación de la incidencia o impacto de la actividad humana sobre ellos -Fundamentos Convención Constituyente, ps. 1796, 1797-. El concepto teleológico se encuentra contenido en la “aptitud para el desarrollo humano”, entendiéndose como posible tal desarrollo en la relación armónica y equilibrada con el entorno ambiental; y el desarrollo integral de la persona marca asimismo la acción finalista en el logro del bien común.⁵⁷

g. Derecho ambiental. Conflictos ambientales. Derechos de incidencia colectiva: “Por ello, estima que el reconocimiento jurídico del “medio ambiente” importa un nuevo escenario de colisión de derechos. No se trata ya de bienes individuales con derechos subjetivos en paridad, como en las relaciones vecinales, sino bienes individuales versus bienes públicos. Desde el punto de vista sociológico, no se trata ya de la propiedad vecinal, sino de la empresa y el “consumo” del bien ambiental ... El conflicto de las relaciones de vecindad se sitúa en la esfera privada, y sigue una regla de solución basada en la

⁵⁴ CSJN, 20/06/2006, “Mendoza, Beatriz Silvia y otros c. Estado Nacional y otros”, Fallos 329:2316 - LA LEY 2006-D, 281 - DJ 2006-2, 706 - RCyS 2006, 1359 - Fallos: 329:2316 - La Ley Online

⁵⁵ SCBA Buenos Aires, 19/03/2008, “Spagnolo, César A. c. Municipalidad de Mercedes”, c. 91.806, JUBA, Sum. B 29665

⁵⁶ SCBA Buenos Aires, “Sociedad de Fomento Cariló c. Municipalidad de Pinamar s/ amparo”, 29/05/02. Ac. 73996 S

⁵⁷ CContenciosoadministrativo San Martín, 25/07/2008, “Fundación ECOSUR Ecológica Cultural y Educativa de los Pueblos del Sur c. Municipalidad de Vicente López y otro”. LLBA 2008- 918 - LA LEY 2008-F, 321 - La Ley Online

reciprocidad, puesto que el derecho de cada uno se extiende hasta donde comienza el del otro. En cambio, el conflicto entre el bien ambiental y la propiedad, se sitúa en la esfera social, donde tiene primacía el bien social sobre el individual”⁵⁸.

h. DERECHO AMBIENTAL. CONSTITUCIONALIZACIÓN: “A partir de la reforma constitucional de 1994 la preservación del medio ambiente ha alcanzado la categoría de derecho expresamente reconocido en la Constitución”⁵⁹.

i. DERECHO AMBIENTAL. ORDEN PÚBLICO: “Las normas ambientales son de orden público y no son susceptibles de negociación o renuncia entre particulares; por su explícita fuente constitucional tampoco el estado puede soslayar su cumplimiento consagrando excepciones particulares o provocando derogaciones singulares de disposiciones de alcance general. Por el contrario, la protección del entorno configura una obligación del Estado. El orden público ecológico es una categoría jurídica que legitima la potestad-poder-deber ordenadora del Estado, en materia de conservación, defensa y mejora ambiental”⁶⁰.

j. DERECHO AMBIENTAL. CARÁCTER DE ORDEN PÚBLICO: De lo hasta aquí expuesto es razonable sostener junto con la doctrina y jurisprudencia que así lo propician que existe un orden público ambiental. Como consecuencia de ello fácil resulta advertir que es inalienable e indisponible para las partes...Si bien es verdad que “el derecho de propiedad’ ya no tiene el carácter de absoluto que antes se consideraba y debe, en consecuencia, interpretarse en función social, sobre la base de un uso regular -no abusivo-, también es cierto que el interés público de la industria no puede ni debe entrar en conflicto con otro interés público, el del ambiente sano y equilibrado.”⁶¹

7. EL ACUERDO DE ESCAZÚ: LOS DERECHOS DE ACCESO Y EL PRINCIPIO PRO PERSONA

Recientemente, a través de la Ley Nacional N° 27.566 fue ratificado 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, el cual fue celebrado en la Ciudad de Escazú (Costa Rica), el 4 de marzo de 2018⁶². El presente cuerpo normativo multilateral, comúnmente mencionado como Acuerdo de Escazú, representa un compromiso internacional, que tiene como meta principal garantizar el derecho 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”⁶³.

Esencialmente se trata, tal y como se manifiesta en sus principios, en un tratado legal ambiental Pro-Persona, ya que se manifiestan a través nuestro, diferentes variantes del ejercicio del derecho ambiental. Incluso el propio Acuerdo, comienza mencionando como objetivos, la idea de un Derecho de Acceso, que el propio Acuerdo define y esquematiza en tres ejes centrales, los cuales son de carácter neurálgico, para entender la finalidad de Escazú⁶⁴:

- a. El derecho de Acceso a la Información Ambiental.
- b. El derecho a la Participación Pública en los procesos de toma de decisiones en asuntos ambientales.
- c. El derecho al acceso a la justicia en asuntos ambientales.

⁵⁸ CNCiv., sala J, 27/10/2005, “Aspiroz Costa, Francisco y otros c. PASA SA y otro s/ Daños derivados de la vecindad”, JA 2006-I-455

⁵⁹ SC Buenos Aires, 14/11/2007, “Yane, Salvador c. Municipalidad de General Alvarado s/ materia a categorizar”, C 90020 S, JUBA, Sum. B 29444, LLBA 2008-54 - La Ley Online

⁶⁰ C7aCC Córdoba, 14/12/2005 “Chañar Bonito S.A. c. Municipalidad de Mendiolaza”, LLC 2006-749 - La Ley Online

⁶¹ CNCiv., sala H, 01/10/1999, “Subterráneos de Buenos Aires SE c. Propietario de la estación de servicio shell calle Lima entre Estados Unidos e Independencia

⁶² Artículo 1°, Ley N° 27.566

⁶³ Artículo 1°, Objetivos: 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

⁶⁴ Artículo 2°, Definiciones. Derecho de Acceso. 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

Tres variantes del derecho ambiental, que apuntan a la defensa de los intereses de este Derecho Humano. Los primeros dos pertenecen, en el derecho interno, a “Instrumentos de Política y Gestión Ambiental” que la Ley 25.675, reconoce. El último mencionado no pertenece a un instrumento de política ambiental, pero sí se manifiesta a lo largo de la legislación (por ejemplo por el artículo 30⁶⁵). De todas maneras todos estos derechos, implícita o explícitamente, son parte de lo estipulado en el Artículo 41 de la Constitución Nacional.

Sin detenerme mucho en los principios del Acuerdo⁶⁶, los cuales son de los más interesantes, pero al efecto del presente trabajo me interesa resaltar el último de ellos, el Principio Pro Persona y su impacto en el derecho ambiental. Desde hace ya tiempo la doctrina y la jurisprudencia interna ha querido evolucionar en el entendimiento del derecho ambiental, viendo al objeto de tutela no con el ser humano en el centro, sino con el ambiente en sí mismo. Con ello nos referimos al antropocentrismo vs. ecocentrismo. Siendo la última superadora de la primera, ya que pregona por el daño al ambiente en sí mismo, y no se limita únicamente, a cuando este tipo de daño se manifiesta en el humano, sino que se expande a todo el entorno, atiende a la idea del ambiente como un sistema general, compuesto de microsistemas en particular,⁶⁷ como puede llegar a serlo, el derecho de todo habitante a un ambiente sano. Por otro lado el reconocimiento del Ambiente Sano, como un derecho humano ha generado principios a favor del ambiente en caso de duda, como por ejemplo el caso de Humedales y la CSJN con el principio In Dubio Pro Natura⁶⁸.

Con todo lo explicado previamente, el principio pro persona, se asimila más a un concepto antropocéntrico del derecho ambiental, lo cual pareciera quitarle preponderancia, a la luz de la evolución jurisprudencial en la defensa del bien jurídico tutelado, aquí estudiado. Pero debemos enfocarnos no en el principio en sí mismo, sino como este se aplica, y genera un refuerzo al catálogo de herramientas que hoy tenemos para la defensa del ambiente, en todos sus aspectos. Encerrarnos en una interpretación meramente antropocéntrica del presente acuerdo, implicaría hacer un análisis parcial o meramente principista de Escazú. Cuando en realidad, lo que este Acuerdo presenta y lo que sus postulados representan, es la defensa al ambiente en sí mismo, a través de instrumentos de derecho ambiental que se manifiestan en la persona (acceso a la información, acceso a la justicia, participación ciudadana).

El carácter Bicéfalo del derecho ambiental (intereses individuales e intereses colectivos), el cual fue explicado previamente, en materia del daño Par Ricochet, en donde mientras la afectación a los bienes colectivos impacta de rebote en los bienes individuales, con Escazú, a través de la promoción de acciones, herramientas y principios pro persona, impacta de rebote y positivamente en el ambiente, ya que la defensa de los intereses personales en materia ambiental, impacta de rebote y positivamente, en el ambiente en sí mismo.

⁶⁵ Artículo 30°, Ley 25.675: Producido el daño ambiental colectivo, tendrán legitimación para obtener la recomposición del ambiente dañado, el afectado, el Defensor del Pueblo y las asociaciones no gubernamentales de defensa ambiental, conforme lo prevé el artículo 43 de la Constitución Nacional, y el Estado nacional, provincial o municipal; asimismo, quedará legitimado para la acción de recomposición o de indemnización pertinente, la persona directamente damnificada por el hecho dañoso acaecido en su jurisdicción.

⁶⁶ Artículo 3°, Principios. 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: Cada Parte se guiará por los siguientes principios en la implementación del presente Acuerdo: 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; 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.

⁶⁷ Se pone de resalto que la regulación jurídica del agua ha pasado de un modelo antropocéntrico, puramente dominial, -que en gran medida está presente en el conflicto resuelto mediante la sentencia de 1987-, a un modelo ecocéntrico sistémico La Pampa, Provincia de el Mendoza, Provincia de s/ uso de aguas. CSJ 243/2014 (50-L) ICS1 ORIGINARIO (01/12/2017). Fallos: 340:1695

⁶⁸ 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 y no se emprenderán acciones cuando sus potenciales efectos adversos sean desproporcionados o excesivos en relación con los beneficios derivados de los mismos. CSJ 000714/2016/RH001 MAJUL, JULIO JESUS c/ MUNICIPALIDAD DE PUEBLO GENERAL BELGRANO Y OTROS s/ACCION DE AMPARO AMBIENTAL 11/07/2019

Por lo tanto, el principio pro persona del Acuerdo de Escazú no refuerza criterios antropocentristas, sino que busca asistir al sostenimiento del ambiente en sí mismo.

8. REFLEXIONES FINALES

Tal y como lo adelanté en la introducción, no es mi intención cambiar paradigmas, modelos o métodos, sino simplemente hacer un pequeño acercamiento al derecho ambiental, sus conceptos, sus caracteres y su relevancia actual.

El mundo está en constante cambio y la única figura jurídica que puede estar al día, es la más inmadura, porque la falta de contenidos pétreos, genera la constante necesidad de mejorarnos. El alejamiento de una postura clásica ya estructurada, es lo que permite la realización de precedentes judiciales reveladores, nuevas herramientas de política ambiental, y una forma diferente de análisis de los diferentes casos.

Es verdad que, como decía Ramón OJEDA MESTRE, el derecho ambiental padece de “raquitismo de eficiencia”, su falta de posicionamiento como otras ramas del derecho (derecho civil, laboral, penal, administrativo), dificulta su aplicación concreta. Pero, sin embargo, gracias a esta desventaja se obligado a renovarse constantemente y aggiornarse, para poder superar sus debilidades.

La inmadurez viene acompañada de muchas desventajas, pero una de las cosas más importantes que ella contiene, es la posibilidad de generar escepticismo. Plantearnos preguntas en nuestro entorno, no dar las cosas por sentado, ni asumir que algo está bien, simplemente por el hecho que te digan que está bien.

La inmadurez, la actitud rebelde y revolucionaria, características propias del derecho ambiental que nos permiten analizar un tema, desde una óptica diferente fuera de cualquier paradigma clásico.

Siendo inmaduros, escépticos y rebeldes, nos permitiríamos concebir lo más sencillo, como profundo y despojado de cualquier creencia previa, ello nos permite entender las cosas desde otro lugar. Eso hace el derecho ambiental, es la herramienta de entendimiento y protección de un mundo perfectamente imperfecto.

CALIDAD DE VIDA

AUTORA: EDITH SAMANTA BORGHI

SUMARIO: 1. Introducción.- 2. El concepto de calidad de vida.- 3. La relación entre la calidad de vida y la salud.- 4. El concepto de calidad de vida en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.- 5. Reflexiones finales.-

1. INTRODUCCIÓN

El artículo 2 de la Ley 25.675 General del Ambiente establece entre los objetivos prioritarios de la política ambiental nacional “el mejoramiento de la calidad de vida las generaciones presentes y futuras”.

Pero en nuestro sistema jurídico, el concepto de calidad de vida, además de constituir un objetivo, también funciona como un parámetro para la preservación del ambiente.

En este sentido, Ricardo LORENZZETTI, nos enseña que en las ciencias el concepto de calidad de vida como un concepto autónomo es relativamente reciente, complejo, multifacético, y que “si bien se trata de un tema complejo que excede en mucho lo estrictamente ambiental, la calidad de vida tiene un arraigado trasfondo ambiental puesto que sin mínimas condiciones en el entorno físico no hay calidad de vida posible. El medio ambiente funciona como condición necesaria previa de la calidad de vida”⁶⁹.

En consecuencia, en virtud de la estrecha relación que existe entre el concepto de calidad de vida y el derecho ambiental, y de la función asignada por este a aquel, el objeto del presente capítulo tiene por finalidad abordar con cierta profundidad el sentido y alcances de este concepto.

2. EL CONCEPTO DE CALIDAD DE VIDA

Los juristas que han abordado esta temática resaltan que la noción de calidad de vida es un concepto complejo, pues incluye elementos objetivos y subjetivos.

Para Eduardo PIGRETTI esta noción no se ciñe sólo a la cuestión social como la mayoría parecería creer. Siguiendo la definición adoptada por el Instituto Argentino, concibe la calidad de vida “como el conjunto de condiciones espirituales, éticas y materiales en que se desenvuelve una comunidad, en un espacio y en un tiempo dado, condiciones que hacen posible para cada uno de sus integrantes una existencia sana, feliz, trascendente, solidaria y libre en OPTIMICIDAD creciente. Aclara el Instituto que este concepto va más allá de los puros aspectos sociales del bienestar, con los que habitualmente suele confundirse”. Ello para concluir que la noción de calidad de vida se vincularía a un concepto superior de felicidad, objetivo hacia el cual el hombre tiende en todo quehacer vital”⁷⁰.

En un sentido similar, Elisabeth GÓMEZ MENGELBERG, comentando el concepto desarrollado por la OMS en Ginebra (1966) durante el Foro Mundial de la Salud, agrega que esta es: “La percepción del individuo sobre su posición en la vida dentro del contexto cultural y sistema de valores en el que vive y con respecto a sus objetivos, expectativas, estándares e intereses. Es un concepto extenso y complejo que engloba la salud física, el estado psicológico, el nivel de independencia, las relaciones sociales, las creencias personales y las relaciones con las características sobresalientes del entorno. Esta definición pone de manifiesto el criterio que afirma que la calidad se refiere a una evaluación subjetiva, con dimensiones tanto positivas como negativas y arraigada en un contexto cultural, social y ambiental”. Y luego de preguntarse ¿Qué es la calidad de vida?, contesta que “La calidad de vida es la percepción que tienen las personas de que sus necesidades están siendo satisfechas, o bien que se les está negando oportunidades de alcanzar la felicidad y la autorrealización con independencia de su estado de salud, o de las condiciones sociales económicas”.⁷¹

Por su parte, Ricardo LORENZZETTI luego de concebir la calidad de vida como un “principio organizador, un estándar que permite hacer un corte en el tiempo y evaluar el estado de la sociedad en un momento dado”, enseña que “para acercarnos a una noción aproximada debemos partir de la base de que existe una relación imperfecta -casi distorsionada-, entre las condiciones objetivas de vida y la propia percepción del sujeto que las vivencias. No se trata entonces, de la sola posesión de recursos o bienes disponibles, sino de la capacidad de disfrute, y de la propia conciencia acerca de ese disfrute. Por ello se ha dicho que hablar de calidad de vida nos remite al concepto de bienestar (“WELLBEING” o “WELFARE”

⁶⁹ Cafferatta, Néstor **en la obra** Cafferatta, Néstor (Director)- en coautoría con Lorenzetti, Pablo – Rinaldi, Gustavo – Zonis, Federico, Tratado Jurisprudencial y Doctrinario. Derecho Ambiental, Tomo I, La Ley, 2012, p. 49.

⁷⁰ Cafferatta, Néstor, ob. cit., p. 49.

⁷¹ Cafferatta, Néstor, ob. cit., p. 53.

para los anglosajones) y esto depende de la posibilidad que tenga cada persona de pensar bien acerca de su propia vida (...).”⁷²

En cuanto a la relación estrecha que este concepto mantiene con el derecho ambiental, Jorge Bustamante Alsina explica que “La fórmula se ha convertido en una especie de complemento necesario del medio ambiente. Ella expresa la voluntad de una búsqueda de calidad más allá de lo cuantitativo, que es el nivel de vida. Es decir que el medio ambiente concierne no solamente a la Naturaleza sino también al hombre en sus relaciones sociales, de trabajo y de descanso. La calidad de vida habrá de funcionar como parámetro de condiciones mínimas que debe tener el medio físico, entendido éste en un sentido amplio, relacionándose con los recursos naturales, pero implicando también sensaciones psicológicas, estéticas y estados de ánimo en función de la belleza del paisaje, la tranquilidad del entorno y el equilibrio natural de la convivencia social”⁷³.

Néstor CAFFERATTA explica que “a partir de la Reforma de 1994 se fue creando un nuevo escenario normativo ambiental y que ya no es la salud pública el bien jurídico protegido, sino la calidad de vida de la población, los seres vivos en general, la diversidad biológica o los sistemas ecológicos. La calidad de vida habrá de funcionar como parámetro de las condiciones mínimas que debe tener el medio físico, entendido éste en un sentido amplio, relacionándose con los recursos naturales, pero implicando sensaciones psicológicas, estéticas y estados de ánimo en función de la belleza del paisaje, la tranquilidad del entorno y el equilibrio natural de la convivencia social (...).”

En la misma sintonía, Tomás HUTCHINSON y Aníbal FALBO expresan que “según el art. 41, el ambiente a que todos los habitantes tienen derecho recibe importantes adjetivaciones: sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y apto también para que las actividades productivas satisfagan las necesidades humanas sin comprometer las de las futuras generaciones. Es decir que se refiere a un determinado ambiente en lo que hace a su calidad (sano) a su aptitud (apto para el desarrollo humano) y a su calidad de intergeneracional (las necesidades humanas actuales no deben comprometer las de las generaciones futuras). Esto posee un gran valor práctico y no meramente declamatorio, pues trata de especificar el contenido del nuevo derecho y plasma una protección más amplia que si se hubiere consignado solamente el derecho a un ambiente no contaminado. De este modo, estos derechos no sólo se refieren a la preservación de los elementos naturales sino además a todos aquellos ámbitos construidos por el hombre: una ciudad con cloacas, agua corriente, control del ruido, espacios verdes, vivienda y ámbito de trabajo adecuado, como se dijo en la propia Convención Constituyente de 1994”.⁷⁴

En definitiva, para los autores citados adoptan un concepto amplio de calidad de vida, el cual habrá de funcionar como parámetro de las condiciones mínimas que debe tener tanto el medio físico como también el cultural y social.

3. LA RELACIÓN ENTRE LA CALIDAD DE VIDA Y LA SALUD

En el fallo “Club Atlético River Plate, (CARP) y otros”, la Cámara Contencioso-administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires hace una interesante aplicación del concepto de calidad de vida desarrollado en los apartados anteriores. Se trata de un caso por ruidos molestos que tuvo por causa las vibraciones comprobadas en el campo del Estadio River Plate, que excedían ampliamente el nivel permitido. En lo que aquí interesa, el tribunal citado manifestó que “[las vibraciones comprobadas] constituyen un factor contaminante capaz de incidir no sólo en la salud, ampliamente considerada, sino también en la calidad de vida privada y el disfrute del domicilio de los vecinos involucrados. Todas las sensaciones, placenteras o no, del ser humano están vinculadas con su entorno a tal punto que podemos afirmar que el bienestar es la respuesta del organismo al estado del medio. Esta noción implica una flexibilización en el concepto puramente fisiológico de salud, ya que el aspecto cualitativo de las actividades que desarrollan las personas dentro de su ámbito más íntimo, como es su hogar,

⁷² Cafferatta, Néstor, ob. cit., p. 49.

⁷³ Cafferatta, Néstor, ob. cit., p. 50.

⁷⁴ Hutchinson, Tomás y Falbo, Aníbal J., Derecho Administrativo Ambiental en la Provincia de Buenos Aires, La Plata, Librería Editora Platense, 2011, pág. 63/64

impacta en su calidad de vida, cuya inalterabilidad consiste en un derecho amparado por medio de las normas que regulan la convivencia y le garantizan un espacio propio sin perturbación exterior”.⁷⁵

A fin de colaborar a una mejor interpretación del fallo citado, y con relación al concepto amplio de salud al que allí se hace referencia, podemos mencionar el comentario que Elisabeth GÓMEZ MENGELBERG hace en su obra... a la Carta de Ottawa de 1986. En palabras de esta autora, el instrumento mencionado “destaca determinados prerrequisitos para la salud, que incluyen la paz, adecuados recursos económicos y alimenticios para la salud, vivienda, un ecosistema estable y un uso sostenible de los recursos. El reconocimiento de estos prerrequisitos pone de manifiesto la estrecha relación que existe entre las condiciones sociales y económicas, el entorno físico, los estilos de vida individuales y la salud. Estos vínculos constituyen la clave para una comprensión holística de la salud que es primordial en la definición de la promoción de la salud (...)”.⁷⁶

En sintonía con el expuesto, José ESAÍN explica que “El mejor desarrollo será el que permita elevar más la calidad de vida de las personas. La calidad de vida dependerá de las posibilidades que tengan las personas de satisfacer adecuadamente sus necesidades humanas fundamentales.

Las nueve necesidades del DEH son: subsistencia, protección, afecto, entendimiento, participación, ocio, creación, identidad, libertad. En este contexto, la persona es un ser de necesidades múltiples e interdependientes; las necesidades humanas deben entenderse como un sistema en el que ellas se interrelacionan e interactúan. (...)”.⁷⁷

En conclusión, se puede afirmar que en el concepto de calidad de vida el término de la salud que se adopta es el holístico, que no se limita a lo puramente fisiológico, sino también incluye la respuesta del organismo al estado del medio, lo cual se relaciona con la paz, adecuados recursos económicos y alimenticios para la salud, vivienda, un ecosistema estable y un uso sostenible de los recursos.

4. EL CONCEPTO DE CALIDAD DE VIDA EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

En una de las causas más importantes de nuestro país, “Mendoza, Beatriz”, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en relación a la específica pretensión sobre recomposición y prevención de daños al ambiente, recalzó que el cumplimiento del Programa establecido en la resolución, “debe perseguir tres objetivos simultáneos: 1) la mejora de la calidad de vida de los habitantes de la cuenca; 2) la recomposición del ambiente en la Cuenca en todos sus componentes (agua, aire, y suelos) y 3) la prevención de daños con suficiente y razonable grado de predicción”⁷⁸.

También cabe resaltar otro fallo de nuestro máximo tribunal, en el cual desarrolla la calidad de vida bajo el término de vida digna y lo hace explicando que derechos lo componen. En este sentido, dice que la garantía a una real y efectiva calidad de vida digna debe permitir “el ejercicio de los derechos a la vida, a la salud, a la asistencia médico-social, a la alimentación, al agua potable, a la educación, a la vivienda, al bienestar general, al trabajo, a la inclusión social, entre otros, y que tales derechos sean satisfechos de manera continua y permanente, con la mutua intervención por parte del Estado Nacional y la Provincia del Chaco”⁷⁹.

En otro caso, la Corte Suprema recordó que en el estudio de impacto ambiental debe analizarse también la afectación de la calidad de vida. En ese sentido expresó que “El art. 11 de la ley nacional 25.675 reitera, como presupuesto mínimo común de aplicación obligatoria en todo el territorio de la República para toda actividad susceptible de degradar el ambiente, o afectar la calidad de vida de la población de

⁷⁵ Cafferatta, Néstor, ob. cit., p. 59. Fallo citado “Club Atlético River Plate, (CARP) y otros”, CContenciosoadministrativo y Tributario Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sala de feria, 29/01/2010, LLCABA 2010 (abril), 146 - La Ley Online

⁷⁶ Cafferatta, Néstor, ob. cit., p. 53.

⁷⁷ Cafferatta, Néstor, ob. cit., p. 62.

⁷⁸ “Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza Riachuelo)”, M. 1569. XL., CSJN, 08/07/08.

⁷⁹ “Defensor del Pueblo de la Nación c. Estado Nacional y otra”, CSJN, 18/09/2007, Fallos: 330:4134.

manera significativa, la sujeción a un procedimiento de evaluación ambiental previo a su ejecución. Asimismo, en su art. 20 añade que las autoridades de aplicación, nacionales y provinciales deben institucionalizar procedimientos de audiencias públicas obligatorias previas a la autorización de dichas actividades”⁸⁰.

En un fallo más reciente este Alto Tribunal ha dicho que "la regulación jurídica del agua se ha basado en un modelo antropocéntrico, que ha sido puramente dominial al tener en cuenta la utilidad privada que una persona puede obtener de ella o bien en función de la utilidad pública identificada con el Estado; esta visión ha cambiado: ahora el paradigma jurídico que ordena la regulación del agua es ecocéntrico, o sistémico, y no tiene en cuenta solamente los intereses privados o estatales, sino los del mismo sistema, como bien lo establece la ley General del Ambiente"⁸¹. En comentario a este fallo, Néstor CAFFERATTA entiende que con el mismo "Lo que se pretende es garantizar la calidad de los bienes ambientales en términos ecosistémicos e independientemente de la satisfacción que ellos produzcan a los ocasionales habitantes del planeta (...) la racionalidad que presupone el Estado de Derecho Ambiental para el campo legal no es ya antropocéntrica sino ecocéntrica o sistémica"⁸². A lo que se puede agregar con carácter complementario el fallo citado por el mismo autor en otra obra de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, la cual recordó la relación preservación del ambiente con la calidad de vida cuando dijo, "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 perverse en muchos casos- de persistir una utilización irracional- su agotamiento inminente, con la consecuyente repercusión directa y obviamente negativa que ello conlleva respecto de la calidad de vida humana"⁸³.

Por último, cabe citar un caso donde este máximo Tribunal utiliza como parámetro para su resolución la cuestión de la calidad de vida. Al respecto dijo que "Resulta infundada la decisión que no analizó si la solución propuesta por el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires consistente en el otorgamiento de créditos como única opción para todos los grupos familiares del asentamiento configura un mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes de la cuenca Matanza-Riachuelo en los términos de la sentencia dictada por la Corte en la causa "Mendoza" (Fallos: 331:1622), extremo que debió ser considerado"⁸⁴.

5. REFLEXIONES FINALES

La doctrina y jurisprudencia citada a lo largo de este trabajo resaltan que el concepto de calidad de vida no se limita a una constatación de tipo objetivo, sino también a la percepción que las personas tienen sobre la calidad de su propia vida. Esa conclusión constituye a esta noción en un concepto central para el derecho ambiental, en tanto funciona como un principio organizador y como un parámetro para la resolución de casos, pues amplía o flexibiliza los conceptos tradicionales de salud y ambiente, en la búsqueda por una protección más adecuada y efectiva de los derechos de las personas.

⁸⁰ "Villivar, Silvana Noemí c. Provincia del Chubut y otros", CSJN, 17/04/2007, Fallos: 330:1791.

⁸¹ "Provincia de La Pampa c. Provincia de Mendoza s/ uso de aguas", CSJN, 01/12/2017, cita Fallos 340:1695.

⁸² Cafferatta, Néstor A. - Lorenzetti, Pablo, "Hacia la consolidación del Estado de Derecho Ambiental. Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación", Publicado en: SJA2018/11/072018-11-07; JA2018-IV2018-11-07; Cita Online: AP/DOC/509/2018.

⁸³ Cafferatta, Néstor, ob. cit., p. 62.

⁸⁴ "Recurso Queja N° 2 - ACUMAR y otros c/ Asentamiento Lamadrid (Bajo Autopista Pedro de Mendoza) y otros s/contencioso administrativo - varios", CSJN, 28/5/2019, Fallos: 342:884.

LOS PRESUPUESTOS MÍNIMOS DE PROTECCIÓN AMBIENTAL: UN CONCEPTO JURÍDICO MULTIDIMENSIONAL

AUTORA: GABRIELA M. COSENTINO

SUMARIO: 1. Enfoque y punto de partida. - 2. Los presupuestos mínimos de protección ambiental en el art. 41 de la Constitución Nacional: 2.a. Una nueva distribución de competencias para legislar y aplicar las normas ambientales. - 2.b Aplicación jurisprudencial. - 3. La mecánica constitucional para la aplicación local de las normas de presupuestos mínimos: 3.a. Concepto.- 3.b. Antecedentes.- 3.c. Aplicación jurisprudencial. - 4. Las normas de presupuestos mínimos de protección ambiental en la Ley General del Ambiente y en leyes ambientales sectoriales: 4.a. Concepto y contenido. 4.b. Aplicación Jurisprudencial. 5. Los presupuestos mínimos de protección ambiental como principios en la Ley General del Ambiente: 5.a. Alcance y función. 5.b. Aplicación jurisprudencial. 5.c. Los principios ambientales en el acuerdo de Escazú- 6. Los Presupuestos Mínimos de Protección Ambiental en el art. 241 del Código Civil y Comercial de la Nación. -7. Reflexiones finales. -

1. ENFOQUE Y PUNTO DE PARTIDA

Este artículo tiene como finalidad brindar al lector algunas pautas básicas y nociones centrales, respecto al término “Presupuesto Mínimos de Protección Ambiental” (PMPA), en concreto explicar que son, como funcionan y para qué sirven.

Preliminarmente debemos señalar que el término PMPA está previsto en el artículo 41 párrafo 3° de la Constitución Nacional (CN), en la Ley General del Ambiente de Presupuestos Mínimos de Protección Ambiental N° 25.675 (LGA) y en una serie de leyes ambientales (“leyes de PMPA”). También, encontramos los PMPA en el artículo 241 del Código Civil y Comercial de la Nación (CCyC), incorporado con la reforma del año 2015.

Desde ya, destacamos que los PMPA constituyen una herramienta constitucional esencial, útil, necesaria y eficaz para la tutela del ambiente, que ha sido receptada y desarrollada tanto por el ordenamiento jurídico, como por la jurisprudencia y la doctrina de nuestro país y del extranjero.

El punto de partida lo situaremos en la reforma constitucional de 1994 que, con la incorporación de los PMPA en el artículo 41 a la CN, modifica y transforma el sistema hasta entonces vigente para legislar, aplicar e interpretar las normas en materia ambiental. Es decir, que la reforma constitucional introduce a los PMPA como un instrumento jurídico innovador que, como veremos, renueva de modo notable a nuestro sistema jurídico desde diferentes perspectivas.

Acerca del interrogante, sobre qué son los PMPA, podemos adelantar que el concepto PMPA, tiene múltiples dimensiones pues, como explicaremos, son normas y principios contenidos en dichas normas, pero a la vez, constituyen un “mecanismo” constitucional, o sea, una manera particular de aplicar las normas en materia ambiental.

Los PMPA son normas (de forma y de fondo), dictadas por la Nación y que establecen una base mínima, un piso, umbral o estándar básico de protección ambiental uniforme o común aplicable a todo el país. La complementación de esa “base mínima normativa de protección nacional”, corresponde llevarla a cabo, tanto las provincias como a los municipios, para su aplicación a nivel local.

Pero las normas complementarias locales que se dicten solo podrán: aumentar, extender, expandir, ensanchar, elevar, amplificar, maximizar, ultrapasar la protección ambiental dispuesta por la Nación en las normas de PMPA. Lo que no podrán hacer estas normas complementarias locales, es disminuir, acortar, achicar, minimizar, la protección establecida por las normas de PMPA, o sea que no podrán regular por debajo del piso mínimo de protección instituido por la Nación.

En caso de que ello ocurra, es decir en caso de que la norma local establezca una protección ambiental menor a la prevista en las normas de PMPA, prevalecerá la norma de PMPA, dictada por la Nación, por sobre la norma complementaria local. A la inversa ocurrirá si la norma local protege en mayor medida el ambiente, pues en este último caso, la que prevalecerá para su aplicación será la norma complementaria local, por sobre la de PMPA.

En síntesis, ha de prevalecer, como detallaremos, la norma, párrafo, artículo o inciso, más protectorio para el ambiente, ya sea el PMPA o la norma complementaria local.

Es decir, que los PMPA son normas, pero son eso y algo más, pues, constituyen a la vez, una mecánica constitucional de aplicación de las normas, es decir una “forma particular” de aplicación de las normas, según la cual, en virtud del artículo 41 de la CN, ha de prevalecer aquella norma (el presupuesto mínimo nacional o la norma complementaria) que proteja de mejor manera, es decir, más ampliamente al ambiente.

Sumando a lo expuesto, adelantamos, que los PMPA tienen además otra dimensión, la dimensión “principista”, puesto que, como veremos, los PMPA son también principios de interpretación de las normas en materia ambiental.

Es decir que el término PMPA es un concepto jurídico multidimensional, en expansión y crecimiento, pues son normas y principios, pero además constituyen una mecánica constitucional de aplicación de las normas y principios en materia ambiental.

Ahora sí, formulada esta introducción, iniciaremos la travesía, haciendo un breve recorrido desde la incorporación de los PMPA a la CN y sus antecedentes, hasta llegar a su desarrollo actual, normativo, doctrinario y jurisprudencial.

Solo resta aclarar que, a los fines expuestos, nos focalizaremos únicamente en algunos aspectos de los PMPA que consideramos medulares para su comprensión y aplicación en favor de la protección del ambiente. En igual sentido, a título ejemplificativo señalaremos solo algunas de las causas judiciales de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) y la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires (SCBA) en las que los PMPA han tenido aplicación concreta.

2. LOS PRESUPUESTOS MÍNIMOS DE PROTECCIÓN AMBIENTAL EN EL ART. 41 DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL

2.a- Una nueva distribución de competencias para legislar y aplicar las normas ambientales

El artículo 41 párrafo 3º de la CN, incorporado en la reforma de 1994, establece: “Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquéllas alteren las jurisdicciones locales”.⁸⁵

Como bien adelantamos, “La Reforma constitucional de 1994, innovó el modelo distributivo de competencias en lo que hace a la cuestión ambiental (...) La Nación, por disposición constitucional, tiene competencia para legislar sobre asuntos ambientales en todo el país dictando normas “que contengan los presupuestos mínimos de protección”. Esta legislación federal será común para todo el país”. “Habrá también una legislación complementaria. Ella será de competencia de las provincias. Entonces tendremos que la Nación dictará la legislación de protección mínima, común a todo el territorio y luego las provincias podrán complementarla, incluyendo mayores exigencias de preservación del ambiente con normas aplicables en sus respectivos ámbitos”, así lo explica el convencional constituyente NATALE⁸⁶.

Es clave, antes de seguir avanzando, hacer un alto, a fin de entender que significa “mínimo de protección” y que se entiende por “complementar”:

- Mínimo “no equivale a poco, ni a escaso ni ínfimo, pues tales pautas de interpretación no condicen con la tutela del ambiente cualificada, adjetivada y jerarquizada constitucionalmente”. Mínimo significa “básico” y “uniforme” (en tanto tutela uniforme común) con la finalidad de que “la protección ambiental” goce de un régimen común en el territorio nacional.⁸⁷

⁸⁵BIDART CAMPOS, sostiene que “La cláusula tercera del artículo 41 es una norma que corresponde a la parte orgánica de la constitución, porque define el reparto de competencias entre el estado federal y las provincias. AL ESTADO FEDERAL LE INCUMBE DICTAR LAS “NORMAS DE PRESUPUESTOS MÍNIMOS”, y A LAS PROVINCIAS LAS NORMAS “NECESARIAS PARA COMPLEMENTARLAS”. Citado por Cafferata, Néstor en la obra Cafferata, Néstor (Director)- en coautoría con Lorenzetti, Pablo – Rinaldi, Gustavo – Zonis, Federico, Tratado Jurisprudencial y Doctrinario. Derecho Ambiental, Tomo I, La Ley, 2012, p.91. QUIROGA LAVIÉ-BENEDETTI-CENICACELAYA, afirman que, “Nos hallamos frente a materias concurrentes, de la variante “concurrencia complementaria”, cuya legislación básica pertenece al Estado Federal y su legislación detallada o complementaria a las Provincias para implementar aquélla, obviamente sin contradecir el marco federal dado por la ley de base dictada por el Congreso Nacional. Esta modalidad de concurrencia es una novedad expresa introducida en 1994 en el texto constitucional”. Citado por Cafferata, Néstor en la obra Cafferata, Néstor (Director)- en coautoría con Lorenzetti, Pablo – Rinaldi, Gustavo – Zonis, Federico.... Ob. Cit. p.95.

⁸⁶ Citado por CAFFERATTA en Cafferata, Néstor en la obra Cafferata, Néstor (Director)- en coautoría con Lorenzetti, Pablo – Rinaldi, Gustavo – Zonis, Federico....Ob. Cit. p. 91. El resaltado es nuestro.

⁸⁷ Ver en tal sentido FALBO, en FALBO, Anibal J, Derecho Ambiental, 1ra ed. La Plata, Librería Editorial Platense, 2009. P. 77, quien explica el significado de “mínimo” citando a Mercedes DÍAS ARAUJO, en DÍAS ARAUJO, Mercedes, “El artículo 41 de la Constitución Nacional: la jurisdicción local y federal en materia ambiental, LL, 2002-A, 1278.

-Complementar los PMPA significa “optimizar la protección, extremar o agravar los recaudos, reforzar el nivel de protección a través de normas más rigurosas.”⁸⁸ En relación a la facultad de complementar los PMPA, la CSJN, en el precedente “**Villivar**”⁸⁹ sostuvo que “complementar supone agregar alguna exigencia o requisito no contenido en la legislación complementada”.

En resumen, como lo afirma BIDART CAMPOS, citado por FALBO, “el sistema establecido por el art. 41 párr. 3° de la Constitución Nacional importa lo que se ha denominado una “complementariedad maximizadora”, por cuanto “las normas complementarias de competencia provincial son la añadidura para maximizar lo mínimo, por eso se habla de piso común.”⁹⁰

Según NATALE⁹¹, “(...) lo más importante (...) es el deslinde de competencias entre la Nación y las Provincias (...) Ahora tendremos un mecanismo distinto⁹². (...) La legislación de protección mínima común a todo el país habrá de ser dictada por el Congreso de la Nación, pero la aplicación y jurisdicción sobre esa legislación, seguirá correspondiendo a las provincias, con una solución similar a la del art. 67 inc. 11 de la Constitución nacional cuando atribuye al Congreso de la Nación dictar la legislación de fondo, pero preserva las jurisdicciones locales para su respectiva aplicación. (...) Diario de Sesiones, págs. 1622 y ss (...)”.

En conclusión, tenemos, a partir de la reforma constitucional de 1994, por una parte, una nueva distribución de competencias para legislar en cuestiones ambientales, y por otra parte un nuevo mecanismo de aplicación de las normas ambientales⁹³.

La Nación establecerá las normas de base, piso mínimo de protección y de aplicación uniforme en todo el país (sin necesidad de adhesión de las legislaturas locales), y las legislaturas locales establecerán las normas complementarias, (sin disminuir el nivel de protección fijado en las normas de PMPA), correspondiendo la aplicación en la esfera local de aquellas normas que protejan en mayor medida al ambiente, ya sea el piso mínimo de protección fijado por las normas de PMPA, dictadas por la Nación, o la normativa complementaria local, si es que esta protege más ampliamente al ambiente.

BIDART CAMPOS⁹⁴, concluye que “Se trata de una categoría especial de competencia concurrentes, que divide dos áreas: lo mínimo y lo máximo. En lo primero, la competencia es federal; en lo otro, provincial”. En síntesis: a) los contenidos mínimos se escapan a la competencia provincial porque son propios del estado federal; b) las normas complementarias de competencia provincial son la añadidura para maximizar lo mínimo. No se trata, por ende, de que toda la materia ambiental caiga en las dos jurisdicciones. La concurrencia está repartida entre lo mínimo y lo máximo complementario”.

⁸⁸ Ver en tal sentido FALBO, Aníbal J, Derecho Ambiental...Ob. cit. P. 77 citando a Esain, José A. El Federalismo ambiental. Reparto de competencias en materia ambiental en la Constitución Nacional y en la Ley General del Ambiente 25.675, JA, 2004-I- 776, quien se refiere al “Principio de Optimización de la protección Ambiental”, al que define como un principio específico que de Derecho Ambiental que la doctrina alemana aplica respecto de la política comunitaria.

⁸⁹ Villivar Silvana Noemi C/ Provincia del Chubut y Otros S/Amparo. Sent. del 17/04/2007. Fallos: 330:1791.

⁹⁰ Como bien se explica en FALBO, Aníbal J, Derecho Ambiental...Ob. cit. P. 77 citando a BIDART CAMPOS, Manual de la Constitución Reformada, T.II, p. 90. La Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, se pronunció en el sentido que “Ahora las Provincias pueden complementar como, asimismo los municipios y aún aumentar las condiciones o requisitos impuestos por la Nación, pero nunca deben ser menores ni oponerse a ellos”, in re “COPETRO S.A. c. Municipalidad de Ensenada s/ Inconstitucionalidad de la Ordenanza 1887/95”, recaído en Acuerdo del 20 de marzo 2002, según el voto del Juez doctor Juan C. HITTERS, publicado en el BO, DJJ, boletín 26/09/02, Año LXI, Tº163, Nº 1304

⁹¹ Cafferatta, Néstor en la obra Cafferatta, Néstor (Director)- en coautoría con Lorenzetti, Pablo – Rinaldi, Gustavo – Zonis, Federico.... Ob. Cit. p. 93.

⁹² El resaltado es nuestro.

⁹³ Coincidimos con Esain quien señala que a partir de la incorporación del artículo 41 en la CN, se produce una “(...) *completa mutación del modelo institucional (...) vigente hasta ese momento*”. Según el autor “(...) *tendremos un sistema global ambiental nuevo, con mecanismos de integración especiales, tanto de legislación, de administración como de resolución judicial de conflictos. Habrán nuevos diseños de normas, con autoridades que darán el marco mínimo de las relaciones -contenidos materiales y formales- piso que deberán cumplir todas las comunidades parciales de la estructura federal argentina: Nación (comunidad jurídica central), provincias, CABA, municipios (comunidades jurídicas locales), las que necesariamente deben dar ingreso a estos contenidos de la sostenibilidad mejorándolos, expandiéndolos (...)*”. ESAIN, José. Competencias Ambientales. Ed. Abeledo Perrot, Bs. As, 2008. Págs. 102/103.

⁹⁴ Citado por Cafferatta, Néstor en la obra Cafferatta, Néstor (Director)- en coautoría con Lorenzetti, Pablo – Rinaldi, Gustavo – Zonis, Federico Ob. Cit., p.91.

2.b- Aplicación jurisprudencial

La CSJN se ha pronunciado en repetidos precedentes acerca de los PMPA en el artículo 41 de CN, y la distribución de competencias para legislar y aplicar las normas ambientales. A continuación, citamos algunos de los precedentes más recientes al respecto.

En la Causa **“Estado Nacional (Estado Mayor General del Ejército)”**⁹⁵, la CSJN, sostuvo: *“Corresponde reconocer a las autoridades provinciales la facultad de aplicar los criterios de protección ambiental que consideren conducentes para el bienestar de la comunidad para la que gobiernan, así como valorar y juzgar si los actos que llevan a cabo sus autoridades, en ejercicio de poderes propios, afectan el bienestar perseguido; tal conclusión procede de la Constitución Nacional, la que si bien establece que le cabe a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, reconoce expresamente las jurisdicciones locales en la materia, las que no pueden ser alteradas (art. 41, tercer párrafo de la Constitución Nacional)”*

En la causa **“Barrick”**⁹⁶, la CSJN, se refirió a la interpretación de los artículos 41 y 124 de la CN, y a la “superflua e innecesaria” tensión normativa planteada en el caso: *“...La invocación en abstracto por parte de la provincia de la regla que establece el dominio originario de sus recursos naturales (artículo 124) con el objeto de desvirtuar otra regla de igual jerarquía que establece el mandato al Estado Nacional de dictar los presupuestos mínimos ambientales para toda la Nación (artículo 41) genera una superflua e innecesaria tensión entre dos cláusulas constitucionales...”*.

En la misma causa precitada, la CSJN, resaltó el deber de buscar adaptar la gestión de los recursos naturales a las directivas de la cláusula ambiental fin de cumplir con el federalismo de concertación: *“...antes que buscar la confrontación de sus mandatos, los artículos 41 y 124 de la Constitución Nacional deben ser interpretados buscando adaptar la gestión de los recursos naturales a las directivas de la cláusula ambiental, para cumplir de la forma más fidedigna posible un mecanismo propio del federalismo concertado que estableció el constituyente reformador de 1994. En ese marco, la tarea de concertación federal es primariamente de las autoridades políticas nacionales y provinciales, que deben conjugar intereses para potenciar el cumplimiento del texto constitucional, sin vaciar de contenido el modelo federal del Estado ni el proyecto ambiental de la Constitución...”*

También en la causa **“Barrick”**, la CSJN puntualizó que: *“...cabe recordar que el poder delegado a la Nación por las provincias de establecer los presupuestos mínimos ambientales no constituye una “mera declaración teórica” (Fallos: 329:2975), sino que el Estado Nacional recibió la facultad de instrumentar mediante ese tipo de leyes los medios para lograr el fin constitucional de “un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano” (artículo 41)...”*

En la causa **“Buenos Aires, Provincia de c/ Santa Fe”**⁹⁷, la CSJN, sostuvo: *“...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”...”*

En la causa **“Equística”**⁹⁸, la CSJN, subrayó que el paradigma jurídico que ordena la regulación de los bienes colectivos ambientales es ecocéntrico y sistémico, y se refirió al deber de conjugar el territorio

⁹⁵ “Estado Nacional (Estado Mayor General del Ejército) c/ Mendoza, Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”. E. 85. XLII. ORI. CSJN. 17/12/2019. Fallos: 342:2256.

⁹⁶ “Barrick Exploraciones Argentinas S.A. y otro c/ Estado Nacional s/ acción declarativa de inconstitucionalidad. B. 140. XLVII.” CSJN. 04/06/2019. Fallos: 342:917.

⁹⁷ Buenos Aires, Provincia de c/ Santa Fe, Provincia de s/ sumarísimo -derivación de aguas-. CSJ 528/2000 (36-B)/CS1 ORIGINARIO Sent. del 03/12/2019.

⁹⁸ Equística Defensa del Medio Ambiente Asoc. Civ. c/ Santa Fe, Provincia de y otros s/ amparo ambiental. CSJN. Sent. del 11/08/2020. (Considerando 7)

ambiental con el territorio federal, en tal sentido afirmó que: “... a partir de la inclusión en 1994 de la **cláusula** ambiental de la Constitución Nacional (art. 41), el paradigma jurídico que ordena la regulación de los bienes colectivos ambientales es ecocéntrico o sistémico, y no tiene en cuenta solamente los intereses privados o estatales, sino los del sistema Mismo, como lo establece la Ley General del Ambiente 25.675 (Fallos: 340:1695), debiendo conjugar el territorio ambiental, de base natural, con el territorio federal, de base cultural o política (doctrina de Fallos: 342:2136, entre otros)...”

3. LA MECÁNICA CONSTITUCIONAL PARA LA APLICACIÓN LOCAL DE LAS NORMAS DE PRESUPUESTOS MÍNIMOS

3.a. Concepto

En el artículo 41 párr. 3° de la CN, encontramos una de las dimensiones cardinales del término PMPA, la dimensión constitucional: los PMPA como un MECANISMO CONSTITUCIONAL de aplicación de las normas en cuestiones ambientales.

Es un mecanismo, una manera de aplicar las normas en temáticas ambientales, que propende a optimizar, maximizar, mejorar, fortificar, la tutela del ambiente, según el cual, luego de compararse lo previsto en ambos ordenamientos jurídicos -las normas de PMPA nacionales y las normas complementarias locales- han de seleccionarse para su aplicación en el ámbito local, aquella norma o normas -o artículos, párrafos o incisos de cada una- que tutelen de mejor modo y de forma más amplia al bien jurídico ambiente, conformándose así un nuevo material normativo.

Es decir que, de acuerdo a esta mecánica constitucional de aplicación de las normas ambientales, ha de prevalecer la norma o normas que proteja o protejan en mayor medida al ambiente (ya sea el piso mínimo de protección establecido por la Nación en la norma de PMPA, o la norma local, si supera el piso mínimo fijado por la Nación, estableciendo una mayor protección del ambiente).

ESAIN y FALBO⁹⁹, manifiestan que esta mecánica que tiene su origen, y fundamento, en el propio artículo 41 de la CN, por cuanto “(...) decanta en otra forma de interpretación y aplicación del material normativo, de manera tal que queda fijada la prevalencia de aquel dato legal que protege mejor el ambiente por sobre todo otro que no lo haga con esa intensidad, amplitud, claridad, fuerza o rigurosidad. Siempre se ha de optar por lo que mejor protege al ambiente, en contra de lo que obstaculiza, impide o disminuye su tutela (...)”.

En síntesis, como bien expresa FALBO, “la forma por la que se aplican los PMPA en su encuentro con normas locales puede ser resumida como una mecánica de comparación —primero— para seleccionar —luego— aquello que sea más tuitivo o eficaz. Esta mecánica o fórmula queda definida en tres pasos: 1. se indaga y “pone sobre la mesa” todo el material normativo aplicable al caso; 2. se compara cada norma con las demás; 3. se selecciona y aplica la que optimiza la tutela del ambiente, relegando las otras”¹⁰⁰. “Puede concluirse entonces que la Constitución Nacional hace primar el presupuesto de protección mayor que pudiere regir en una provincia, por encima del requerimiento de protección mínima que emane de la autoridad nacional”¹⁰¹.

3.b. Antecedentes

En relación a los antecedentes del mecanismo de PMPA incorporado en el artículo 41 de la CN explica VALLS¹⁰² que “el sistema adoptado es muy parecido al que siguen las leyes de bases que España siempre

⁹⁹ Falbo, Aníbal J. - Esain, José Alberto. El Código Civil y Comercial y el ambiente. RCCyC 2015 (agosto), 17/08/2015, 19. Cita Online: AR/DOC/2484/2015.

¹⁰⁰ Falbo, Aníbal J. La fórmula constitucional de los presupuestos mínimos, ¿un algoritmo para todo caso ambiental? RDAMB 42, 11/06/2015, 258. P. 3. Cita Online: AR/DOC/4875/2015.

¹⁰¹ Hutchinson, Tomás, en AA.VV., Daño ambiental, t. I, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1999, p. 284. Citado en Falbo, Aníbal J. La fórmula constitucional de los presupuestos mínimos, ¿un algoritmo para todo caso ambiental? RDAMB 42, 11/06/2015, 258. P. Cita Online: AR/DOC/4875/2015. P.2.

¹⁰² Según Mario Valls, “debemos tener en cuenta el precedente español, considerando la influencia que la Constitución Española 1978 y su interpretación doctrinaria y jurisprudencial tuvieron sobre nuestros constituyentes de 1994. El artículo 149.1.23 del texto constitucional español expresa que el Estado Nacional tiene competencia exclusiva “sobre la legislación básica del medio ambiente, sin perjuicio de las facultades de las Comunidades Autónomas de establecer normas adicionales de protección”. Citado

ha dictado, dejando a las comunidades locales la atribución de sancionar la legislación complementaria (...). GONZALEZ ARZAC¹⁰³, destaca que según la jurisprudencia española, “la legislación básica posee las características técnicas de normas mínimas de protección, que permiten normas adicionales o un PLUS de protección”. Así se reconoce al Estado la potestad de fijar “las normas que impongan un encuadramiento de la política global en materia de medio ambiente (...);” pero al mismo tiempo “se atribuye también a las Comunidades Autónomas una competencia propia no sólo de ejecución, sino de desarrollo legislativo de la legislación básica, y la de imponer medidas adicionales de protección”.

Según GONZALEZ ARZAC¹⁰⁴, lo principal parece ser: “ a) asegurar que los principios rectores de ordenamiento jurídico ambiental rijan en toda la Nación; b) impedir que las Provincias o municipalidades atraigan inversiones disminuyendo las exigencias de la tutela ambiental; c) permitir que las particularidades locales o regionales sean tratadas conforme a criterios adecuados por los órganos municipales, provinciales o interprovinciales”.

3.c. Aplicación jurisprudencial

Volviendo a nuestro país, un ejemplo simple, y a la vez muy valioso sobre la implementación de la mecánica constitucional de PMPA por parte del Estado en función jurisdiccional, lo encontramos en el fallo “**Granda**”¹⁰⁵ de la SCBA. Un caso ambiental, donde La SCBA dirime la cuestión planteada haciendo prevalecer una norma de PMPA, por sobre una norma procesal local, por considerar a la primera más protectora para ambiente, que la segunda.

En concreto, en la causa “Granda”, el Máximo Tribunal Bonaerense hace lugar a lo peticionado por los amparistas recurrentes, que solicitaban la no aplicación del depósito previo en dinero para la interposición del Recurso Extraordinario de Inaplicabilidad de Ley, exigencia procesal prevista en el artículo 280 del párr. 3° del Código Procesal Civil de la Pcia de Bs. As.

Para así decidir, la SCBA, hace prevalecer el artículo 32 de la Ley 25.675 de PMPA, que dispone “...El acceso a la jurisdicción por cuestiones ambientales no admitirá restricciones de ningún tipo o especie..”- , por sobre la norma procesal local -art. 280 párr. 3° del Código Procesal Civil y Comercial, que establece la obligación de realizar un depósito previo en dinero, para interponer el referido recurso.

Entre sus argumentos la SCBA expresó: “Estando comprometido el acceso a la jurisdicción revisora de este Tribunal en un asunto que involucra la tutela jurisdiccional frente a un posible daño ambiental, deviene inaplicable la exigencia del depósito previsto por el art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial (art. 32, ley 25.675)” (Consid.7).

Asimismo la SCBA agregó que: “Atento la expresa disposición contenida en el art. 32 de la ley 25.675, que consagra el acceso irrestricto a la Justicia, cabe señalar que el mismo conlleva no sólo la posibilidad de iniciar el litigio sino que es una garantía que asiste a las partes durante todo el trámite del proceso, circunstancia que resulta a priori razonable por la naturaleza difusa de la pretensión que encierra esta clase de reclamos que benefician a la comunidad toda, motivos que me inclinan por tornar no operativa la exigibilidad del depósito (arts. cit., 41, Const. nac. y 28, Const. provincial) (del voto del doctor Pettigiani)”.

por Cafferatta, Néstor en la obra Cafferatta, Néstor (Director)- en coautoría con Lorenzetti, Pablo – Rinaldi, Gustavo – Zonis, Federico.... Ob. Cit. p.94.

¹⁰³ Cafferatta, Néstor en la obra Cafferatta, Néstor (Director)- en coautoría con Lorenzetti, Pablo – Rinaldi, Gustavo – Zonis, Federico... Ob. Cit. p.94.

¹⁰⁴ Citado por Cafferatta, Néstor en la obra Cafferatta, Néstor (Director)- en coautoría con Lorenzetti, Pablo – Rinaldi, Gustavo – Zonis, Federico....Ob. Cit. p.95.

¹⁰⁵ SCBA., "Granda, Anibal y otros v. Edelap", Ac. 93.412. Sent. 02/11/2005 RDAmb. 12-31 y ss. Se trataba de una demanda ambiental, acción de amparo fue promovida por los actores en su calidad de vecinos de la localidad de Manuel B. Gonnet, Partido de La Plata, contra la firma EDELAP S.A., concesionaria del servicio de distribución de energía eléctrica en la zona, por la utilización de la sustancia química denominada bifenilos policlorados (PBCs.)

4.LAS NORMAS DE PRESUPUESTOS MÍNIMOS DE PROTECCIÓN AMBIENTAL EN LA LEY GENERAL DEL AMBIENTE Y EN LEYES AMBIENTALES SECTORIALES

4.a. Concepto y contenido

En este título nos enfocaremos en la dimensión “normativa de los PMPA”. Ello por cuanto, como bien se explicó y reiteramos, además de constituir los PMPA una mecánica constitucional de aplicación de las normas, son a la vez normas propiamente dichas que, por mandato constitucional, ha de dictar la Nación (art. 41 CN párr. 3°).

Precisamente, en cumplimiento de ese mandato constitucional el Congreso Nacional sancionó la “Ley General del Ambiente (LGA) de presupuestos mínimos de protección ambiental” N° 25.675, y, una serie de leyes de PMPA que regulan sobre temáticas ambientales específicas, “sectoriales”¹⁰⁶.

Para hablar de las leyes de PMPA, debemos partir de la LGA. Ello por cuanto, la LGA, además de ser una ley de PMPA, es una ley marco, así la ha calificado la doctrina, puesto que ordena, centraliza y sistematiza los contenidos de las restantes leyes de PMPA sectoriales¹⁰⁷.

En prieta síntesis, la LGA, contiene normas de fondo y de forma, procesales y procedimentales. Establece objetivos e instrumentos de política y de gestión ambiental, regula respecto a los procedimientos administrativos y el proceso judicial en materia ambiental, regula sobre el daño y seguro ambiental, y como cuestión cardinal, instituye principios de interpretación y de aplicación de las normas ambientales¹⁰⁸

Es decir que tenemos, como leyes de PMPA a la LGA 25.675, que es “ley marco”, y además leyes de PMPA que regulan sobre cuestiones ambientales específicas, sectoriales (Ley 25.612¹⁰⁹ de Gestión Integral de Residuos Industriales y de Actividades de Servicios, Ley 25.670¹¹⁰ de Gestión y Eliminación de los PCBs, Ley 25.688¹¹¹ de Gestión Ambiental de Aguas, Ley 25.831¹¹² de Libre Acceso a la Información Pública Ambiental, Ley 25.916¹¹³ de Gestión de Residuos Domiciliarios, Ley 26.331¹¹⁴ de Protección Ambiental de los Bosques Nativos, Ley 26.562¹¹⁵ de Control de las Actividades de Quema, Ley 26.339¹¹⁶ de Protección Ambiental de Glaciares y del Ambiente Periglacial, Ley 26.815¹¹⁷ de Manejo del fuego, ley 27.279¹¹⁸ de Gestión de los envases vacíos de fitosanitarios y ley 27520¹¹⁹ de Adaptación y mitigación al cambio climático global).

Hecha esta salvedad sobre las leyes de PMPA, ahora debemos volver a la LGA, norma marco, para ver como define allí al término PMPA, cual es su contenido, y que entiende la doctrina y la jurisprudencia al respecto.

En relación al término PMPA el artículo 6 de la LGA establece que se entiende por presupuesto mínimo de protección ambiental 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

¹⁰⁶ Así las denomina parte de la doctrina, ver en tal sentido: Esain, José, Alberto. Competencias ambientales, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008. y Esain, José Alberto y Gabriela García Minella. Derecho ambiental en la provincia de Buenos Aires, Tomo I, - 1a. ed. - Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2013, p. 112.

¹⁰⁷ Así se explica claramente en Esain, José Alberto y Gabriela García Minella. Derecho ambiental en la provincia de Buenos Aires.... Ob. Cit. p. 112.

¹⁰⁸ Las cuales mantendrán su vigencia siempre y cuando no se opongan a lo regulado en la LGA, conforme a los art. 1, 2, 3, 4 y 5 de la LGA.

¹⁰⁹ Sancionada: 03/07/2002, Promulgada Parcialmente: 25/07/2002, Publ. B.O. 29/07/2002.

¹¹⁰ Sancionada: 23/10/2002, Promulgada: 18/11/2002, Publ. B.O.: 19/11/2002.

¹¹¹ Sancionada: 28/11/2002, Promulgada: 30/12/2002, Publ. B.O.: 03/01/03.

¹¹² Sancionada: 26/11/2003, Promulgada de Hecho 06/01/2004, Publ. B.O.: 07/01/2004.

¹¹³ Sancionada: 04/08/2004, Promulgada parcialmente: 03/09/2004, Publ. B.O.: 07/09/2004.

¹¹⁴ Sancionada: 28/11/2007, Promulgada de Hecho: 19/12/2007; Publ. B.O.: 26/12/2007.

¹¹⁵ Sancionada: 18/11/2009, Promulgada: 15/12/2009, Publ. B.O.: 16/12/2009.

¹¹⁶ Sancionada: 30/09/2010, Promulgada de Hecho: 28/10/2010, Publ. B.O.: 28/10/2010.

¹¹⁷ Sancionada: 28/11/2012, Promulgada: 10/01/2013, Publ. B.O.: 16/01/2013.

¹¹⁸ Sancionada: 14/09/2016, Promulgada: 06/10/2016, Publ. B.O.: 11/10/2016.

¹¹⁹ Sancionada: 20/11/2019, Promulgada: 18/12/2019, Publ. B.O.: 20/12/2019.

ambiental. En su contenido, debe prever las condiciones necesarias para garantizar la dinámica de los sistemas ecológicos, mantener la capacidad de carga y, en general, asegurar la preservación ambiental y el desarrollo sustentable”¹²⁰.

Conforme la cátedra platense Humberto QUIROGA LAVIÉ, Miguel BENEDETTI, María de las Nieves CENICACELAYA¹²¹, “(...) Por presupuestos mínimos se entiende normas de base, umbral, comunes -en el sentido que constituyen denominador común-, sobre las cuáles se va a construir el edificio total normativo de la tutela ambiental en la Argentina, de organización federal. En consecuencia, constituye, legislación uniforme en sus condiciones de línea o como lo destacan otros autores: de uniformidad relativa, de piso inderogable¹²² (...)”

En definitiva, sostiene FALBO¹²³, los PMPA son institutos básicos comunes para todo el territorio nacional que son plenamente operativos y eficaces en cada provincia -y municipio-, a excepción de que exista en la provincia -o municipio- una norma local que provea mejor, más ampliamente y en mayor grado a la tutela del ambiente.

En cuanto al contenido material de las normas de PMPA, coincidimos con CAFFERATTA¹²⁴, quien, manifiesta en coincidencia con otros doctrinarios que “(...) El contenido material de las normas de PMPA es amplio, diverso, transversal. Sostenemos el carácter “mixto”, “híbrido”, de las normas de presupuestos mínimos de protección ambiental. Así pueden ubicarse dentro del derecho público y/o privado, a su vez, muchas de estas reglas son de orden público (Mario VALLS; Jorge BUSTAMANTE ALSINA; Humberto QUIROGA LAVIÉ, Guillermo CANO); asimismo lo ha reconocido abundante jurisprudencia en la temática, in re “BRETTI, Miguel c. ENRE”, Sala II, C. Federal de Bahía Blanca, 17.03.99; “SUBTERRÁNEOS DE BUENOS AIRES C. PROPIETARIOS ESTACIÓN DE SERVICIO SHELL DE CALLE LIMA e/ Estados Unidos e Independencia”, Sala H, C. Nacional de Apelaciones Capital, 01.10.99 (...)”

Según CAFFERATTA¹²⁵, la “normativa de PMPA podrá abordar cuestiones ambientales conteniendo reglas de técnicas jurídicas de fondo o sustantivo, como asimismo normas de forma, rituales o de proceso, e inclusive administrativas, en la medida que siendo de presupuesto mínimo de protección del ambiente, resulten razonablemente necesarias para cumplir con este objetivo”.

“La referida amplitud de los presupuestos mínimos al punto de operar a los fines procesales y administrativos -y por lo tanto de procedimiento administrativo, viene confirmada normativamente por la ley 25.675 de Política Ambiental Nacional cuando define en su artículo 6º a los presupuestos mínimos como “toda norma que concede una tutela ambiental”¹²⁶.

Es decir, que, siguiendo a FALBO¹²⁷, “... no interesa la materia que regule, sino aquello que queda regulado. Si lo normado por una norma nacional persigue la tutela del ambiente debe ser tomado como un presupuesto mínimo para todo el territorio nacional sin importar que la materia que regula sea procesal, administrativa o de procedimiento administrativo...”

120 Cafferatta, Néstor en la obra Cafferatta, Néstor (Director)- en coautoría con Lorenzetti, Pablo – Rinaldi, Gustavo – Zonis, Federico Ob. Cit. p. 93.

121 Cafferatta, Néstor en la obra Cafferatta, Néstor (Director)- en coautoría con Lorenzetti, Pablo – Rinaldi, Gustavo – Zonis, Federico.... Ob. Cit. p. 75.

122 Cafferatta, Néstor en la obra Cafferatta, Néstor (Director)- en coautoría con Lorenzetti, Pablo – Rinaldi, Gustavo – Zonis, Federico.... Ob. Cit. p.75.

123 Cafferatta, Néstor en la obra Cafferatta, Néstor (Director)- en coautoría con Lorenzetti, Pablo – Rinaldi, Gustavo – Zonis, Federico.... Ob. Cit. p.75.

124 Cafferatta, Néstor en la obra Cafferatta, Néstor (Director)- en coautoría con Lorenzetti, Pablo – Rinaldi, Gustavo – Zonis, Federico.... Ob. Cit. p.76.

125 Cafferatta, Néstor en la obra Cafferatta, Néstor (Director)- en coautoría con Lorenzetti, Pablo – Rinaldi, Gustavo – Zonis, Federico.... Ob. Cit. p.76.

126 Cafferatta, Néstor en la obra Cafferatta, Néstor (Director)- en coautoría con Lorenzetti, Pablo – Rinaldi, Gustavo – Zonis, Federico.... Ob. Cit. p.78.

127 Cafferatta, Néstor en la obra Cafferatta, Néstor (Director)- en coautoría con Lorenzetti, Pablo – Rinaldi, Gustavo – Zonis, Federico.... Ob. Cit. p.78.

Por lo expuesto, concluye Guido TAWIL¹²⁸, “puede que una norma de presupuesto mínimo, contenga reglas que conlleve modificaciones del régimen común del Código Civil y/o del Código Penal u otra legislación de fondo, en materia ambiental, pero también incluya regulaciones que avanza sobre normativas locales del derecho administrativo o del derecho procesal ambiental. Por tal motivo, por extensión, bien puede decirse que la misma (en la medida que responde a la estructura dispuesta por nuestros constituyentes de 1994) implica “un cambio sustancial en materia de atribución de competencias entre la Nación y las provincias respecto del esquema constitucional anterior””.

En resumen, de acuerdo a lo expuesto, en nuestro ordenamiento jurídico encontramos normas de PMPA, que son leyes de PMPA que dicta la Nación, como la LGA (que es además ley marco), y otras leyes de PMPA, que regulan sobre cuestiones ambientales específicas “sectoriales”. Y, a su vez, esas leyes de PMPA, contienen normas (de forma y de fondo) que son también PMPA, puesto que son normas que conceden una tutela ambiental uniforme o común para todo el territorio nacional, plenamente operativas, sin necesidad de adhesión ni de las provincias no de los municipios.

4.b. Aplicación jurisprudencial

En la Provincia de Buenos Aires, la SCBA, ha aplicado concretamente las normas de PMPA a supuestos locales en reiterados fallos. A fin de no exceder los objetivos de este trabajo, solo haremos mención a que esa línea jurisprudencial se inició con el precedente "**Dougherty**"¹²⁹, donde el tribunal refiere en varios pasajes, como sustento normativo de la decisión, al unísono, tanto a las normas locales como a la ley nacional 25.675, que establece PMPA, para continuar con "**Asociación Civil Nuevo Ambiente v. CEAMSE**"¹³⁰ y definitivamente en el precedente "**Granda**"¹³¹, como bien señala FALBO¹³². A nivel Nacional, la CSJN, también se ha manifestado respecto al alcance y contenido de la LGA, en reiteradas oportunidades, a título de ejemplificativo citaremos solo algunos de los fallos al respecto.

En las causas "**Ministerio Público Fiscal c/Río Negro**" y "**Schröder**" el Máximo Tribunal Nacional afirmó que: "... la Ley General del Ambiente 25.675, establece en su artículo 6° los presupuestos mínimos que el artículo 41 de la Constitución Nacional anticipa, fija los objetivos y los principios rectores de la política ambiental, y los instrumentos de gestión para llevarla a cabo (artículos 2°, 4° y 8°)"¹³³.

En igual sentido, en las causas "**Asociación Ecológica Social de Pesca, Caza y Náutica**", "**Salas**" "**Ministerio Público Fiscal c/Río Negro**" y "**Schröder**", ha expresado la CSJN, que: "... La referida ley [la LGA] ha instaurado un régimen jurídico integrado por disposiciones sustanciales y procesales - destinadas a regir las contiendas en las que se discute la responsabilidad por daño ambiental-, y ha consagrado principios ordenatorios y procesales aplicables al caso, y que deben ser estrictamente cumplidos, resguardando y concretando así la vigencia del principio de legalidad que impone a ciudadanos y autoridades la total sujeción de sus actos a las previsiones contenidas en la ley..."¹³⁴.

¹²⁸ Cafferatta, Néstor en la obra Cafferatta, Néstor (Director)- en coautoría con Lorenzetti, Pablo – Rinaldi, Gustavo – Zonis, Federico.... Ob. Cit. p. 81.

¹²⁹ SCBA., "Dougherty, Cristian y otros v. Municipalidad de La Plata. Amparo", B. 64.464, res. del 31/3/2004.

¹³⁰ SCBA. "Asociación Civil Nuevo Ambiente-Centro Vecinal Punta Lara v. CEAMSE", 20/12/2006.

¹³¹ SCBA., "Granda, Aníbal y otros v. Edelap", ", Ac. 93.412. Sent. 02/11/2005, RDAMB. 12-31 y ss

¹³² Falbo, Aníbal J. La fórmula constitucional de los presupuestos mínimos, ¿un algoritmo para todo caso ambiental? RDAMB 42, 11/06/2015, 258. P. 2. Cita Online: AR/DOC/4875/2015.

¹³³ Ministerio Público Fiscal de la Nación c/ Río Negro, Provincia de y otros s/ amparo (daño ambiental), Corte Suprema de Justicia de la Nación, 7 de mayo de 2013. Schröder, Juan y otros c/ Buenos Aires, Provincia de y otros, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 1 de agosto de 2013.

¹³⁴ Asociación Ecológica Social de Pesca, Caza y Náutica c/ Buenos Aires, Provincia de y otros s/ daños y perjuicios, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 12 de agosto de 2008; Salas, Dino y otros c/ Salta, Provincia de y Estado Nacional s/ amparo, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 13 de diciembre de 2011; Ministerio Público Fiscal de la Nación c/ Río Negro, Provincia de y otros s/ amparo (daño ambiental), Corte Suprema de Justicia de la Nación, 7 de mayo de 2013. Schröder, Juan y otros c/ Buenos Aires, Provincia de y otros, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 1 de agosto de 2013.

5. LOS PRESUPUESTOS MÍNIMOS DE PROTECCIÓN AMBIENTAL COMO PRINCIPIOS EN LA LEY GENERAL DEL AMBIENTE

5.a. Alcance y función

En este título nos focalizaremos en otra de las dimensiones de los PMPA, la dimensión “principista”. Como hemos adelantado, los PMPA, no son solo normas y una mecánica de aplicación de tales normas, sino que también son principios de interpretación, contenidos en la LGA (arts. 3, 4 y 5) y en las normas de PMPA “sectoriales”¹³⁵.

En tal sentido el artículo 3 de la LGA expresa: “La presente ley regirá en todo el territorio de la Nación, sus disposiciones son de orden público, y se utilizarán para la interpretación y aplicación de la legislación específica sobre la materia, la cual mantendrá su vigencia en cuanto no se oponga a los principios y disposiciones contenidas en ésta”.

Seguidamente en los artículos 4 y 5, la LGA enumera específicamente los Principios de Política Ambiental, aplicables a la materia, estableciendo que “ 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”.

En particular, los principios a los que hace expresamente la LGA son los siguientes: Principio de congruencia, Principio de prevención, Principio precautorio, Principio de equidad intergeneracional, Principio de progresividad, Principio de responsabilidad, Principio de subsidiariedad, Principio de sustentabilidad, Principio de solidaridad, Principio de cooperación, y el denominado por la doctrina “Principio de Integración”, en el artículo 5º, según el cual “Los distintos niveles de gobierno integrarán en todas sus decisiones y actividades previsiones de carácter ambiental, tendientes a asegurar el cumplimiento de los principios enunciados en la presente ley”.

Es central entender entonces que es un principio y como se aplican los principios ambientales en materia ambiental.

Explica Ricardo LORENZETTI¹³⁶, que “El principio recepta los valores y ordena cumplirlos en la mejor medida posible. Por lo dicho, es una norma jurídica “prima facie” es decir, inacabada, no contiene un supuesto de hecho ni es determinado, sino por el contrario, es abierto. “El principio es un mandato, ordena hacer algo, pero no lo dice de modo preciso ni en relación a un supuesto de hecho, como lo hace la regla, sino en la mejor medida posible. Por ello es un mandato de optimización, y ordena la realización de un valor en el nivel más pleno posible. El nivel óptimo de cumplimiento de un principio surge de un juicio de ponderación con otros principios competitivos. Por lo tanto, el modo de aplicar un principio es el juicio de ponderación, es decir, medir el peso de cada principio en el caso”.

Para Guillermo MALM GREEN y James W. SPENSLEY, citados por CAFFERATTA¹³⁷, “el derecho ambiental como rama del Derecho reposa sobre una serie de principios jurídicos que se encuentran su fundamento en la auto conservación del medio ambiente y que están dotados de autonomía propia. Estos principios jurídicos 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, transformándose en pautas rectoras de protección del medio ambiente”.

¹³⁵ Usaremos el término “sectoriales”, para las leyes de PMPA que regulan sobre cuestiones ambientales específicas, como ya manifestamos, siguiendo a Esain, José, Competencias ambientales, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008, y a Gabriela García Minella (Ob. Cit)

¹³⁶ Lorenzetti, Ricardo Luis. Teoría del Derecho Ambiental, 1ª ed. 1ª reimp. Buenos Aires: La Ley, 2009, p.68.

¹³⁷ Malm Green, Guillermo; Spensley, James W. "Aproximación a una teoría de los principios del derecho ambiental", LA LEY, 1994-D, 986, citados en Cafferatta, Néstor A. Ley 25.675 General del Ambiente. Comentada, interpretada y concordada. DJ2002-3, 1133 - Antecedentes Parlamentarios 2003-A, 01/01/2003, 673 p. 4.

En cuanto a las funciones de los principios, son numerosas y de gran trascendencia, entre ellas, como bien sintetizan, Ricardo LORENZETTI y Pablo LORENZETTI¹³⁸ “1. Integrativa: es un instrumento técnico para colmar una laguna del ordenamiento, 2. Interpretativa: es un modo de subsumir el caso en un enunciado amplio. Ayuda al intérprete a orientarse en la interpretación correcta, adecuándola a los valores fundamentales. 3. Finalística: son orientaciones de una regulación posible en materia legislativa o de políticas públicas. 4. Delimitadora: constituyen lineamientos básicos que permiten establecer un límite, al igual que los valores a las bruscas oscilaciones de la reglas. En el proceso de la decisión judicial, confiéndole un marco de actuación. 5. Fundante: ofrecen u valor par fundar internamente el ordenamiento, y dar lugar a creaciones pretorianas.”

5.b. Aplicación jurisprudencial

La aplicación de los principios ambientales es amplia en la jurisprudencia de nuestro país, pues, ellos han sido claves en la fundamentación y diseño de valiosas sentencias de índole ambiental. Por ello aclaramos que, a los fines de este trabajo, nos referiremos tan solo a un grupo de precedentes de la CSJN, que hemos estimado de relevancia para comprender la dimensión “principista de los PMPA” y la función y alcance de los principios ambientales, sin puntualizar en cada uno de los principios en particular.

Respecto a la implementación de los principios en la jurisprudencia de la CSJN se destaca su aplicación en la redefinición y transformación de los institutos clásicos del proceso adversarial y del derecho procesal, donde se halla involucrada la tutela del ambiente.

Ha dicho la CSJN, que los principios son, “guías de conducta”, y, como veremos, ha ido más allá, al afirmar que los principios ambientales “obligan a actuar” e “imponen” y que “constituyen el armazón estructural de la regulación de la especialidad e informan todo el sistema de derecho ambiental”.¹³⁹ También se ha referido al deber de efectuar un juicio de ponderación entre los principios involucrados.

En la causa “**Asociación Multisectorial**”¹⁴⁰ la CSJN, se refiere al principio de precautorio, manifestando que:

“Que la aplicación de principio precautorio establece que, cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la ausencia de información o certeza científica no debe utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces, en función de los costos, para impedir la degradación del medioambiente (art. 4º de la ley 25.675), lo que no puede confundirse con la idoneidad de la acción meramente declarativa. El primero es un **principio jurídico de derecho sustantivo**, mientras que la segunda es una regla de derecho procesal. De tal modo, una vez que se acredita el daño grave e irreversible, **el principio obliga a actuar** aun cuando exista una ausencia de información o certeza científica, debiéndose efectuar un **juicio de ponderación con otros principios** y valores en juego. **El principio es una guía de conducta**, pero los caminos para llevarla a cabo están contemplados en la regulación procesal, que establece diferentes acciones con elementos disímiles, precisos y determinados, que no pueden ser ignorados en una decisión que no sea contra legem”.¹⁴¹

En la causa “**Mendoza**”¹⁴², la CSJN, aplica los principios ambientales al resolver una excepción de defecto legal. En miras a esa finalidad, el fallo sintetiza en bloque los argumentos que justifican el tratamiento diferenciado de las excepciones en un proceso de índole ambiental, en virtud de la existencia de principios que le son propios y que se apartan diametralmente de aquellos aplicables en los procesos clásicos (donde se tutelan intereses de tipo patrimonial, individuales), haciendo referencia a que los principios ambientales “imponen”.

¹³⁸ LORENZETTI, Ricardo L. - LORENZETTI, Pablo, "Derecho Ambiental", Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2018. p. 110. Citando a Alexy, Robert, Sistema Jurídico, principios jurídicos y razón práctica, en Doxa, 1988, Nro5, p. 287; LARENZ, Karl, Derecho Justo. Fundamentos de ética jurídica. Civitas, Madrid, 19885, p. 36. y LASARTE, Carlos, Principios de Derecho Civil, Tribium, Madrid, 1992, t. 1, pág. 79 y 80.

¹³⁹ Ver citas en los casos citados seguidamente.

¹⁴⁰ Asociación Multisectorial del Sur en Defensa Del Desarrollo Sustentable c/ COMISIÓN NACIONAL DE ENERGÍA ATÓMICA, voto del doctor Ricardo LORENZETTI, sent. del 26/05/2010. Fallos: 333:748.

¹⁴¹ El resaltado es nuestro.

¹⁴² Mendoza, Beatriz S. y Otros C/ Estado Nacional Y OTROS . CSJN. Sent. del 19/02/2015. Fallos: 338:80

En esa línea argumental, el Tribunal sostiene: “Que, por su lado, los principios de prevención, precautorio, de progresividad, de responsabilidad y de solidaridad -según lo dispone el artículo 4° de la mencionada norma- **imponen que no deban ser mecánicamente trasladadas, ni con consideraciones meramente superficiales, los principios y reglas propios del derecho patrimonial individual** para el examen y subsunción de este tipo de pretensiones que alcanzan al medio ambiente como bien indivisible”.¹⁴³

Otra aplicación de los PMPA como “principios” de gran trascendencia para el derecho ambiental, la encontramos en reiterados precedentes de la CSJN, respecto a la resolución de medidas cautelares ambientales. A título ejemplificativo, podemos citar los fallos “**Salas**”¹⁴⁴, “**Kersich**”¹⁴⁵ y “**Cruz**”¹⁴⁶, donde la CSJN, la resuelto las medidas cautelares, enfocándose desde la óptica de los principios ambientales, en particular los principios preventivo y precautorio (Art. 4 LGA 25.675).¹⁴⁷

En el precedente “**Salas**” la CSJN manifestó que: “...**El principio precautorio produce una obligación** de previsión extendida y anticipatoria a cargo del funcionario público. Por lo tanto, no se cumple con la ley si se otorgan autorizaciones sin conocer el efecto, con el propósito de actuar una vez que esos daños se manifiestan. Por el contrario, el administrador que tiene ante sí dos opciones fundadas sobre el riesgo debe actuar precautoriamente, y obtener previamente la suficiente información a efectos de adoptar una decisión basada en un adecuado balance de riesgos y beneficios. La aplicación de este principio implica armonizar la tutela del ambiente y el desarrollo, mediante un juicio de ponderación razonable. Por esta razón no debe buscarse oposición entre ambos, sino complementariedad, ya que la tutela del ambiente no significa detener el progreso, sino por el contrario, hacerlo más perdurable en el tiempo, de manera que puedan disfrutarlo las generaciones futuras...”

En la causa “**Kersich**”, la CSJN puntualizó: “...En el caso resulta de fundamental importancia el derecho de acceso al agua potable y la aplicación del principio de prevención y, aun en la duda técnica, del principio precautorio, como sustento de ese derecho” (Considerando 12 in fine). “... estando en juego el derecho humano al agua potable deberá mantenerse la cautelar dispuesta por el tribunal de origen, con base en los principios de prevención y precautorio, hasta tanto se cumpla con lo ordenado...” (Considerando 13 in fine).

En la misma línea, en la causa “**Cruz**”, la CSJN expresó: “Que 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 Código de Minería). En ese sentido, esta Corte ha sostenido 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 (CS, Fallos 329:2316)”.

En igual sentido, resaltó el Tribunal, en la causa “**Cruz**” que: “...Es a la luz de estos principios -que apuntan a constituir a las medidas cautelares en medios idóneos para hacer efectivos los propósitos y fines perseguidos por el art. 41 de la Constitución Nacional (Fallos: 329: 3493) que deben entenderse las facultades que el art. 32 de la Ley General del Ambiente otorga a la autoridad judicial interviniente con

¹⁴³ El resaltado es nuestro.

¹⁴⁴ “Salas, Dino y otros c/ Salta, Provincia de y Estado Nacional, s/ Amparo” CSJN, sent. del 26/03/2009, Fallos 332:663).

¹⁴⁵ “Kersich, Juan Gabriel y otros c/ Aguas Bonaerenses S.A. y otros s/ amparo”, CSJN, sent. del 02/12/2014.

¹⁴⁶ Cruz, Felipa y otros c/ Minera Alumbreira Limited y otro s/ Sumarísimo, CSJN, sent, del 23/02/2016. Fallos 339:142.

¹⁴⁷ Para ampliar se recomienda la lectura de FALBO, Aníbal J. La medida cautelar ambiental en el proceso colectivo ambiental. Publicado en: Sup. Amb. 10/03/2017, dicho autor explica que este principio – precautorio- “tiene carácter vinculante y produce como lo dijo en el caso ‘Salas, Dino y otros c. Salta Provincia y otro’, en un fallo del 26/02/09, la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, una obligación de previsión extendida y anticipatoria” según Cafferatta en “El principio precautorio” (2014: 5). Cita online: AR/DOC/4311/2013.

el objeto de disponer todas las medidas necesarias para ordenar, conducir o probar los hechos dañosos en el proceso, a fin de proteger efectivamente el interés general...”.

En la causa “**Fernández**”¹⁴⁸, la CSJN, se refirió a que los principios constituyen el armazón estructural de la regulación de la especialidad e informan todo el sistema de derecho ambiental, aun en cuestiones de competencia, expresando que: “ la aplicación y la interpretación de la ley, y de toda otra norma a través de la cual se ejecute la política ambiental, estará sujeta al cumplimiento de los principios, establecidos en el art. 4° de la ley 25.675 General del Ambiente, que se deben integrar (art. 5°), en todas las decisiones de carácter ambiental. En este contexto, se destaca que por el art. 4° de dicha ley, el principio de congruencia, el principio de prevención, el principio precautorio, y el principio de sustentabilidad, para resaltar, algunos de los más relevantes, entre otros, constituyen el armazón estructural de la regulación de la especialidad, no debiendo el juez, perder de vista la aplicación de los mismos, que informan todo el sistema de derecho ambiental, aun en cuestiones de competencia”.

Sumado a lo expuesto, es trascendente subrayar que la CSJN, además de hacer aplicación de los principios ambientales enumerados en la LGA, en numerosos fallos, también lo ha hecho de otros principios ambientales implícitamente incluidos en la LGA, en virtud del artículo 41 de la CN, como los son el “**principio reparatorio**”¹⁴⁹ y los principios “**in dubio pro agua**” e “**in dubio pro natura**”¹⁵⁰.

Es así como en el precedente “ **Majul**”¹⁵¹ el Máximo Tribunal de nuestro país afirma que: “ ...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 Agua**, 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).”

En síntesis, hemos visto otra de las dimensiones del término PMPA, los PMPA como principios ambientales.

5.c. Los principios ambientales en el Acuerdo de Escazú

Antes seguir avanzando, debemos hacer una digresión, para hacer referencia a la Ley 27.566¹⁵², por la cual Argentina adhirió al “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”, (en adelante “Escazú”) celebrado el 4 de marzo de 2018 en Escazú, Costa Rica¹⁵³.

Nos detenemos en Escazú, por cuanto, enumera en su art. 3 una serie de principios para su implementación, en concreto los siguientes: “ 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

¹⁴⁸ Fernández, Miguel Ángel s/ infracción ley 24.051. Sent. del 22/8/2019. Fallos: 342:1327.

¹⁴⁹ Considerando 15 del precitado caso” Mendoza”

¹⁵⁰ Majul, Julio Jesús c/ Municipalidad de Pueblo General Belgrano y otros s/ acción de amparo ambiental.” CSJN, sent. del 11/07/2019, Fallos: 342:1203.

¹⁵¹ (Considerando 13).

¹⁵² Ley 27.566, Publicada en el B.O: 19/10/2020.

¹⁵³ Conforme al art. 1 de Escazú. “El objetivo del presente Acuerdo 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, 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”.

de progresividad; 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".

Tales principios, como así también las normas contenidas en Escazú, constituyen "un piso mínimo o básico para cada Estado Parte, ello surge del artículo 4.7, según el cual: "Nada de lo dispuesto en el presente Acuerdo limitará o derogará otros derechos y garantías más favorables establecidos o que puedan establecerse en la legislación de un Estado Parte o en cualquier otro acuerdo internacional del que un Estado sea parte, ni impedirá a un Estado Parte otorgar un acceso más amplio a la información ambiental, a la participación Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación pública en los procesos de toma de decisiones ambientales y a la justicia en asuntos ambientales".

Por esa razón, cuando en algún Estado Parte se encontrarán regulados dispositivos que optimizan, potencian, mejoran o fortalecen la protección del ambiente, se aplicarán por sobre los que se hallan en Escazú, en todo lo que superen el piso establecido por este último. Así lo explica FALBO¹⁵⁴ en relación a la participación ambiental, con quien coincidimos.

6. LOS PRESUPUESTOS MÍNIMOS DE PROTECCIÓN AMBIENTAL EN EL ART. 241 DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN

En este título, cabe hacer mención a la incorporación, en el año 2015, de los PMPA en el artículo 241 del CCyC, el cual expresa "Cualquiera sea la jurisdicción en que se ejerzan los derechos, debe respetarse la normativa sobre presupuestos mínimos que resulte aplicable".

Como ya lo hemos expresado¹⁵⁵ entendemos que la irrupción de los PMPA en el CCyC constituye una innovación superadora y conteste con la materia ambiental, por cuanto "tiene un puente, que permite la unión e integración normativa, entre dos subsistemas, el civil y el ambiental, confluyendo este esquema en un nuevo sistema jurídico para la optimización de la normativa aplicable, cuyo fin debe ser asegurar la eficacia del derecho constitucional al ambiente sano".

En tal sentido, coincidimos con ESAIN y FALBO¹⁵⁶, quienes afirman que lo normado en el artículo 241 del CCyC, implica que los PMPA, se incorporan al CCyC, en todas sus área o planos, "**como normas específicas¹⁵⁷, como catálogo de principios ambientales prevalentes y como mecánica de aplicación normativa de integración maximizadora**".¹⁵⁸

Es decir que las dimensiones del término PMPA a las que nos referimos en este artículo, -PMPA como normas, como principios de interpretación y como mecánica constitucional de aplicación de las normas-, también se expanden al CCyC, legislación de fondo.

En cuanto a la dimensión normativa de los PMPA - como "normas" en el CCyC-, la conclusión de ESAIN y FALBO¹⁵⁹ es que "el art. 241 plantea, sin duda, la integración entre las normas de presupuestos mínimos ambientales y el derecho de fondo del CCyC. De esa forma ambas vertientes normativas confluyen y se unen generando un solo material normativo, que será el que resulte de seleccionar las normas de cada fuente normativa que mejor tutele al ambiente".

¹⁵⁴ Falbo, Aníbal J. Acuerdo de Escazú (Ley 27.566): una maquinaria eficaz, concreta y sofisticada para la participación ambiental de los habitantes. LA LEY 09/11/2020, 09/11/2020, 1. Cita Online: AR/DOC/3683/2020

¹⁵⁵ Cosentino, Gabriela M. - Lorenti, Melina. La mecánica de los presupuestos mínimos y la responsabilidad civil ambiental resarcitoria en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. RD Amb 43, 15/09/2015, 77 Cita Online: AR/DOC/5096/2015.

¹⁵⁶ Esain, José Alberto. Falbo, Aníbal J. El Código Civil y Comercial y el ambiente....Ob. cit. p.3.

¹⁵⁷ La primera conclusión de Esain y Falbo es que "el art. 241 plantea, sin duda, la integración entre las normas de presupuestos mínimos ambientales y el derecho de fondo del CCyC. De esa forma ambas vertientes normativas confluyen y se unen generando un solo material normativo, que será el que resulte de seleccionar las normas de cada fuente normativa que mejor tutele al ambiente". Esain, José Alberto. Falbo, Aníbal J. El Código Civil y Comercial y el ambiente....Ob. cit. p.4 y ss.

¹⁵⁸ El resaltado es nuestro.

¹⁵⁹ Esain, José Alberto. Falbo, Aníbal J. El Código Civil y Comercial y el ambiente....Ob. cit. p.4 y ss.

Respecto a la dimensión de los PMPA como “principios”, según ESAIN y FALBO¹⁶⁰, la consecuencia es “... la irrupción de principios ambientales en el CCyC, especialmente regulados en la LGA art. 4º. De esa forma tales principios se deberán de aplicar en los casos ambientales en materia civil y comercial, incluso de manera preeminente a otros principios propios del derecho civil o comercial, si con su utilización en el razonamiento jurídico se permite cumplir mejor el mandato constitucional del art. 41 y optimizar la protección del ambiente.”

En cuanto a la dimensión constitucional de los PMPA en el artículo 241 del CCyC, -aquella según la cual los PMPA constituyen una mecánica constitucional de aplicación de las normas, que hace prevalecer la aplicación del material normativo que mejor y más ampliamente protege al ambiente- como lo hemos expresado¹⁶¹, entendemos que constituye una innovación por cuanto, desde la reforma constitucional de 1994 hasta la fecha, la mecánica de presupuestos mínimos se aplicó sólo verticalmente, es decir exclusivamente para la optimización de la legislación local provincial y municipal —procesal y procedimental—, pero nunca para optimizar la legislación de fondo, como en el caso que nos ocupa.

Es decir que, según esta mecánica constitucional de PMPA de aplicación (...) en un caso concreto, conforme al artículo 241 CCC, se aplicará el presupuesto mínimo previsto en la normativa nacional, pero ante la existencia de una norma en el CCyC que provea más ampliamente a la protección se deberá optar por esta última es decir, la norma civil, en tanto sea más protectoria, descartando aquella menos tuitiva. Es decir que el operador jurídico, en materia ambiental a través del art. 241, tiene las herramientas para interpretar y aplicar la normativa civil y ambiental, como un sistema.”

Unido a lo expuesto, FALBO¹⁶², sostiene que el artículo 241 CCyC “termina por determinar que entre el Derecho Privado 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”.

En tal sentido, concluye FALBO, que la proyección de la LGA, a través del artículo 241 CCyC, abarca y regula también los daños individuales y por tanto se aplica a los Derechos Individuales Ambientales, en tal sentido “toda norma del Cód. Civ. y Com. que se aplique en un caso ambiental quedará redefinida, o suplantada, por la LGA, en la medida que esta última optimice, facilite y mejore la tutela y reparación o indemnización del individuo humano, o de un grupo de personas humanas, frente a afectaciones o daños ambientales. Así surge un sistema de Responsabilidad Civil optimizado, por la selección del mejor material normativo proveniente de los dos sistemas indicados (la LGA y el Cód. Civ. y Com.), es decir el que permite sintetizar la mejor combinación normativa en pos de lograr la más justa, integral, eficaz y tempestiva indemnización a los individuos humanos, o la prevención en su caso”.

En resumen, el artículo 241, ha consagrado la irrupción de los PMPA en el CCyC, en todas sus dimensiones, es decir PMPA como normas, PMPA como principios de interpretación de esas normas y PMPA como mecánica constitucional de las normas en cuestiones ambientales.

Esta interpretación es la que más se condice con el deber jurídico de tutelar en ambiente previsto en el artículo 41 de la CN, puesto que cuando está involucrada la protección jurídica del ambiente, es el artículo 41 de la CN la matriz a la cual debe ajustarse toda la normativa infraconstitucional y las lecturas que de ella se hagan.

En esa línea argumental, la CSJN, ya ha consagrado esta irrupción del derecho ambiental al sostener, por ejemplo en la causa “**Atuel**”¹⁶³ que : “ El ambiente no es para la Constitución Nacional un objeto destinado 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

¹⁶⁰ Esain, José Alberto. Falbo, Aníbal J. El Código Civil y Comercial y el ambiente....Ob. cit. p. 4 y ss.

¹⁶¹ Cosentino, Gabriela M. - Lorenti, Melina. La mecánica de los presupuestos mínimos y la responsabilidad civil ambiental resarcitoria en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.....Ob. Cit.

¹⁶² Falbo, Aníbal J. La transmutación ambiental de los derechos individuales. RDAMB 63, 21/08/2020, 45. P. 7. Cita Online: AR/DOC/2550/2020.

¹⁶³ La Pampa, Provincia de c/ Mendoza, Provincia de s/uso de aguas. CSJN. Sent. del 22/5/2018. Fallos: 341:560.

de la Constitución Nacional (artículo 41), que al proteger al ambiente permite afirmar la existencia de deberes positivos (...) en defensa del ambiente. En el derecho infraconstitucional se desarrollan estos deberes en la Ley General del Ambiente y en el Código Civil y Comercial de la Nación de modo coherente, tanto en el ámbito público como privado”.

7. REFLEXIONES FINALES

Como se ha expuesto al largo de estas páginas, el término PMPA es un concepto jurídico multidimensional, de gran relevancia para aplicación e interpretación del derecho en conflictos donde está involucrada la protección del ambiente, ello por cuanto:

a) Su incorporación en el artículo 41 párr.3 de la CN, con la reforma del año 1994, ha transformado la manera de legislar, aplicar e interpretar las normas en materia ambiental.

b) Constituyen por mandato constitucional una “mecánica constitucional” para la aplicación de las normas en cuestiones ambientales, según la cual ha de prevalecer aquel “material normativo”, que proteja en mayor medida el ambiente, por sobre el que lo desproteja o aminore la tutela.

c) Son normas (de forma y de fondo) que establecen una tutela ambiental uniforme o común para todo el país, plenamente operativas, sin necesidad de adhesión de las Provincias ni de los Municipios, quienes podrán complementarlas para su aplicación a nivel local, “maximizando”, aumentando, elevando, la protección, agregando un plus de protección, lo que nunca podrán hacer es disminuir el piso o base de protección normativa ambiental establecida por la Nación.

d) Son leyes, como la LGA, “Ley Marco” y las leyes de PMPA “Sectoriales”, que regulan sobre temáticas ambientales específicas. A su vez esas leyes de PMPA, contienen normas que son PMPA.

e) Son principios de interpretación de las normas en cuestiones ambientales, “guías”, a la vez nos “imponen” caminar por el sendero que nos lleve hacia la efectividad de los propósitos previstos en el artículo 41 de la CN.

f) A partir de la incorporación del artículo 241 al CCyC en la reforma del 2015, todas las dimensiones de los PMPA (es decir los PMPA como mecánica de aplicación de las normas, como leyes, como normas y como principios), irrumpen expresamente en la legislación de fondo.

Por otra parte, observamos que los PMPA han tenido un vasto desarrollo en la jurisprudencia y la doctrina, aplicándose en casos concretos en sus distintas dimensiones.

Asimismo, a partir de la adhesión de Argentina al acuerdo de Escazú, avizoramos un nuevo campo de acción para el crecimiento y aplicación de los PMPA en sus distintas dimensiones.

En conclusión, cabe encontrar en los PMPA una oportunidad, y una necesidad frente a la realidad que nos interpela; pues, en definitiva, constituyen una valiosa herramienta jurídica, útil para la protección del ambiente, pero además en expansión y crecimiento, cuya aplicación y desarrollo es y será imprescindible en estos tiempos y en los que vendrán. Ahora, ya sobre el renglón final sólo resta preguntarnos si, como abogados o habitantes, estamos dispuestos a detenernos, abrir los ojos y despertar nuestras potencialidades creativas para hacerlos valer.

DESARROLLO SUSTENTABLE

AUTOR: GONZALO AUGUSTO FLORES

SUMARIO: 1. Problemática ambiental. - 1.a ¿Cómo se relacionan la economía y el ambiente?.- 1.b Evolución histórica 2.- Aplicación práctica. ¿Qué significa externalización de costos? 3.- Aplicación teórica. Postulaciones doctrinarias 4.-¿Qué es el desarrollo sostenible? 5.- Marco legal y jurisprudencial. 5.a Marco legal internacional. 5.b Marco legal Nacional. 5.c Algunos fallos relevantes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. 6.- Reflexiones Finales

1. PROBLEMÁTICA AMBIENTAL

1. a ¿Cómo se relacionan la economía y el ambiente?

El desarrollo y crecimiento de la humanidad encontró su mayor sostén en la economía. La cual se plasmó en diversos modelos de producción. Sin embargo, los numerosos conflictos que fueron surgiendo durante la historia económica de los países, decantaron en la necesidad de “introducir la variable ambiental como componente indispensable del nuevo modelo de desarrollo”¹⁶⁴, el cual se exterioriza con el paradigma del Desarrollo Humano Sostenible y/o Sustentable.

En dicho sentido y desde un punto de vista histórico, la ciencia económica aportó tres elementos para el estudio de la problemática ambiental:

- a) su naturaleza de recursos extractivos,
- b) la calidad de vida,
- c) y la contaminación.

El ambiente como “recurso extractivo fue ampliamente desarrollado por los economistas MALTHUS Y RICARDO, en el siglo XVIII. Dichos economistas sostenían que la sobreexplotación de dichos recursos era una posible causa de estancamiento y retroceso económico.

Respecto del punto “contaminación”, se entiende a la misma como el abuso de la capacidad asimilativa del ambiente, en cuanto vertedero de residuos y desperdicios.

Para los Neoclásicos la contaminación es un problema eminentemente económico, que surge de la insuficiencia de los mecanismos del mercado para asegurar el aprovechamiento óptimo de los recursos.

La problemática economía y ambiente radica en que existe una SUBVALORACIÓN del futuro -el largo plazo-, por lo que se promueve la sobreexplotación y agotamiento, de los recursos no renovables.

La crisis ambiental vino a cuestionar la racionalidad y los paradigmas teóricos que han impulsado el crecimiento económico, negando a la naturaleza.

La falla o incapacidad del mercado para efectuar una adecuada asignación de los recursos del ambiente ha tratado de ser superada, planteando a manera de corrección, la intervención del gobierno apoyado en un cálculo de análisis costo - beneficio. Pero la incertidumbre de los efectos del deterioro ambiental, la irreversibilidad de muchos efectos ambientales, y la subjetividad y difícil cuantificación de los beneficios conspiran contra el cálculo que se postula.

La sustentabilidad ecológica aparece así como un criterio normativo para la reconstrucción del orden económico, como una condición para la sobrevivencia humana y un soporte para lograr un desarrollo durable, problematizando las bases mismas de la producción”¹⁶⁵.

Guillermo CANO, con indudable rigor terminológico y lingüístico, apoyándose en los criterios de la Real Academia Española de la Lengua, explica que sustentar es “conservar una cosa en su ser y estado”.

LORENZETTI, explica que el principio de sustentabilidad “es un límite externo al ejercicio de la actividad... La sustentabilidad se vincula con el ejercicio del derecho a la actividad, una vez aprobado éste. La sustentabilidad impone las externalidades negativas al productor y limita externamente el ejercicio del derecho dominial”¹⁶⁶

Por ello se habla de la sustentabilidad como un derecho de cuarta generación.

¹⁶⁴ Tomás Hutchinson - Aníbal J. Falbo -. Derecho Administrativo Ambiental en la Provincia de Bs AS, Librería Editora Platense 2011. Pag 22.

¹⁶⁵ Cafferatta, Néstor en la obra Cafferatta, Néstor (Director) - en coautoría con Lorenzetti, Pablo - Rinaldi, Gustavo - Zonis, Federico, Tratado Jurisprudencial y Doctrinario. Derecho Ambiental, Tomo I, La Ley, 2012, p. 133.

¹⁶⁶ Cita del libro Tomás Hutchinson - Aníbal J. Falbo -. Derecho Administrativo Ambiental en la Provincia de Bs AS, Librería Editora Platense 2011. Pag 53

1.b. Evolución histórica.

Podemos resumir la situación histórica de la relación economía y ambiente en tres etapas históricas:

Del 50' al 70': El desarrollo económico es el objetivo económico postulado por doquier. El incremento anual del Producto Bruto Nacional es el principal indicador que suele guiar esta política.

70': límites del crecimiento y sus efectos nocivos al ambiente. La contaminación provocada por ciertos efectos de la industrialización y urbanización.

Desde los 70' en adelante: Desarrollo sustentable. Media consenso en que los objetivos y mecanismo concernientes al ambiente y al desarrollo no son incompatibles, si se planifican y ordena racionalmente el aprovechamiento de los recursos y su gravitación en el espacio en que se encuentran, esto es, **promover un desarrollo que respete la capacidad de asimilación y regeneración de la biosfera.**

Gabriela GARCÍA MINELLA y José Alberto ESAIN en su libro "Derecho ambiental en la provincia de Buenos Aires" analizan dicho proceso evolutivo a través de los modelos económicos.

1) El modelo desarrollista, propio de la sociedad de consumo, surgió de la ideología de la sociedad industrial occidental, encontrando su límite a principios del siglo XX. Dicha idea del término implica en el "cambio para mejora"¹⁶⁷ entendiéndose por mejora al reemplazo del ambiente natural por los creados por el hombre; por ejemplo: la conversión de bosques o campos naturales de pastoreo en tierras afectadas a la agricultura o a la urbanización.

2) El modelo de desarrollo sostenible desde Estocolmo 1972 a Río 1992. Este modelo de producción busca un lazo entre ambiente y desarrollo. Un equilibrio "...ecológico de la Tierra, así como el propio equilibrio social de la Humanidad"¹⁶⁸. El nuevo modo de crecimiento debe estar basado en una sana utilización de los recursos naturales para la satisfacción de las necesidades presentes y futuras de la humanidad. Existe por lo tanto la responsabilidad de preservar para las generaciones por venir, un medio ambiente humano que pueda darles un nivel de vida decoroso, haciendo frente a los desbordes de una tecnología desenfrenada y al crecimiento de la población con sus secuelas de enormes presiones ecológicas sobre el medio natural.¹⁶⁹

En el 70', en Argentina, comienza el despertar de la conciencia ambiental y su consecuente constitucionalización.

A nivel internacional tenemos que mencionar en 1980 la "Estrategia mundial de la Conservación" generada por la UICN¹⁷⁰, el PNUMA¹⁷¹ y la WWF¹⁷². Este documento se centra en la conservación de los recursos biológicos e imparte orientaciones. En 1982 aparece la declaración de Nairobi de 1982. Se hizo un análisis respecto a los avances y retrocesos a diez años de Estocolmo 1972. Se señalaron problemas y acciones que en aquel momento no se habían considerado, por ejemplo la capa de ozono. El 29 de octubre de 1982 la Asamblea General de Naciones Unidas adopta la Carta de la Naturaleza mediante la resolución N° 37/7.

Desde Brundtland las Naciones Unidas ponían en discusión el modelo de desarrollo y sus perniciosas derivaciones sobre el entorno y los recursos naturales. Dicho modelo no solo busca armonizar la economía con la ecología, sino ir más allá, incluyendo elementos morales y el logro de valores sociales de distribución de riquezas e igualdad.

¹⁶⁷ Esain, José Alberto y García Minella, Gabriela-. Derecho ambiental en la provincia de Buenos Aires - 1a. ed. - Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2013.- Tomo I. Pag 19

¹⁶⁸ Tomás Hutchinson - Aníbal J. Falbo -. Derecho Administrativo Ambiental en la Provincia de Bs AS, Librería Editora Platense 2011. Pag 77

¹⁶⁹ Esain, José Alberto y García Minella, Gabriela-. Derecho ambiental en la provincia de Buenos Aires - 1a. ed. - Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2013.- Tomo I. Pag 22

¹⁷⁰ Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza Internacional (en inglés Union for Conservation of Nature).

¹⁷¹ Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente.

¹⁷² Fondo Mundial para la Naturaleza (en inglés World Wide Fund for Nature)

Por ello se llama sostenible al desarrollo que satisface las necesidades de la generación presente sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer sus propias necesidades.

3) Johannesburgo en 2002, donde surge la Estrategia Mundial ODM¹⁷³ (2000). Desde dicha fecha en adelante constituye “desarrollo sostenible”, sólo aquel que considere los parámetros económicos sociales y medioambiental óptimos, en plena intersección: debe contemporizar tres objetivos: a) medio ambiental, b) económico y c) social.

Es así que entramos a una etapa de “derecho de la sostenibilidad” en los términos de Gabriel REAL FERRER.

El modelo nuevo implica una mutación de los esquemas pues se pone énfasis y límites al hoy, en razón de algo que no es realidad.

Se verá cómo la responsabilidad se transforma en preventiva y precautoria; el poder de policía –en el que el Estado limita los derechos individuales en razón de los intereses de la comunidad– se ejercita para prevenir efectos futuros ciertos o precaver consecuencias futuras sobre las que pesa el principio de incertidumbre, siendo integrados estos principios en el ámbito de la legalidad como límite externo construido por la comunidad sobre el ejercicio de los derechos individuales

2. APLICACIÓN PRÁCTICA ¿QUÉ SIGNIFICA EXTERNALIZACIÓN DE LOS COSTOS? -

EXTERNALIDAD, en su faz negativa, es el costo que tiene una actividad productiva y que no es tomado en cuenta por el sujeto que efectúa decisiones económicas. Ya que no se hace cargo de los mismos, puesto que los transfiere a otras personas o a la sociedad como un todo.

Más que un problema de ecología versus economía (relación “eco-eco”, como lo llamó Maurice STRONG en Estocolmo), es un problema de conflicto de fines intermedios.

Siguiendo la idea de los Neoclásicos, la economía de producción solo necesita ajustes menores para los procesos de toma de decisión, sin embargo, esto no soluciona las fallas del sistema económico.

3. APLICACIÓN TEÓRICA. POSTULACIONES DOCTRINARIAS

Enrique LEFF explica que “el principio de sustentabilidad emerge en el contexto de la globalización **como la marca límite y el signo que reorienta el proceso civilizatorio de la humanidad**. La crisis ambiental vino a cuestionar la racionalidad y los paradigmas teóricos que han impulsado el crecimiento económico, negando a la naturaleza. La sustentabilidad ecológica aparece así como un criterio normativo para la reconstrucción del orden económico, como una condición para la sobrevivencia humana y un soporte para lograr un desarrollo durable, problematizando las bases mismas de la producción”¹⁷⁴.

Adriana TRIPELLI, enseña que “ante esta alarma, la comunidad científica, en un franco proceso de conversión, intentó solucionar el problema de la crisis ambiental global mediante la adopción de un nuevo paradigma. Tres fueron las principales corrientes: a) una corriente ecologista conservacionista liderada por los biólogos y ecólogos que sostenía la tesis de los límites físicos y la propuesta del crecimiento cero, paradójicamente formulada en el primer informe del Club de Roma; b) una corriente de ambientalismo moderado, principalmente avalada por los países desarrollados y liderada por Naciones Unidas; c) una corriente crítica humanista que pretendía plantear una alternativa al orden dominante representada a su vez por dos vertientes: el ECODesarrollo, integrado a la propuesta del

¹⁷³ Objetivos del Desarrollo del Milenio.

¹⁷⁴ Cafferatta, Néstor en la obra Cafferatta, Néstor (Director) - en coautoría con Lorenzetti, Pablo - Rinaldi, Gustavo - Zonis, Federico, Tratado Jurisprudencial y Doctrinario. Derecho Ambiental, Tomo I, La Ley, 2012, p. 126.

Nuevo Orden Económico Internacional de los países no alineados y el Modelo Mundial Latinoamericano de la Fundación Bariloche".¹⁷⁵

Por ello, hay que resaltar que **el progreso económico sólo se justifica si mejora la calidad de vida y el bienestar social.**

SACHS, dice que "lo que se impone es buscar un nuevo modo de desarrollo que se base en una sana utilización de los recursos, desde el punto de vista ambiental, para la satisfacción de las necesidades actuales y futuras de la humanidad"¹⁷⁶.

4.¿QUÉ ES EL DESARROLLO SOSTENIBLE?

TRIPPELLI postula la siguiente definición del Desarrollo Sostenible, "como aquel desarrollo que integra el crecimiento económico (dimensión cuantitativa) con el respeto que imponen los límites de la naturaleza y de las necesidades especiales de los países en desarrollo y economías de transición, además de la voluntad de los agentes endógenos y de una justa distribución de la riqueza, siempre bajo la figura del Estado de Derecho (dimensión cualitativa)"¹⁷⁷.

Siguiendo los fundamentos de Juan RODRIGO WALSH existen dos dimensiones del concepto desarrollo sostenible:

a) Dimensión material: desde este punto de vista, el concepto lleva implícito el reconocimiento de la capacidad de carga como concepto de "límite" fáctico -capacidad para absorber o asimilar de los ecosistemas-, actividades antrópicas y población humana, y de finitud de los recursos naturales, extinción de especies; referida a aquello que es físicamente posible de sostenerse en el tiempo, o que hace a la viabilidad ecológica; asimilable a una situación de bienestar humano que se mantiene a lo largo del tiempo. **Se apoya en una fuerte construcción científica. Aunque sugiere un fuerte vínculo con la visión economicista que le sirviera de fuente de inspiración.** Permite la adopción de mecanismos de compensación deterioros ambientales, contabilidad de un "capital constante" de bienes o recursos naturales y bienes o recursos antrópicos; necesidad de identificar los "recursos naturales o capital natural crítico" que no puede sacrificarse, modificar las formas clásicas de medir PBI, para incorporar la variable ambiental; la incorporación del principio precautorio, como instrumento de análisis racional, respecto de las cuestiones atinentes a la reversibilidad de acciones y la criticidad de los ecosistemas.

b) Dimensión axiológica, vinculada a la equidad en las posibilidades fácticas de acceso a los recursos naturales y a la participación en los beneficios colectivos o individuales que pueden fluir de la calidad ambiental. En la visión de este contexto, la sustentabilidad trasciende el campo de lo exclusivamente ambiental, y se instala en el terreno de los nuevos valores y actitudes culturales. **Denota un calificativo con fuertes tintes morales o éticos, identificado con un mandato de obrar en forma "sustentable"**. Esta última, es asimilable al empleo del término "deseable" como una ponderación de una conducta debida, susceptible de satisfacer una gama de criterios morales. Parte de la base de reconocer una nueva relación entre el Hombre y el Ambiente, de apreciación valorativa, con sustento teleológico o deontológico.

Se piensa que "desarrollo sostenible" es la unión o el lazo entre el medio ambiente y el desarrollo, como lo expresa Jorge BUSTAMANTE ALSINA, es decir el razonable punto de equilibrio

Existen tres componentes del desarrollo sostenible: el crecimiento económico, el desarrollo social y la protección del medio ambiente. Estos son los pilares interdependientes que se refuerzan mutuamente. Dichos pilares se plasmaron desde 1995, en la Cumbre Social de Copenhague.

¹⁷⁵ Cafferatta, Néstor en la obra Cafferatta, Néstor (Director) - en coautoría con Lorenzetti, Pablo - Rinaldi, Gustavo - Zonis, Federico, Tratado Jurisprudencial y Doctrinario. Derecho Ambiental, Tomo I, La Ley, 2012, p. 135.

¹⁷⁶ Cafferatta, Néstor en la obra Cafferatta, Néstor (Director) - en coautoría con Lorenzetti, Pablo - Rinaldi, Gustavo - Zonis, Federico, Tratado Jurisprudencial y Doctrinario. Derecho Ambiental, Tomo I, La Ley, 2012, p. 136.

¹⁷⁷ Cafferatta, Néstor en la obra Cafferatta, Néstor (Director) - en coautoría con Lorenzetti, Pablo - Rinaldi, Gustavo - Zonis, Federico, Tratado Jurisprudencial y Doctrinario. Derecho Ambiental, Tomo I, La Ley, 2012, p. 136.

Desde la Cumbre Río +10 el concepto desarrollo sostenible “asume entidad propia, desbordado el marco inicial de referencia que era el ambiente... ahora debemos hablar de sensibilidad integral, en la triple dimensión ecológica, económica y social, de modo que el verdadero sentido del desarrollo sostenible reside en concebirlo en su dimensión global”¹⁷⁸

5. MARCO LEGAL Y JURISPRUDENCIAL

5.a Marco legal internacional. Mención.¹⁷⁹

-INFORME GRO BRUNDTLAND:

Resoluciones N° 42/186 y N° 42/187 durante la Asamblea General de las Naciones Unidas, que en su 42ª sesión en abril de 1987 definió al desarrollo sostenible como aquel desarrollo “que satisface las necesidades de las generaciones presentes sin comprometer las posibilidades de las generaciones futuras para satisfacer las suyas.”

-DECLARACIÓN DE RÍO 1992:

Establece principios de política ambiental.

Principio 1: “Los seres humanos constituyen el centro de las preocupaciones relacionadas con el desarrollo sostenible. Tienen derecho a una vida saludable y productiva en armonía con la naturaleza”.

Principio 3: “El derecho al desarrollo debe ejercerse en forma tal que responda equitativamente a las necesidades de desarrollo y ambientales de las generaciones presentes y futuras”. Principio 4: “A fin de alcanzar el desarrollo sostenible la protección del medio ambiente deberá constituir parte integrante del proceso de desarrollo y no podrá considerarse en forma aislada”.

Principio 5: Todos los Estados y todas las personas deberán cooperar en la tarea esencial de erradicar la pobreza como requisito indispensable del desarrollo sostenible, a fin de reducir disparidades en los niveles de vida y responder a las necesidades de la mayoría de los pueblos.

Principio 8: Para alcanzar el desarrollo sostenible y una mejor calidad de vida para todas las personas, los Estados deberían reducir y eliminar las modalidades de producción y consumo insostenibles.

En la misma Conferencia Internacional de las Naciones Unidas, también denominada, “La Cumbre de la Tierra”, se aprobaron otros dos convenios internacionales: el Convenio sobre la Diversidad Biológica y el Convenio Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático, y un Programa de Acción, la llamada Agenda 21, de cuyo texto recogemos estos conceptos:

8.21. “Cada país debería formular estrategias para llevar a su máxima expresión el cumplimiento de sus leyes y reglamentos relacionados con el desarrollo sostenible (...). 8.41. Un primer paso hacia la integración de la sostenibilidad en la gestión económica es la determinación más exacta de la función fundamental del medio ambiente como fuente de capital natural y como sumidero de los subproductos generados por la producción de capital por el hombre y por otras actividades humanas. Como el desarrollo sostenible tiene dimensiones sociales, económicas y ecológicas, es también importante que los procedimientos de contabilidad nacional no se limiten a medir la producción de bienes y servicios remunerados de la forma tradicional (...) Se propone la adopción de un programa de creación de sistemas de contabilidad ecológica y economía integrada en todos los países”.

¹⁷⁸ Tomás Hutchinson - Aníbal J. Falbo -. Derecho Administrativo Ambiental en la Provincia de Bs AS, Librería Editora Platense 2011. Pag 80

¹⁷⁹ Cafferatta, Néstor en la obra Cafferatta, Néstor (Director) - en coautoría con Lorenzetti, Pablo - Rinaldi, Gustavo - Zonis, Federico, Tratado Jurisprudencial y Doctrinario. Derecho Ambiental, Tomo I, La Ley, 2012, p. 136-138.

-DECLARACIÓN DE JOHANNESBURGO:

Cumbre Mundial del Medio Ambiente en JOHANNESBURGO (Río + 10), organizada por las Naciones Unidas entre el 26 de agosto y 4 de septiembre de 2002.

En el documento “Declaración de Johannesburgo sobre el Desarrollo Sostenible”, en su preámbulo, se dice que “los representantes de los pueblos del mundo”, reunidos en esta Cumbre Mundial, “asumimos la responsabilidad colectiva de promover y fortalecer, en los planos local, nacional, regional y mundial, el desarrollo económico, desarrollo social y la protección ambiental, pilares interdependientes y sinérgicos del desarrollo sostenible”.

Resolución 2, aprueba un Plan de Aplicación de las Decisiones de la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible, que trata en diversos capítulos, la erradicación de la pobreza (II, párrafos 7- 13), modificación de las modalidades insostenibles de consumo y producción (III, párrafos 14- 23), protección y gestión de la base de recursos naturales del desarrollo económico y social (IV, párrafos 24- 46), el desarrollo sostenible en un mundo en vías de desarrollo (V, párrafos 47- 52), la salud y el desarrollo sostenible (VI, párrafos 53- 57), Marco institucional para el desarrollo sostenible (XI, párrafos 137- 170).

-DECLARACIÓN DE NUEVA DELHI:

En el año 2002, la Declaración de Nueva Delhi acerca de los Principios de Derecho Internacional relativos al Desarrollo Sustentable, sentando básicamente siete principios que configuran el desarrollo sustentable. Dichos principios son los siguientes: 1) obligación de asegurar la utilización sustentable de los recursos naturales; 2) principio de equidad y la erradicación de la pobreza; 3) principio de las responsabilidades comunes aunque diferenciadas; 4) principio del criterio de precaución aplicado a la salud humana, los recursos naturales y los ecosistemas; 5) principio de participación pública y acceso a la información y la justicia; 6) principio de buena gestión de los asuntos públicos; 7) principio de integración e interrelación en particular en materia de Derechos Humanos.

-ACUERDO DE ESCAZÚ:

En Escazú, Costa Rica, el 4 de marzo de 2018, se celebró el primer acuerdo medioambiental adoptado por la región de América Latina y el Caribe. Este acuerdo fue originado en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible (Río+20) y subraya la interdependencia establecida entre los derechos humanos y el medio ambiente.¹⁸⁰

En su artículo 3 el Acuerdo establece una lista de principios medioambientales, entre ellos: el “**principio de equidad intergeneracional**” y el “principio pro persona”.

Respecto del primer principio, parte de la doctrina explica que el Acuerdo de Escazú “... **combina la protección del medio ambiente con la igualdad** y sitúa este último concepto, en su preámbulo, **en el centro del desarrollo sostenible.**”¹⁸¹

Argentina, mediante la Ley 27.566 promulgada el 19 de octubre del 2020, aprueba el acuerdo de Escazú. En dicho sentido y conforme el art 22 del Acuerdo, comenzará a regir en Argentina el 22 de Abril del 2021, con la jerarquía de tratado internacional en la pirámide jurídica.

¹⁸⁰ Barchiche, D., Hege, E., Napoli, A. (2019). El Acuerdo de Escazú: ¿un ejemplo ambicioso de tratado multilateral a favor del derecho ambiental? IDDRI, Issue Brief N°03/19. Pag 2.

¹⁸¹ Barchiche, D., Hege, E., Napoli, A. (2019). El Acuerdo de Escazú: ¿un ejemplo ambicioso de tratado multilateral a favor del derecho ambiental? IDDRI, Issue Brief N°03/19. Pag. 4

5. b. Marco legal Nacional. Mención¹⁸²

-El Artículo 41 de la CN, fruto de la Reforma de 1994, establece 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”.

-LA LEY GENERAL DEL AMBIENTE 25.675:

Establece como objetivos de política ambiental Artículo 2, inciso 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”; inciso 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”.

A su vez, el Artículo 8 de la Ley, enumera los “Instrumentos de la política y la gestión ambiental” y menciona en el apartado 6, “el régimen económico de promoción del desarrollo sustentable”.

También en el Artículo 10, in fine, hay una clara alusión al concepto, cuando regula el “Ordenamiento Ambiental” como proceso o estructura que “teniendo en cuenta los aspectos políticos, físicos, sociales, tecnológicos, culturales, económicos, jurídicos y ecológicos de la realidad (...) 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 sustentable”.

Además, se destaca entre los principios de política ambiental, los siguientes:

Artículo 4: 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 sustentabilidad: el aprovechamiento sustentable de los recursos naturales y la preservación del patrimonio natural y cultural son condicionantes necesarios del desarrollo económico y social. La gestión sustentable del ambiente deberá garantizar la utilización de los recursos naturales para las generaciones presentes y futuras.

5. c Algunos fallos relevantes de la CSJN

CS, 13/07/2004, “Asociación de Superficiarios de la Patagonia c. Yacimientos Petrolíferos Fiscales S.A. y otros”, DJ 2004-3, 482 - Fallos: 327:2967 - La Ley Online.

Desarrollo sustentable. Que el art. 1° de la ley 25.675, en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 41 de la Constitución Nacional, 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”

CS, 29/08/2006, “Asociación de Superficiarios de la Patagonia c. YPF SA y otros”, LA LEY 2006-F, 419 - Fallos: 329:3493 - La Ley Online.

Sustentabilidad ecológica: La ley 25.675 vincula la protección de los recursos ambientales con las diferentes actividades antrópicas (art. 2); menciona a los “sistemas ecológicos” (art. 2, inc. e); la protección de la “sustentabilidad ecológica, económica y social del desarrollo” (art. 2, inc. g) y la

¹⁸² Cafferatta, Néstor en la obra Cafferatta, Néstor (Director) - en coautoría con Lorenzetti, Pablo - Rinaldi, Gustavo - Zonis, Federico, Tratado Jurisprudencial y Doctrinario. Derecho Ambiental, Tomo I, La Ley, 2012, p. 139-140.

prevención de las condiciones necesarias para garantizar la dinámica de “los sistemas ecológicos” (art. 6) y la creación de un seguro ambiental para “el ambiente, los ecosistemas y sus elementos constitutivos” (art. 22) y el equilibrio de los ecosistemas (art. 27). Asimismo, dicha norma considera que en la localización de las distintas actividades antrópicas y en el desarrollo de los asentamientos humanos se deberá considerar en forma prioritaria la vocación de cada zona o región, la naturaleza y las características particulares de los diferentes biomas y la conservación y protección de ecosistemas significativos (art. 10, incisos a, c y e). (voto minoría)

CS, 20/06/2006, “Mendoza, Beatriz S. y otros c. Estado Nacional y otros”, LA LEY 2006-D, 281 - DJ 2006-2, 706 - IMP 2006-15, 1919 - RCyS 2006, 1359 - Fallos: 329:2316 - La Ley Online.

Progresividad: A los Estados; Presenten un plan integrado (art. 5): Los distintos niveles de gobierno integrarán en todas sus decisiones y actividades previsiones de carácter ambiental, tendientes a asegurar el cumplimiento de los principios enunciados en la presente ley, basado en el principio de progresividad (art. 4) el que prevé que los objetivos ambientales deberán ser logrados en forma gradual, a través de metas interinas y finales proyectadas en un cronograma temporal. Dicho plan deberá contemplar:

1. Un ordenamiento ambiental del territorio (arts. 8, 9 y 10).
2. El control sobre el desarrollo de las actividades antrópicas (art. 10) “teniendo en cuenta los aspectos políticos, físicos, sociales, tecnológicos, culturales, económicos, jurídicos y ecológicos de la realidad local, regional y nacional, 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 sustentable”.

CS "Mendoza, Beatriz S. y otros c. Estado Nacional y otros", 20/06/2006, cita Fallos 329:2316.

"...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 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".

Además, se dijo “La tutela del ambiente importa el cumplimiento de los deberes que cada uno de los ciudadanos tienen respecto del cuidado de los ríos, de la diversidad de la flora y la fauna, de los suelos colindantes, de la atmósfera. Estos deberes son el correlato que esos mismos ciudadanos tienen a disfrutar de un ambiente sano, para sí y para las generaciones futuras, porque el daño que un individuo causa al bien colectivo se lo está causando a sí mismo.”

CS "Mendoza, Beatriz S. y otros c. Estado Nacional y otros", 20/06/2006, cita Fallos 329:2316.

El tribunal ha destacado el doble carácter de derecho y deber que ostenta la preservación del bien colectivo, exponiendo que "la tutela del ambiente importa el cumplimiento de los deberes que cada uno de los ciudadanos tienen respecto del cuidado de los ríos, de la diversidad de la flora y la fauna, de los suelos colindantes, de la atmósfera. Estos deberes son el correlato que esos mismos ciudadanos tienen a disfrutar de un ambiente sano, para sí y para las generaciones futuras"

CS "Salas, Dino y otros c. Provincia de Salta y Estado Nacional", 26/03/2009, cita Fallos 332:663.

La Corte Suprema ha expresado en este punto que la aplicación del principio precautorio "implica armonizar la tutela del ambiente y el desarrollo, mediante un juicio de ponderación razonable, por lo que no debe buscarse oposición entre ambos, sino complementariedad, ya que la tutela del ambiente

no significa detener el progreso, sino, por el contrario, hacerlo más perdurable en el tiempo de manera que puedan disfrutarlo las generaciones futuras"

"No se trata de prohibir irracionalmente, sino de autorizar razonablemente.

CS "Comunidad del Pueblo Diaguita de Andalgalá c. Provincia de Catamarca s/ amparo ambiental", 17/04/2012, cita Fallos 335:387 (del voto en disidencia del Dr. Ricardo Lorenzetti).

Ello es así, porque **el objetivo es armonizar adecuadamente la necesidad del desarrollo económico con la sustentabilidad ambiental, de manera que la explotación de los recursos no termine agotando los mismos o causando daños irreparables a otros bienes igualmente valiosos. Hay un deber constitucional de garantizar que las generaciones futuras puedan seguir gozando de bienes ambientales** y ello hace que toda decisión administrativa tenga en cuenta una serie amplia de perspectivas suficientes como para poder considerar todos los aspectos involucrados. Nadie puede disponer de estos bienes basado en su mero arbitrio

CS. "Asociación Argentina de Abogados Ambientalistas de la Patagonia c. Provincia de Santa Cruz y otros s/ amparo ambiental", 26/04/2016, cita Fallos 339:515.

"...la CN tutela al ambiente de modo claro y contundente y esta Corte Suprema ha desarrollado esa cláusula de un modo que permite admitir la existencia de un componente ambiental del Estado de Derecho..."

Ostenta una trascendencia indudable en este marco —a la par de las conductas a desplegar por parte de las diferentes reparticiones públicas— la obligación que pesa sobre todas las personas de adoptar un modelo de vida sustentable.

CS "Asociación Argentina de Abogados Ambientalistas de la Patagonia c. Provincia de Santa Cruz y otros s/ amparo ambiental", 26/04/2016, cita Fallos 339:515."

"Si la acción de amparo ambiental promovida está destinada a impedir el comienzo de la construcción de dos represas localizadas en la provincia demandada, e involucra trabajos de una magnitud considerable, con gran potencialidad para modificar el ecosistema de toda la zona, se requiere medir adecuadamente sus consecuencias teniendo en cuenta las alteraciones que puedan producir tanto en el agua, en la flora, en la fauna, en el paisaje, como en la salud de la población actual y de las generaciones futuras, por lo que se hace necesario asegurar la sustentabilidad del desarrollo que se emprende y en consecuencia, el ejercicio del control encomendado a la justicia sobre las actividades de los otros poderes del Estado"

CS. Mamani, Agustín Pío y otros c/ Estado Provincial – Dirección Provincial de Políticas Ambientales y Recursos Naturales y la Empresa Cram S.A. s/ recurso. CSJ 318/2014 (50-M)/CS1. Fecha: 05/09/2017.

Cita al fallo "Salas, Dino", publicado en Fallos: 332:663. Allí, estableció que "...el principio precautorio produce una obligación de previsión extendida y anticipatoria a cargo del funcionario público. Por lo tanto, no se cumple con la ley si se otorgan autorizaciones sin conocer el efecto, con el propósito de actuar una vez que esos daños se manifiesten (...) La aplicación de este principio implica armonizar la tutela del ambiente y el desarrollo, mediante un juicio de ponderación razonable. Por esta razón, no debe buscarse oposición entre ambos, sino complementariedad, ya que la tutela del ambiente no significa detener el progreso, sino por el contrario, hacerlo más perdurable en el tiempo de manera que puedan disfrutarlo las generaciones futuras" (considerando 2°).

CS. "Provincia de La Pampa c. Provincia de Mendoza s/ uso de aguas", 01/12/2017, cita Fallos 340:1695.

"...la solución de este conflicto, que, por otra parte, es cada vez más frecuente en el mundo actual y lo será en el futuro, requiere conductas que exceden tanto los intereses personales, como los provinciales. También hay que tener en cuenta que la cantidad de agua debe ser destinada a la conservación del

ecosistema interprovincial, para que mantenga su sustentabilidad. Asimismo, se debe considerar el interés de las generaciones futuras, cuyo derecho a gozar del ambiente está protegido por el derecho vigente..."

CS. La Pampa, Provincia de c/ Mendoza, Provincia de s/ uso de aguas. CSJ 243/2014 (50-L)/CS1 Fecha: 01/12/2017

Considerando 5°) ... En efecto, el ambiente es un bien colectivo, de pertenencia comunitaria, de uso común e indivisible (Fallos: 329: 2316). Esta calificación cambia sustancialmente el enfoque del problema, cuya solución no solo debe atender a las pretensiones de los estados provinciales, ya que los afectados son múltiples y comprende una amplia región. Además del ambiente como macro bien, este conflicto se refiere al uso del agua, que es un micro bien ambiental y que, por lo tanto, también presenta los caracteres de derecho de incidencia colectiva, uso común e indivisible. En este caso, en especial, se advierte claramente que ha disminuido la oferta de agua y ha aumentado la demanda, lo que produce una disputa que es de difícil resolución. La solución de este conflicto, que, por otra parte, es cada vez más frecuente en el mundo actual y lo será en el futuro, requiere conductas que exceden tanto los intereses personales, como los provinciales. **También hay que tener en cuenta que la cantidad de agua debe ser destinada a la conservación del ecosistema interprovincial, para que mantenga su sustentabilidad. Asimismo, se debe considerar el interés de las generaciones futuras, cuyo derecho a gozar del ambiente está protegido por el derecho vigente.** Esta calificación del caso exige, por lo tanto, una consideración de intereses que exceden el conflicto bilateral para tener una visión policéntrica, ya que son numerosos los derechos afectados.

Considerando 12) ... Esta materia también ha sido tratada en el ámbito de Naciones Unidas en la última Conferencia sobre Desarrollo Sustentable del año 2012, titulada: "El Futuro que queremos" (Río + 20), en especial parágrafos 205-209. Así se destaca en dicho documento que los procesos de desertificación, la degradación de la tierra y la sequía son problemas con una dimensión mundial que siguen suponiendo un serio desafío para el desarrollo sostenible de todos los países, en particular los países en desarrollo. También se reconoce la necesidad de que se tomen medidas urgentes para revertir la degradación del suelo. Asimismo, se reafirma la determinación, de conformidad con la "Convención de las Naciones Unidas" citada, de tomar medidas coordinadas a nivel nacional, regional e internacional para vigilar, globalmente, la degradación de la tierra y restaurar las tierras degradadas en zonas áridas, semiáridas y subhúmedas secas.

Considerando 10) Voto Rosenkrantz.

... **La solución de un conflicto ambiental** -en la especie un litigio entre dos provincias por el uso y aprovechamiento de un río interprovincial- **exige una consideración de intereses que exceden el marco bilateral para tener una visión policéntrica pues requiere de conductas que exceden tanto los intereses personales, como los provinciales, en tanto, entre otros, hay que tener en cuenta no solo la cantidad de agua que debe ser destinada a la conservación del ecosistema interprovincial para que mantenga su sustentabilidad, sino también el interés de las generaciones futuras, cuyo derecho a gozar del ambiente está protegido por el derecho vigente.**

Frente al desentendimiento entre dos provincias (en la especie las de La Pampa y Mendoza) que se ha mantenido durante décadas, se hace necesario encontrar una eficaz canalización racional de la disputa que evite escenarios de ahondamiento de las desavenencias; con mayor razón aun cuando en la causa se dirime una cuestión constitucional de la mayor relevancia como lo es la preservación del ambiente y su sustentabilidad intergeneracional (artículo 41 de la Constitución Nacional), en el que se halla comprometido el interés general (doctrina del artículo 32 de la ley 25.675)

... Por esa razón, la solución tampoco puede limitarse a resolver el pasado, sino, y fundamentalmente, a promover una solución enfocada en la sustentabilidad futura, para lo cual se exige una decisión que prevea las consecuencias que de ella se derivan.

Fallo CSJN 342:2136 "El CSJ 528/2000 (36-B) /CS1 ORIGINARIO. Buenos Aires, Provincia de c/ Santa Fe, Provincia de s/ sumarísimo -derivación de aguas-."

En el considerando 9° se dijo “... la regulación jurídica del agua ha cambiado sustancialmente en los últimos años. La visión basada en un modelo antropocéntrico, puramente dominial 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 estatales, sino los del mismo sistema, como bien lo establece la Ley General del Ambiente. El ambiente no es para la Constitución Nacional un objeto destinado 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 Código Civil y Comercial de la Nación de modo coherente, tanto en el ámbito público como privado (Fallos: 340:1695).” “... Esta calificación de la situación vinculada al presente litigio plantea una consideración de intereses que exceden la dimensión del conflicto bilateral para tener una visión policéntrica, ya que son numerosos los derechos afectados. Por esa razón, su comprensión completa e integral no puede limitarse a resolver el pasado, sino, y fundamentalmente, -9- a promover una solución enfocada en la sustentabilidad futura (Fallos: 340:1695).”

6. REFLEXIONES FINALES

Si bien es claro que los conflictos ambientales siempre existieron; desde un punto de vista histórico-económico-ambiental podemos ver como estos se acentuaron a medida que pasaron estos últimos años.

Por ello, el concepto del desarrollo sustentable, también fue evolucionando, buscando siempre tutelar de manera efectiva derechos que difícilmente tengan voz en los procesos judiciales o en la agenda de la actividad Estatal, tales como los de las generaciones futuras, como el de los ecosistemas con su biodiversidad.

La sustentabilidad es la base de las distintas medidas a tomar no solo por el Estado, sino también por los particulares como individuos y como sociedad.

Algunos podrían llamarlo como pilar o base, desde donde se puede actuar; pero entiendo que sería más claro vislumbrar el concepto como “un faro” que guía al nuevo paradigma ecocéntrico.

A partir de la instalación de este paradigma en el discurso, puede verse los límites de la conducta individual, todo ello en razón de un bien mayor.

Lo difícil siempre será vislumbrar ese faro en medio de una tormenta como la que se vive actualmente en el mundo, producto de los nuevos males que aparecen día a día (Como el COVID-19, el agotamiento de recursos y la contaminación).

Sin embargo, es deber del operador jurídico buscar la mejor solución al conflicto, por ello, en materia ambiental, es esencial conocer este concepto y arraigarlo.

Hoy, a más de 30 años de la instalación del concepto de desarrollo sustentable como paradigma de un progreso más equitativo y ambientalmente adecuado, vemos que la realidad indica que su aplicación en la retórica no ha tenido su contraparte en el plano concreto de los hechos”.¹⁸³

¹⁸³ Cafferatta, Néstor en la obra Cafferatta, Néstor (Director) - en coautoría con Lorenzetti, Pablo - Rinaldi, Gustavo - Zonis, Federico, Tratado Jurisprudencial y Doctrinario. Derecho Ambiental, Tomo I, La Ley, 2012, p. 149..

PROTECCIÓN DEL PAISAJE

AUTORA: MICAELA NOELÍ TRABA

SUMARIO: 1. Introducción. - 2. Aproximación al paisaje. - 2.a. El paisaje. - 2b. Doctrina. - 3. Legislación protectora. 3.a Antecedentes internacionales. 3b. Marco normativo nacional. 3.c Ley 22.351 de parques nacionales, monumentos naturales y reservas nacionales. Los principios de conservación de la naturaleza y la biodiversidad en el derecho argentino. - 4. Breve análisis de la ley 12.704 de la Provincia de Buenos Aires. - 5. Jurisprudencia. 6. Reflexiones finales. -

1.INTRODUCCIÓN

La gestión de la protección del paisaje intenta la continuidad de los servicios ecosistémicos y la producción de bienes y servicios, y resulta prioritaria para la conservación de la diversidad de las especies, de la identidad cultural y del hábitat.

Como se describirá, a los fines de la protección del paisaje, en materia ambiental, como consecuencia de las dinámicas complejas de los sistemas, cobra importancia el efectivo cumplimiento de los principios de conservación de la naturaleza y la biodiversidad.

En relación al paisaje se desarrolla brevemente en la siguiente producción doctrina y legislación protectora, explicándose como se articulan los mecanismos de protección. En concreto se analizan la ley de Parques Nacionales, Monumentos Naturales y Reservas Nacionales” N° 22.351 y la ley 12.704 de la provincia de Buenos Aires a efectos de poner en conocimiento y extender esta protección a más espacios de nuestro territorio.

Al final, se hará referencia a una serie de casos jurisprudenciales, evidencian la real aplicación, del concepto de paisaje y del entramado normativo.

El sentido de esta producción es que resulte de utilidad tanto a operadores jurídicos como a todo ciudadano, para avanzar en la conservación, y en el efectivo cumplimiento de las herramientas jurídicas para la protección y recomposición del ambiente.

2. APROXIMACIÓN AL PAISAJE.

2.a El paisaje

El paisaje es una proporción heterogénea de territorio, una extensión del hábitat con continuidad física. Se compone de la conectividad de un tipo especial de hábitat local. Es un deber legal que los espacios sean redes y estén conectados, para ser considerados integralmente cuando existan planes que impactan en los servicios naturales. Se analiza el espacio del paisaje desde la planificación territorial, se protege observando su estructura, la matriz, conservando y recomponiendo los agentes que la integran.

El paisaje cumple funciones ecosistémicas, ya sea de manera independientes a las sociedades, haciendo referencia a aquellas derivadas de las estructuras y procesos de los ecosistemas. Los servicios ambientales desde la óptica de las funciones valoradas por la sociedad, el paisaje se ha convertido en un elemento fundamental para conservar la calidad de vida del aire, del agua, de la flora, fauna o de la salud mental y física de la humanidad y su representación de la identidad y la cultura, todo lo mencionado de manera ejemplificativa depende del mantenimiento de los servicios ambientales.

2.b Doctrina.

Amerita dar inicio con la cita de Hernández Fernandez extraída del Tratado Jurisprudencial y Doctrinario. Derecho Ambiental de Néstor Cafferatta, “EL PAISAJE VIVE: en primer lugar, parece necesario recordar que el “paisaje”, independientemente de su mayor o menor afición por las actividades humanas, está formado por un complejo mosaico de unidades físicas, que conforman unos determinados “MICROBIÓTICOS”; sobre ellos se desarrollan unas complejissimas comunidades formadas por plantas gimnospermas, angiospermas, helechos, musgos, hepáticas, hongos, entre los que sobreviven bacterias, protozoos, anélidos, insectos, cardadores, ciempiés, arañas, crustáceos y los más conocidos vertebrados (Santiago HERNÁNDEZ FERNÁNDEZ)”¹⁸⁴ . Con esta transcripción quiero fundamentar que son los seres vivos en relación, quienes forman el paisaje y también quienes reciben los efectos y consecuencias de las obras humanas.

Siguiendo con la definición de paisaje en el mismo tratado se cita a Michel Prieur “el paisaje es la ilustración perfecta de la unión en torno de un patrimonio a la vez natural y cultural. De allí que la

¹⁸⁴ Cafferatta, Néstor en la obra Cafferatta, Néstor (Director) - en coautoría con Lorenzetti, Pablo - Rinaldi, Gustavo - Zonis, Federico, Tratado Jurisprudencial y Doctrinario. Derecho Ambiental, Tomo I, La Ley, 2012, p. 149.

noción de patrimonio común aparezca como aplicable a casi todos los elementos del medio ambiente, sean naturales o culturales”¹⁸⁵.

El paisaje es patrimonio natural y cultural, la doctrina ya consideró la integridad del el paisaje y las dinámicas complejas de los sistemas sistémicos de la naturaleza que la componen, y que se vuelve prioritaria la conservación de la diversidad de las especies, identidad cultural y el hábitat en el que habita.

Es por ello que la protección en este ámbito tiende a la combinación en la legislación y al rol de las autoridades Nacionales, Provinciales de velar por la conservación en unidad de la diversidad de bienes y servicios ambientales. CAFFERATTA, Néstor en el tratado Jurisprudencial y Doctrinario en citando a José ESAÍN, destaca la concurrencia de competencias en materia de “protección ambiental”, “En materia ambiental estamos ante competencia gobernada por los principios de concurrencia y complementariedad”¹⁸⁶. Con la aclaración que es aplicable en beneficio y función de un ambiente sano y equilibrado.

Sobre las consecuencias y lineamientos que provienen de su definición, traigo lo cita de MICHEL PRIEUR en el tratado Jurisprudencial y Doctrinario de CAFFERATTA ya referido, “paisaje es cualquier parte del territorio, tal como es percibida por las poblaciones, cuyo carácter resulta de la acción de factores naturales y/o humanos y de sus interrelaciones. Es la porción de espacio”¹⁸⁷. El legislador debe dictar aquellas normas relativas a la protección, gestión y manejo de la dimensión paisajística de todos los territorios sometidos a su jurisdicción constituyendo esto un derecho al paisaje.

La doctrina es clara, orienta a que las políticas sobre urbanización y desarrollo urbanístico se ajustan a las condiciones del entorno físico, sino no habrá calidad de vida posible. El medio ambiente funciona como condición necesaria previa de la calidad de vida.

3. LEGISLACIÓN PROTECTORA.

3.a Antecedentes internacionales.

En relación a la necesidad de lograr un compromiso entre los países firmantes de tomar acciones positivas para la conservación del paisaje cabe hacer mención de la Convención de Washington del 12 de octubre de 1940, que en su preámbulo consagra “Deseos de proteger y conservar los paisajes de incomparable belleza, las formaciones geológicas extraordinarias, las regiones y los objetos naturales de interés estético o valor histórico o científico”. “Deseos de concertar una Convención sobre la protección de la flora, fauna y las bellezas escénicas naturales...”. En el art. V de la convención establece “los gobiernos contratantes convienen en adoptar o en recomendar a sus respectivos cuerpos legislativos la adopción de leyes que aseguren la protección y conservación de paisajes...”.

Otro importante antecedente resulta ser el Convenio de Humedales de importancia internacional (RAMSAR, 1971) el que promueve la protección de las zonas húmedas, especialmente mediante la lista de humedales de importancia internacional en la que los Estados parte deben incluir, al menos un espacio (art. 2.4).

Otro instrumento que tiene enorme trascendencia sobre todo en nuestro país es el Convenio sobre el Patrimonio Mundial, Cultural y Natural (París, 1972), que constituyó también una lista de sitios del patrimonio natural mundial que comprende espacios naturales de “valor universal excepcional” con la finalidad de protegerlos (art. 11.2). Las inclusiones se realizan por un comité de la UNESCO a iniciativa de los Estados, que asumen compromisos de conservación de los sitios. El comité tiene además competencia para formar una lista del patrimonio mundial en peligro, donde se incluyen los sitios amenazados “por peligros graves y precisos” (art. 11.4). La incorporación de sitios a ellas conlleva la

¹⁸⁵ Cafferatta, Néstor en la obra Cafferatta, Néstor (Director) - en coautoría con Lorenzetti, Pablo - Rinaldi, Gustavo - Zonis, Federico, Tratado Jurisprudencial y Doctrinario. Derecho Ambiental, Tomo I, La Ley, 2012, p.72

¹⁸⁶ Cafferatta, Néstor en la obra Cafferatta, Néstor (Director) - en coautoría con Lorenzetti, Pablo - Rinaldi, Gustavo - Zonis, Federico, Tratado Jurisprudencial y Doctrinario. Derecho Ambiental, Tomo I, La Ley, 2012, p.72.

¹⁸⁷ Cafferatta, Néstor en la obra Cafferatta, Néstor (Director) - en coautoría con Lorenzetti, Pablo - Rinaldi, Gustavo - Zonis, Federico, Tratado Jurisprudencial y Doctrinario. Derecho Ambiental, Tomo I, La Ley, 2012, pág 157.

posibilidad de medidas de cooperación y asistencia internacionales sostenidas mediante el fondo del patrimonio mundial (arts. 13 a 18).

Y por último cabe mencionar al “Acuerdo de Escazú”, primer tratado regional ambiental, que es una base sólida para los países de América Latina y el Caribe. Importa en relación al tema paisaje, porque el acuerdo explícitamente reconoce la protección de las generaciones presentes y futuras, a vivir en un ambiente sano, ambiente en el que sin duda está incluido el paisaje.

Cabe hacer una digresión para detallar que el acuerdo persigue la implementación de los derechos de acceso a la información ambiental, participación pública en los procesos de toma de decisiones ambientales y acceso a la justicia, así como la creación y el fortalecimiento de las capacidades y la cooperación.

Sobre el contenido del Acuerdo se destaca, el objetivo en proteger a los defensores de los derechos humanos, en temas ambientales a raíz del alto número de casos en asesinatos a dirigentes ambientales. Surge de libro de La Universidad Nacional del Litoral, que : “De acuerdo con los datos del reporte de Global Witness, durante 2019 se registraron 212 asesinatos de personas defensoras de la tierra y el medioambiente, siendo este el año que más personas fueron asesinadas y América Latina y el Caribe el continente con mayor cantidad de muertes. La minería y las industrias extractivas en general, así como la agroindustria, figuran dentro de las actividades más peligrosas para las personas que ejercen la defensa del ambiente en sus territorios, según informa esta organización internacional. La situación resulta sumamente grave para América Latina y el Caribe, en donde se han generado 265 conflictos con esta actividad”¹⁸⁸.

Otra cuestión a subrayar del Acuerdo de Escazú es que establece las obligaciones específicas para que los Estados partes mejoren sus leyes, políticas, instituciones y prácticas, a fin de garantizar que los derechos de toda persona a la información, participación y justicia en asuntos ambientales sean respetados.

3.b Marco Normativo Nacional

La protección del paisaje cultural se encuentra tratada en diversos textos normativos, desde la Constitución Nacional en sus artículos 41 y 43. Leyes nacionales como la Ley 25.675 “Ley general del ambiente”(Arts. 30, 31, 32, 33), ley de Parques Nacionales, Monumentos Naturales y Reservas Nacionales” N° 22.351, Ley 26.994 Código civil y comercial de Nación (arts. 225 a 256) el paisaje, en parte, desde los derechos de incidencia colectiva (artículos 14 y 240 del Código civil y comercial de la Nación) y las aplicables leyes generales de protección del ambiente provinciales y códigos procesales provinciales correspondiente al territorio que se trate y de la competencia que surja según la jurisdicción.

El artículo 41 de la Constitución Nacional, tutela el derecho ambiental, de manera amplia, establece: “Las autoridades proveerán a la preservación del patrimonio cultural”: el constituyente coloca frente a las autoridades la obligación de “proveer a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y de la diversidad biológica”¹⁸⁹.

El artículo 75 inciso. 19, atribuye al Congreso de la Nación dictar leyes que protejan la identidad y pluralidad cultural, el patrimonio artístico y los espacios culturales y lo dota de atribuciones para garantizar su debida conservación.

En este mismo sentido de protección nacional, la ley general de presupuestos mínimo del ambiente número 25.675 incluye en su definición de “Daño ambiental de incidencia colectiva”, toda alteración relevante que modifique negativamente el ambiente, sus recursos, el equilibrio de los ecosistemas o los bienes o valores colectivos (artículo 27), y ordena que toda obra o actividad que, en el territorio de la Nación, sea susceptible de degradar el ambiente, algunos de sus componentes, o afectar la calidad de

¹⁸⁸ Observatorio Latinoamericano de Conflictos Ambientales. Observatorio de Conflictos Mineros de América Latina (OCMAL), 2019.

¹⁸⁹ García Minella, Gabriela , Esain, José Alberto , Esain, José Alberto, DERECHO AMBIENTAL EN LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES. Agregado, Abeledo Perrot Edition 2013, pag. 626.

vida de la población, en forma significativa, estará sujeta a un procedimiento de Evaluación de Impacto Ambiental, previo a su ejecución (artículo 11).

3.c Ley 22.351 de parques nacionales, monumentos naturales y reservas nacionales. Los principios de conservación de la naturaleza y la biodiversidad en el derecho argentino.

Tiene un papel importante que debemos considerar, la ley 22.351 de parques nacionales, monumentos naturales y reservas nacionales, **“en esas áreas no se permiten injerencias, pues el principio es el de conservación del ecosistema, porque lo que se quiere es que la biodiversidad del lugar se conserve tal como se encuentra, en el estado exacto en que está. ... implica una enorme limitación para los derechos individuales que en el área estarán prohibidos. Este tipo de limitaciones claramente están regidas por los parámetros clásicos del poder de policía, es decir legalidad y sobre todo razonabilidad (art. 28, CN)”**

Esta ley prevé el régimen de protección estricta en el ámbito del gobierno nacional, la ley diferencia entre:

1. **Parques nacionales:** Son las áreas a conservar en su estado natural, que sean representativas de una región fito-zoogeográfica y tengan gran atractivo en bellezas escénicas o interés científico, las que serán mantenidas sin otras alteraciones que las necesarias para asegurar su control, la atención del visitante y aquellas que correspondan a medidas de defensa nacional adoptadas para satisfacer necesidades de seguridad nacional.

En ellos está prohibida toda explotación económica con excepción de la vinculada al turismo y a fin de lograr la adecuada conservación y protección de estas reservas, prohíbe toda acción u omisión que pudiere originar alguna modificación del paisaje o del equilibrio biológico, como lo son la enajenación o arrendamiento de las tierras fiscales, la exploración y explotación minera, los asentamientos, humanos, la construcción de edificios, etc.

2. **Monumentos naturales:** Serán monumentos naturales las áreas, cosas, especies vivas de animales o plantas, de interés estético, valor histórico o científico, a los cuales se les acuerda protección absoluta. Serán inviolables, no pudiendo realizarse en ellos o respecto de ellos actividad alguna, con excepción de las inspecciones oficiales e investigaciones científicas permitidas por la autoridad de aplicación¹⁹⁰.

3. **Reservas nacionales:** Serán reservas nacionales las áreas que interesan para: la conservación de sistemas ecológicos, el mantenimiento de zonas protectoras del parque nacional contiguo, o la creación de zonas de conservación independientes, cuando la situación existente no requiera o admita el régimen de un parque nacional. La promoción y desarrollo de asentamientos humanos se hará en la medida en que resulte compatible con los fines específicos y prioritarios enunciados (art. 9o, ley 22.351).

Son espacios de importancia ambiental por los componentes que posee y a efectos de que en ese lugar no se lleven adelante ningún tipo de extracción o toma de recursos se lo declara “protegido”. En las áreas de reservas naturales la regla de la sostenibilidad se traduce en prohibición de actividades. El principio conservacionista –dice Canosa Usera¹⁹¹– “implica en general, la retirada del mercado de algunos bienes naturales cuya utilización racional prácticamente se reduce al exclusivo ejercicio del derecho a disfrutar del medio”.

4. BREVE ANÁLISIS DE LA LEY 12.704 DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES.

Cabe recordar que las competencias del gobierno nacional son concurrentes con las locales, bajo el presupuesto de no interferencia reglado en el artículo 75, inciso 30, Constitución Nacional. Según este las provincias conservan sus facultades de policía en la medida en que no provoquen interferencia sobre el ejercicio de las competencias por las cuales el espacio fue declarado de utilidad nacional, es decir, a los fines de la protección y conservación de la naturaleza.

¹⁹⁰ García Minella, Gabriela , Esain, José Alberto , Esain, José Alberto, DERECHO AMBIENTAL EN LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES. Agregado, Abeledo Perrot Edición 2013, pág. 630.

¹⁹¹ García Minella, Gabriela , Esain, José Alberto , Esain, José Alberto, DERECHO AMBIENTAL EN LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES. Agregado, Abeledo Perrot Edición 2013, pág 627

En este sentido la provincia de Buenos Aires protege el paisaje por medio de la ley 12.704, sancionada en el año 2001 para sistematizar la figura y dar los requisitos para su declaración y gestión. El análisis de la ley es el que hacen los autores: GARCÍA MINELLA, Gabriela y ESAIN, José Alberto, debido a la inclusión de dos figuras: la de “paisaje protegido de interés provincial” o “espacio verde de interés provincial”. Las categorías son dos:

1) Paisaje protegido de interés provincial que lo definen como “aquellos ambientes naturales o antropizados con valor escénico, científico, sociocultural, ecológico u otros, conformados por especies¹⁹² nativas y/o exóticas de la flora y fauna, o recursos ambientales a ser protegidos. Los ambientes deberán poseer una extensión y funcionalidad tal que resulten lo suficientemente abarcativos como para que en ellos se desarrollen los procesos naturales o artificiales que aseguren la interacción armónica entre hombre y ambiente” (conf. art. 2, ley 12.704).

2) Espacio verde de interés provincial que lo definen como “aquellas áreas urbanas o periurbanas que constituyen espacios abiertos, forestados o no, con fines ambientales, educativos, recreativos, urbanísticos y/o eco-turísticos” (art. 3, ley 12.704). A diferencia de las áreas naturales protegidas, ambas categorías prevén la convivencia de la protección ambiental con la calidad de vida de la población y el acceso público (conf. segundo párrafo del art. 1, ley 12.704).

En cuanto a los requisitos, la ley hace depender la declaración de las siguientes condiciones:

-Impulso participado: La presentación, el inicio del trámite se puede hacer, según el artículo 4, ley 12.704, por “cualquier persona física o jurídica, pública o privada”.

-Estudio ambiental: Esa presentación debe estar avalada por un estudio ambiental (no un EslA) elaborado por un profesional incumbente quien será responsable de la veracidad. Este estudio ambiental deberá contener como mínimo, sin perjuicio de aquello que establezca la reglamentación:

– Informe catastral. – Una descripción general del área (fisonómica, biogeográfica, geomorfológica, etc.).

– Caracterización de las comunidades biológicas naturales y/o artificiales

– Descripción de las actividades antrópicas.

– Objetivos y fines perseguidos. – Opinión y evaluación técnico-ambiental de la autoridad de aplicación, la que realizará un relevamiento previo funcional, espacial y social.

Ley provincial específica: La declaración de “paisaje protegido de interés provincial” o “espacio verde de interés provincial” se deberá dar por ley específica¹⁹³. Siendo que este tipo de intereses están focalizados en muchos casos en los ámbitos comunales, y porque además los espacios territoriales se supone que serán más limitados y puntuales, la ley dispone de normas de coordinación.

La Ley obliga a las autoridades municipales a que establezcan las normas correspondientes a su jurisdicción y competencia, que arbitren los medios para la aplicación de la ley específica que declare el paisaje protegido o el espacio verde, procurando la armonización de las actividades desarrolladas por el hombre con el ambiente protegido (art. 5, ley 12.704).

A las autoridades provinciales se les exige que brinden el asesoramiento técnico necesario a fin de elaborar los planes de protección y conservación así como los de monitoreo y control. Además, en las cuestiones de competencia provincial, los municipios coordinarán su accionar con las autoridades provinciales pertinentes. En los supuestos en que el área geográfica sea de dominio privado, se deberá establecer un plan de manejo consensuado a fin de proteger el ambiente según los fines previstos (art. 5, ley 12.704).

¹⁹² Para consultar el desarrollo histórico se puede ver PASTORINO, Leonardo, Derecho agrario..., cit., p. 296. 298. citado en el agregado de García Minella, Gabriela, Esain, José Alberto, Esain, José Alberto, DERECHO AMBIENTAL EN LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES. Agregado, Abeledo Perrot Edición 2013, pág 648

¹⁹³ García Minella, Gabriela, Esain, José Alberto, Esain, José Alberto, DERECHO AMBIENTAL EN LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES. Agregado, Abeledo Perrot Edición 2013, pág 649

Haciendo pie en el principio de coordinación del artículo 4 de la Ley General del Ambiente, –a pesar de que aún no había sido sancionada en ese momento, se dispone que “Cuando el ambiente sea compartido jurisdiccionalmente por dos o más municipios, los mismos celebrarán acuerdos para establecer formas de gestión coordinadas para su manejo. Los mismos podrán realizar programas de interés general que tiendan a la protección y conservación de las áreas protegidas con entidades locales, organismos provinciales, nacionales o internacionales” (art. 6, ley 12.704).

En cuanto al principal instrumento de gestión, la ley 12.704 dispone como obligatorio el licenciamiento ambiental mediante una Evaluación de Impacto Ambiental y Declaración de Impacto Ambiental, aprobatoria emitida por la autoridad ambiental que corresponda (art. 7, primer párrafo, Ley 12.704).

La misma norma dispone luego los aspectos que deberán necesariamente estar presentes en el procedimiento producto de la aplicación de este régimen especial.

Estos aspectos son: 1. Loteos y división de tierras, excepciones al Código de Ordenamiento Urbano. 2. Uso extractivo del suelo. 3. Obras hidráulicas, viales e instalaciones de producción y transporte de energía. 4. Contaminación de los recursos naturales. 5. Estabilidad y aprovechamiento de masas forestales. 6. Ubicación y construcción de urbanizaciones, centros recreativos, deportivos y turísticos. 7. Establecimientos industriales o comerciales en el lugar o en zonas aledañas. 8. Cualquier otra actividad que por vía reglamentaria se determine (art. 7, segundo párrafo, Ley 12.704). Este mismo artículo, regula el procedimiento obligatorio de participación ciudadana para este tipo de trámite. Se prevé que de manera previa a la autorización de la obra o emprendimiento por la autoridad competente, el municipio correspondiente deberá recepcionar y considerar las observaciones fundadas .

Finalmente, se crea por la ley un Registro de Paisajes Protegidos y Espacios Verdes de interés provincial que funcionará bajo la dependencia que designe el Poder Ejecutivo, debiéndose comunicar a la Dirección Provincial del Registro de la Propiedad la incorporación de las áreas declaradas por ley a fin de hacerlo constar en las cédulas catastrales correspondientes (art. 8, ley 12.704).

5. JURISPRUDENCIA

Misiones, Provincia de c/ Estado Nacional y otro s/ nulidad de acto administrativo. Tribunal: Corte Suprema de Justicia de la Nación. Fecha: 13-may-2015. CSJ 957/2008 (44-M)/CS1

Hechos: Se observa en este fallo como se consolida la concepción de ordenamiento territorial de bosques nativos, ante la reforestaciones. y las divisiones políticas entre diferentes territorios, los distintos criterios.

Cita: “Por último, se puso de resalto que la resolución que se recurría era congruente con el Plan de Gestión Institucional para los Parques Nacionales, que establecía que las acciones que se realicen en los espacios naturales protegidos (ENP) tendrían como objetivo prioritario la conservación de sus valores naturales y culturales y de los procesos que los sustentan; y que se preservará el paisaje natural como uno de los principales valores de los ENP y se incorporaría el criterio de mínimo impacto visual para todos los proyectos de infraestructura que se realicen en ellos.”(…)”19) Que en el punto en estudio resulta ilustrativa la nota del Poder Ejecutivo Nacional que acompañó el proyecto de ley, y en la que se puso de resalto con particular atinencia a las normas en examen, que la atribución expresa de competencia exclusiva a la APN, “está destinada a prevenir los graves inconvenientes que se derivan de la superposición de diversas jurisdicciones sobre estos establecimientos que deben ser necesariamente regidos por la autoridad de aplicación de la ley proyectada, porque si bien es cierto que la atención del turismo, es una finalidad muy importante del sistema, no lo es menos que ella siempre debe subordinarse a la conservación de la naturaleza que constituye un propósito de interés público todavía más significativa que el primero, y, si ejercieran su autoridad diversos organismos sobre los establecimientos contemplados en este precepto, podría darse el caso que se produjeran alteraciones en los ecosistemas o en el paisaje natural, al solo efecto de construir o explotar facilidades turísticas, las que siempre deben estar supeditadas al mantenimiento de la intangibilidad de los recursos naturales que resguardan los parques nacionales”.

Asociación Argentina de Abogados Ambientalistas de la Patagonia c/ Santa Cruz, Provincia de y Otro s/ Amparo Ambiental- CSJ 5258/2014 26/04/2016.

Hechos: La Asociación Argentina de Abogados Ambientalistas de la Patagonia promueve acción de amparo ambiental contra el Estado Nacional (Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable) y la Provincia de Santa Cruz, a fin de que se ordene investigar y, en su caso, se impida el comienzo de la obra correspondiente a las represas denominadas “Presidente Dr. Néstor Carlos Kirchner” y “Gobernador Jorge Cepernic”, ambas localizadas en la provincia demandada, cuya construcción fue proyectada en el marco de la ejecución de los Aprovechamientos Hidroeléctricos del Río Santa Cruz, Cóndor Cliff y La Barrancosa. Funda la acción en los artículos 41 y 43 de la Constitución Nacional, 11, 12, 13, 19, 20 y 21 de la ley 25.675, y 1, 6 y 7 de la Ley de Protección de Glaciares 26.639.

Cita: “Que esa necesidad surge porque se trata de obras de una magnitud considerable, con un gran potencial para modificar el ecosistema de toda la zona y esas consecuencias deben ser adecuadamente medidas teniendo en cuenta las alteraciones que puedan producir tanto en el agua, en la flora, en la fauna, en el paisaje, como en la salud de la población actual y de las generaciones futuras”... “Que ello es más evidente aún si se tiene en cuenta la riqueza de la zona en la que están ubicadas, en cuanto a los recursos naturales disponibles. En las cercanías se ubican el Lago Argentino, los glaciares Perito Moreno, Spegazzini y Upsala y el Parque Nacional Los Glaciares, que constituyen bienes de un gran valor ambiental, económico y social no solo para quienes viven en el vecindario, sino para toda la población argentina y del continente.”

Comisión Vecinal Playas de Quequén c/ Buenos Aires, Provincia de y otros s/ medida cautelar - 20/11/2007 - Fallos 330:48510.

La actora promovió acción de amparo por daño ambiental colectivo —contra el Estado Nacional, la Provincia de Buenos Aires, el Consorcio de Gestión del Puerto de esa ciudad y una empresa de servicios portuarios— a fin de obtener el cese del daño ambiental que —a su entender— ocasionan las fugas de amoníaco que genera daños a la salud por su alta toxicidad, el deterioro y extinción de especies arbóreas, la contaminación de la vía acuática y la imposibilidad de gozar de la vista panorámica que tenían al mar a raíz de los tanques allí instalados. Asimismo solicitó una medida cautelar para que se suspenda la construcción de tanques destinado al almacenamiento de fertilizantes, se prohíba el almacenamiento de la sustancia en los tanques ya construidos, se retire la autorización para la instalación de la planta y se deje en suspenso el certificado de aptitud otorgado oportunamente.

La promovió a fin de obtener el cese del daño ambiental que —a su entender— ocasionan las fugas de amoníaco provenientes de la planta de fraccionamiento y agroquímicos y de contenedores de esos líquidos que pertenece a la firma Ponal, lo cual genera daños a la salud por su alta toxicidad, el deterioro y la extinción de las especies arbóreas, la contaminación por vía acuática y la imposibilidad de gozar de la vista panorámica que tenían hacia el mar a raíz de los tanques allí instalados, todo lo cual viola en forma directa —según dice— la ley de Política Ambiental Nacional 25.612 y la Constitución Nacional, como así también el art. 28 de la Constitución provincial, las leyes locales 8912, 10.128 y 11.723 (General de Ambiente de la Provincia de Buenos Aires) y las ordenanzas de la Municipalidad de Necochea 4238/00 y 4372/00 que declara “Patrimonio Histórico” a esa localidad y a los inmuebles aledaños y preexistentes a Ponal S.A.

La Pampa, Provincia de c/ Mendoza, Provincia de s/ uso de aguas”, 01/12/2017, Fallos: 340:1695. Asimismo, Fallos: 342:917.

La Corte Suprema recuerda que los arts. 14, 240 y 241 del Código Civil y Comercial (CCyC), también se alejan del esquema de derechos que sostienen una visión antropocéntrica centrada en la utilidad esencialmente económica, para mutar hacia un estadio más amplio y ecocéntrico: el ejercicio de los derechos individuales “no debe 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” (art. 240), en un contexto de ponderación de los diversos derechos y bienes individuales y colectivos involucrados[17].

Majul, Julio Jesús c/ Municipalidad de Pueblo General Belgrano y otros s/ acción de amparo ambiental. CSJ 714/2016/RH1.

Citas: ““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". (...) "Además, argumenta que el a quo omitió ejercer el control de razonabilidad y legalidad de la actuación de los otros poderes del estado y reitera que se han producido daños irreversibles, casi imposibles de recomponer, como la desaparición de especies arbóreas, del bosque y del humedal (valle de inundación y sus consecuencias), la alteración del curso natural del río y el gran movimiento de tierras, lo cual evidencia un desprecio, además, al paisaje. Agrega que mantener la primacía de la vía administrativa importa un exceso ritual manifiesto "donde se advierte un poder administrador complaciente e incapaz de someter a derecho a un privado a los mínimos estándares ambientales". EL TRIBUNAL SUPERIOR OMITIÓ (...) "En particular, no tuvo en cuenta que la provincia tiene a su cargo la gestión y el uso sustentable de las cuencas hídricas y "los sistemas de humedales que se declaran libres de construcción de obras de infraestructura a gran escala que puedan interrumpir o degradar la libertad de sus aguas y el desarrollo natural de sus ecosistemas asociados" (art. 85 de la Constitución de la Provincia de Entre Ríos). (...) "13) Que, en esta línea, corresponde recordar que el paradigma jurídico que ordena la regulación del agua es egocéntrico, o sistémico, y no tiene en cuenta solo los intereses privados o estatales, sino los del mismo sistema, como bien lo establece la Ley General del Ambiente (Fallos: 340:1695)."

"Fonseca, Ricardo y otros c. D.I.P.A.S." C2a CC Córdoba, Sent. del 16/09/2008.

Cita: "de este catálogo surge una concepción amplia del ambiente, como macro bien y como microbien; el primero está constituido por el medio ambiente global y microbien, que son sus la atmósfera, las aguas, la fauna, la flora, la biodiversidad, el paisaje. (...) Los principios jurídicos en la materia ambiental son estructurantes ya que su característica es influir sobre la organización del sistema jurídico dándole una nueva estructura.¹⁹⁴"

"Sociedad de Fomento Cariló v. Municipalidad de Pinamar", Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires. Sent. del 22/05/2002.

En lo estrictamente ambiental, se destaca el tratamiento de las siguientes cuestiones: el significado del paisaje, desde el punto de vista de la especialidad medioambiental. Un año antes de la sentencia de la Suprema Corte, en la provincia de Buenos Aires se había dictado la ley de Paisaje Protegido que se analizó en el apartado de LEGISLACIÓN.

Se trae el antecedente porque a raíz de un amparo por medio del cual se denuncia la omisión del municipio de reglamentar las leyes 11.723 –sobre conservación y protección del medio ambiente– y 12.099 –que declara de interés provincial el paisaje protegido y el desarrollo ecoturístico del Parque Cariló. Llegó a la corte por medio del recurso de queja dictó la sentencia que se comentará la que se resuelve por mayoría.

El voto del ministro Negri dice: "(...) el amparista reclama y acompaña una abundante prueba documental en la que se denuncian por diversos medios modificaciones de niveles originarios de calles, extracción de arena de médanos, destrucción de árboles sanos y añosos, nocivos efectos ecológicos, y se reclaman medidas para evitar un negativo impacto ambiental. Indica una correspondencia con la situación anterior que desplaza en los hechos la vigencia de las normas con las que el legislador procuró la preservación ecológica del medio. En esas condiciones, los riesgos de una alteración irreversible del paisaje que denuncia el amparista aparecen como ciertos y constituyen un agravio concreto que sustenta la procedencia de la acción intentada. En consecuencia se ordena a la Municipalidad de Pinamar, a sus departamentos Ejecutivo y Deliberativo para que con medidas concretas den inmediato cumplimiento a lo dispuesto en la ley 12.099 , adoptando, a partir de la fecha de notificación de la presente, todos los mecanismos, procedimientos y recaudos necesarios para que la vigencia de tales normas no se vea desplazada por la aplicación de criterios anteriores a su dictado, que pongan o puedan poner en peligro el paisaje protegido de la localidad de Parque Cariló"¹⁹⁵.

¹⁹⁴ JURISPRUDENCIA: Citado en LORENZETTI, R., Teoría de la decisión judicial, Ribunzal-Culzoni, Santa Fe, 2008 p. 434). (C2a CC Córdoba, 16/09/2008, "Fonseca, Ricardo y otros c. D.I.P.A.S.", LLC 2008-1108 - La Ley Online).

¹⁹⁵ 305 Sup. Corte Bs. As., 29/5/2002, "Sociedad de Fomento Cariló v. Municipalidad de Pinamar", publicado en JA 2002-IV-417, anotado por Botassi, Carlos A., "Amparo por omisión legislativa: la preservación ambiental del Parque Cariló".

Néstor CAFFERATTA¹⁹⁶, también anotando la sentencia dice: “(...)Esa omisión de la autoridad municipal amenaza en forma actual e inminente a un bien ambiental como es el patrimonio paisajístico de la localidad. O “(...) el derecho a preservar el área de interés paisajístico y turístico de Parque Cariló”.

6. REFLEXIONES FINALES

Se ubica al paisaje desde una mirada holística, ecocéntrica en el sentido de que el paisaje pone en el centro de estudio y protección la interrelación de todos los elementos que componen los derechos de la naturaleza.

Los seres humanos, como parte integral, nos nutrimos y desenvolvemos en ella, el sistema antrópico se construye desde su base natural. De la observación del paisaje se revela la identidad del territorio. Su análisis muestra cómo las generaciones pasadas han interactuado con el espacio y la naturaleza; se refleja las actividades que los seres humanos han desplegado, a través del tiempo.

La percepción y el conocimiento del paisaje, importa el principio de valoración y la una buena gestión para el ambiente, ante la pérdida de las especies a nivel mundial, nacional. A causa de la pérdida de biodiversidad, perdemos sistemas que hacen al cambio climático.

Es necesario implementar estrategias, desde la restauración y la protección al paisaje “Desde el parche hacia el paisaje”. La Estrategia de proteger a escala de paisaje, es el análisis a nivel de estudios de conectividad que ayudan a entender los focos de conservación y la función del paisaje y de los servicios ambientales que brindan.

En cuanto al instituto del paisaje, actualmente los académicos y científicos hablan de la necesidad de un plan de restauración del paisaje, es necesario el abordaje del paisaje especial y evaluar las estrategias para las planificaciones, en escalas, integrales, conectadas, debido a la intervención entre los diferentes sujetos privados, reservas naturales, gobiernos provinciales, municipales, la academia y los actores del territorio: organizaciones no gubernamentales y redes de vecinos en protección de los bienes comunes.

¹⁹⁶ Cafferatta, Néstor A., “En defensa del paisaje”.

PATRIMONIO CULTURAL

AUTORA: CAMILA CASTRO.

SUMARIO: 1. Definiciones- 2. Patrimonio cultural y actividad Judicial- 3. Patrimonio cultural-urbanístico- 4. Patrimonio Indígena - 5. Relación ambiente-patrimonio cultural - 6. Patrimonio cultural como Bien colectivo - 7. Derecho de propiedad y ambiente - 8. Acción de cese - 9. Daño moral ambiental - 10. Dos representaciones de Patrimonio cultural - 11. El Caso Zorrilla - 12. Protección jurídica del patrimonio Cultural - 13. Reflexión final.

1. DEFINICIONES

Para comenzar a comprender el concepto de patrimonio cultural y sus muy variadas aristas, es útil que en primer lugar hacer mención de la reforma constitucional del año 1994. En ese año, de manera muy acertada, se incorpora a la Carta Magna lo que se conocen como “nuevos derechos y garantías”.

Aquel reconocimiento tan esperado en su momento, ha significado al día de hoy múltiples mejoras para el desarrollo integral del ser humano, contemplando entre muchos otros derechos, a los bienes como el arte, la cultura y el medio ambiente como parte sustancial del desarrollo humano.

En concreto, es el art. 41 el que atañe para la construcción de una definición de patrimonio, dado que en él se reconoce al ambiente como un derecho colectivo, se le garantiza a las personas el derecho a gozar de un ambiente sano y asimismo, a participar en las decisiones que puedan afectarles. Establece, entre otras cosas, el instituto del amparo colectivo para protegerlo (art. 43), la integridad cultural de las comunidades indígenas (art. 75 inc. 17), el respeto a la identidad y pluralidad cultural (art. 75, inc. 19), todo en plena concordancia con el 2º párrafo del art. 41 que exige a las autoridades “...**la preservación del patrimonio cultural...**”, como integrante del derecho al ambiente...”.

Asimismo, en la esfera legal de la Provincia de Buenos Aires, la constitución local en su art. 28 incorpora el derecho al ambiente sano y reconoce a los habitantes de la Provincia el derecho a “...participar en la defensa del ambiente, de los recursos naturales y culturales...” y en consonancia, el art. 44 fija el deber de la Provincia de preservar, enriquecer y difundir su patrimonio cultural, histórico, arqueológico, etc., y el deber de desarrollar políticas orientadas a rescatar, investigar y difundir las manifestaciones culturales, individuales y colectivas.

Entre las definiciones doctrinarias de patrimonio cultural, se dice que lo que un pueblo va formando en su desarrollo se testimonia través de sus obras de arte o literarias, construcciones y edificios, entre otras, conformando así la identidad de una Nación y a su vez, permitiendo a generaciones futuras, tomar contacto con esas raíces. De allí que la Constitución haya impuesto a las autoridades el deber de amparar aquellos acontecimientos significativos que marcan la personalidad y acervo cultural de Argentina, desde los elementos naturales básicos que la hacen posible, hasta su legado histórico y cultural.

Por otra parte, la inclusión de los bienes inmateriales, de nuevas categorías en los bienes culturales (patrimonio cinematográfico, patrimonio arquitectónico del siglo XX, patrimonio de género, patrimonio de las minorías étnicas, etc.) amplían las categorías a proteger. Esta ampliación, cuyo máximo reconocimiento (aunque no el último) ha sido la interrelación entre la naturaleza y la cultura abona la teoría de un patrimonio integral.¹⁹⁷

Como se ha de suponer, tanto el derecho internacional como nacional han reconocido el Patrimonio Cultural en diversos instrumentos¹⁹⁸. En nuestro país la noción clásica del Patrimonio Natural y Cultural, se forma con la Ley 25197 que crea el “Registro Único de Bienes Culturales”, definiendo a el Patrimonio Cultural, como un universo de “bienes culturales, que integra con aquellos objetos, seres o sitios que constituyen expresión o el testimonio de la creación humana y la evolución de la naturaleza y que tienen un valor arqueológico, histórico, artístico, científico o técnico excepcional...”¹⁹⁹.

¹⁹⁷ “¿20 años no es nada? Un estudio de los debates constituyentes de 1994 sobre ambiente y patrimonio cultural”, Autoría colectiva Proyecto de Investigación “Codex Humano: Normas, tecnologías y programas para el gobierno de lo vivo” en REVISTA de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Santa Fe, Argentina Editorial: UNL

¹⁹⁸ Convenio de La Haya, 1954 y su Protocolo; el Convenio referente a las medidas a tomar para prohibir e impedir la importación, exportación o venta ilícita de bienes culturales (1970); el Convenio sobre la protección mundial, cultural y natural de 1972; Conferencia General en París sobre la Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural de 1970 (ratificada en nuestro país en enero de 1973); Convenio UNESCO para la Salvaguarda del Patrimonio Cultural Inmaterial de 2003, aprobado en Argentina por Ley 26118, etc.

¹⁹⁹ Como lo destaca Juan P. MOREL ECHEVERRÍA, en su obra de estudio, “Ambiente y Cultura como objetos de derecho”. Editorial Quórum, Buenos Aires, 2008.

En similar sentido la profesora y política chilena, MARIANA AYLWIN enseña que el “patrimonio cultural” y “patrimonio natural”, constituyen el “entorno” que le da sentido de pertenencia a un pueblo o una nación, lo reconoce en una historia, en una geografía, y lo proyecta en su especificidad al futuro. Así visto “patrimonio” es “todo” lo que contribuye a formar y consolidar la identidad de un lugar y con ello facilita la relación del hombre con el medio.

Para REY, GONZALO H., puede entenderse que patrimonio cultural es aquel conjunto de bienes materiales e inmateriales de caracteres intelectuales, artísticos o literarios, pertenecientes y valorados por una persona, comunidad, nación o Estado, que permanece o existe y representa un conjunto de carácter histórico, sujeto a mutaciones y que debe ser revisado permanentemente, siendo su factor determinante su carácter simbólico, su capacidad para representar simbólicamente una identidad.

A continuación, con la finalidad de organizar las diferentes implicaciones que el concepto de patrimonio cultural puede tener, se hará un breve desarrollo de los distintos escenarios donde el ambiente, el patrimonio cultural, las actividades sociales, y los derechos individuales se relacionan, a fin de que sean fáciles de identificar y comprender.

2. PATRIMONIO CULTURAL Y ACTIVIDAD JUDICIAL

Es atinente mencionar, ante todo, que por sí solas las disposiciones constitucionales y legales no garantizan la efectiva protección del patrimonio cultural. Aun existiendo normas cuyo espíritu normativo represente el ánimo de preservación y conservación patrimonial, para su efectividad es absolutamente necesario que el Estado eleve esta meta a un verdadero objetivo de gestión.

Un fallo que desarrolla los deberes del artículo 41 de la Constitución Nacional, la normativa internacional relacionada al tema y su tutela es el del Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario Nro. 2 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, “Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires c. GCBA”. En esta sentencia se establece el deber de las autoridades de la preservación del patrimonio natural y cultural.

En efecto, el tribunal adoptó judicialmente una postura frente a la solución de conflictos de esta índole:

“Producido un hecho dañoso que consuma la destrucción del patrimonio histórico o cultural de un pueblo, la actividad judicial debe tener dos objetivos claros: en primer término sancionar ejemplarmente la acción ilegal registrada y en segundo lugar con el producto de la reparación económica propender a mitigar el efecto negativo de la lesión. Por su parte, los habitantes tienen derecho a la preservación de su patrimonio histórico cultural y están legitimados para interponer acciones judiciales en su defensa.

El Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires tiene el deber de preservar, recuperar y difundir el patrimonio cultural, cualquiera sea su régimen jurídico y titularidad, la memoria y la historia de la ciudad y sus barrios. Así, resulta conveniente que, al igual que la preservación ambiental, la tutela del acervo cultural se haga efectiva a través del sistema de responsabilidad civil, que, como bien se ha sostenido, constituye un auténtico mecanismo de “control social” del agente dañoso”.

3. PATRIMONIO CULTURAL-URBANÍSTICO

Es muy frecuente que el entorno donde el ser humano se exprese y testimonie su identidad sea en las grandes ciudades o urbes. Cómo se regulan y ordenan las poblaciones en estos espacios físicos y en torno al patrimonio cultural ha sido tema de múltiples fallos.

Por ejemplo, la sentencia del Juzgado Contencioso Administrativo de la ciudad de La Plata, de 22/06/2006, “Asociación Civil Nuevo Ambiente Centro Vecinal Punta Lara c. Coordinación Ecológica Area Metropolitana Sociedad del Estado S.A.” analiza el patrimonio cultural desde la perspectiva del derecho urbanístico y describe las competencias municipales en relación a estas cuestiones.

Como problemática actual, se observa que las grandes concentraciones urbanas, consecuencia del desarrollo de la industria y el afán de rechazar todo aquello que no resulte “productivo”, han favorecido que en numerosas ocasiones se permita la destrucción de verdaderas obras de artes para ser sustituidas por modernos edificios con una gran capacidad de alojamiento pero que, en modo alguno pueden compensar la pérdida de un objeto que representa el sentir de otros tiempos.

En esta sentencia se considera al patrimonio cultural-urbanístico como contribución esencial a la elaboración de las culturas locales, constituyendo un elemento fundamental para el bienestar individual y social, su protección, su gestión y la preservación del patrimonio cultural-urbanístico, -tangible e intangible-, se erigen como sello identificador de una ciudad, región o país. En ese sentido, la competencia de la Municipalidad para regular el tema urbanístico se encuentra fuera de toda duda. Esa obligación le corresponde por tratarse de un punto central de la política que debe llevar adelante el gobierno local, al que la Constitución Nacional le reconoce su autonomía (art. 123, CN), y la ley local 2756 le faculta para hacerlo. En cuanto a la conservación del patrimonio cultural, es deber del municipio intervenir, pues hace a una de las garantías constitucionales.

4. PATRIMONIO INDÍGENA

Las representaciones, expresiones y conocimientos indígenas, así como también su práctica y transmisión constituyen en la mayoría de los casos la única vía a través de las que se mantienen vivas estas culturas.

En este sentido la Corte Interamericana de Derechos Humanos estableció en la sentencia del 17-6-2005 “Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay” que “La cultura de los miembros de las comunidades indígenas corresponde a una forma de vida particular de ser, ver y actuar en el mundo, constituida a partir de su estrecha relación con sus territorios tradicionales y los recursos que allí se encuentran, no sólo por ser estos su principal medio de subsistencia, sino además porque constituyen un elemento integrante de su cosmovisión, religiosidad y, por ende, de su identidad cultural”.

En la provincia de Chaco, el fallo del juzgado Civ. y Com. Nro. 6 Resistencia, 04/12/2008, “Instituto del aborigen chaqueño (I.D.A.CH.) y pueblos indígenas Qom, Wichi y Mocovi c. Gobierno de la provincia del Chaco y/o quien resulte responsable” reafirmó que la Constitución Provincial tiene como objetivo primordial el mejoramiento de las condiciones de vida de las comunidades indígenas, mediante su acceso a la propiedad de la tierra y la asignación de los recursos necesarios para reactivar sus economías, la preservación, defensa y revalorización de su patrimonio cultural, su desarrollo social y su efectiva participación en el quehacer provincial y nacional.

La garantía del derecho a la propiedad comunitaria de los pueblos indígenas debe tomar en cuenta que la tierra está estrechamente relacionada con sus tradiciones y expresiones orales, sus costumbres y lenguas, sus artes y rituales, sus conocimientos y usos relacionados con la naturaleza, sus artes culinarias, el derecho consuetudinario, su vestimenta, filosofía y valores. La jerarquía constitucional se traduce en la obligación de instituirse procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional para solucionar las reivindicaciones de tierras formuladas por los pueblos interesados.

5. RELACIÓN AMBIENTE-PATRIMONIO CULTURAL

Existe la discusión en torno a la inclusión del sintagma patrimonio cultural en el complejo ambiental que dificulta el adecuado tratamiento de uno y otro fenómeno por pertenecer las técnicas jurídicas de protección del medio físico y del cultural a categorías diferentes. Esto en atención a la diversidad ontológica de los objetos tutelados. No obstante, los constituyentes han indicado como mandato a “la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica”. Establecido así la característica integral del concepto.

Estos intentos unificadores han sido realizados en instrumentos internacionales, a partir del concepto que permite la protección de paisajes culturales. El más relevante de estos reconocimientos, sin dudas,

es el que realiza la Convención del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural como un desprendimiento de la categoría de bienes culturales establecida en el artículo 1, prescribiendo la sub-categoría “paisajes culturales”. Definidos como bienes que representan las obras “conjuntas del hombre y la naturaleza”, estableciendo que “el término ‘paisaje cultural’ comprende una gran variedad de manifestaciones de la interacción entre la humanidad y su entorno natural”.

En el ámbito jurídico nacional, esta concepción se ha puesto de manifiesto en la doctrina que ha concebido al paisaje como “la ilustración perfecta de la unión en torno de un patrimonio a la vez natural cultural”.²⁰⁰ Del mismo modo la jurisprudencia receptó la protección del paisaje como un bien complejo, que concentraba el derecho a un ambiente equilibrado con el derecho a la salud, a la calidad de vida y a la protección del entorno.²⁰¹

En el fallo “CIADA CONSTRUCCIONES S.A. s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado” y nº 6857/09, “GCBA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado” en “Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires c/ GCBA s/ otras demandas contra la aut. administrativa” de ahora en adelante “**fallo Millan**”, el tribunal debía decidir sobre la protección de un bien histórico cultural del barrio Flores, cuya demolición amenazaba y lesionaba derechos de incidencia colectiva.

En esta ocasión la Corte de Justicia de Bs As se explayó sobre la relación entre patrimonio cultural y ambiente, mencionando, entre otras características, **la indisponibilidad del bien por parte de una persona en perjuicio de derechos colectivos**, en sentido expresa: “Se ha afirmado que la inclusión del patrimonio cultural en el complejo ambiental dificulta el adecuado tratamiento de uno y otro fenómenos ya que las técnicas jurídicas de protección del medio físico y del cultural son distintas, en atención a la diversidad ontológica de los objetos tutelados. No obstante, ciertas afinidades permiten justificar la potestad interventora de la Administración en uno y otro campo, así como la naturaleza y el alcance de los poderes de que está investida, y, finalmente, las consecuencias que derivan de la afectación al acervo común, natural y cultural.”

Esta jurisprudencia ha permitido interpretar al patrimonio cultural y al ambiente en sí como parte de un concepto mismo, que merecen de las mismas protecciones legales. En este sentido es atinado pensar a la Ley general del ambiente, sus presupuestos mínimos y sus principios rectores como aplicables a aquellas causas donde se lesione el patrimonio cultural.

6. PATRIMONIO CULTURAL COMO BIEN COLECTIVO

Si los bienes culturales son parte del patrimonio colectivo, es necesario que las decisiones legislativas y judiciales tengan en cuenta la clasificación de derechos colectivos no individuales. La característica principal de esta categoría de derechos, es “poseer un doble carácter de no-exclusivos y no-distributivos; en donde nadie es titular indivisible del bien y no es susceptible de dividirse en partes”²⁰², por ello corresponde que el ordenamiento jurídico disponga las herramientas necesarias para evitar que el titular del soporte físico se apropie (y disponga según su exclusiva conveniencia) de su contenido inmaterial.

En este sentido, según lo sostenido por LORENZETTI, la ley nacional introduce el resarcimiento del daño moral colectivo, pues incluye dentro del concepto de “daño ambiental” las alteraciones relevantes que modifican negativamente los “valores colectivos”. A su vez el bien afectado integra el patrimonio cultural de la comunidad, constituyendo así un bien colectivo, al que Lorenzetti ²⁰³caracteriza por:

²⁰⁰ PRIEUR, Michel, “La Noción del Patrimonio Común” en Jurisprudencia Argentina, Buenos Aires, 1998. En el mismo sentido, LORENZETTI, Ricardo, “El Paisaje: un desafío en la teoría jurídica del derecho ambiental” en AAVV Edición Homenaje, Jorge Mosset Iturraspe UNL, Santa Fe, 2005.

²⁰¹ “¿20 años no es nada? Un estudio de los debates constituyentes de 1994 sobre ambiente y patrimonio cultural”, Autoría colectiva Proyecto de Investigación “Codex Humano: Normas, tecnologías y programas para el gobierno de lo vivo” en REVISTA de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Santa Fe, Argentina Editorial: UNL

²⁰² Cafferatta, Néstor en la obra Cafferatta, Néstor (Director) - en coautoría con Lorenzetti, Pablo - Rinaldi, Gustavo - Zonis, Federico, Tratado Jurisprudencial y Doctrinario. Derecho Ambiental, Tomo I, La Ley, 2012, p. 5.

²⁰³ Lorenzetti, Ricardo, “Responsabilidad colectiva, grupos y bienes colectivos”, publicado en La LEY, 1996-D, 1058 y “Las normas fundamentales de derecho privado”, p. 171

1. la indivisibilidad de los beneficios ya que el bien no es divisible entre quienes lo utilizan; su titularidad es difusa;
2. el uso es común, y el principio es la no exclusión de los beneficiarios porque todos los individuos pueden tener acceso a ellos;
3. tiene "status" normativo o sea reconocimiento jurídico previo

Esa "idea de lo colectivo" (involucra grupos, categorías, poblaciones) y las complejas situaciones subjetivas polarizadas en objetos (bienes de la vida, diría Chiovenda) resultan indivisibles, aunque de su uso y aprovechamiento fraccionado (desde el aire, el agua, la flora, las riquezas arqueológicas, los monumentos históricos, las obras estéticas, etc.), se establece un régimen o sistema jurídico que determina la comunicabilidad horizontal de tutela en favor de todos aquellos sujetos que, apresados en la conexidad (diríamos vital) de esa situación común, no juegan en solitario.

7. DERECHO DE PROPIEDAD Y AMBIENTE

En virtud de la multiplicidad de derechos individuales de los propietarios es que deben coordinarse de manera tal que se orienten a la preservación del bien colectivo.

En el caso CJ Salta, 25/07/2007, "Thomas, Horacio c. Bocanera SA", el bien colectivo es el patrimonio que para la historia y la cultura de la región representan "las ruinas", tanto las atribuidas a la "Ciudad Perdida de Esteco" como a todo otro vestigio arqueológico que denote el interés cultural, sin perjuicio de las imprecisiones que el mismo contenga. Y justificadas justamente por la carencia de estudios definitivos sobre el terreno que se procura resguardar, debe atenderse a la circunstancia de que la presente acción tiene por objeto exclusivo la tutela del patrimonio cultural como bien colectivo, en razón de lo cual adquiere prioridad absoluta la necesidad de evitar la continuación de acciones que impliquen el incremento del daño ya producido o la presencia de nuevos focos dañosos; bajo estas circunstancias, el complejo de obligaciones y deberes atribuidos al Estado Provincial se vincula con la determinación de acciones que permitan el logro de los objetivos con los que fue dictada la ley de protección al medio ambiente provincial.

Nuevamente, el **fallo Millan** trata este tema al manifestar " Si los bienes culturales son parte del patrimonio colectivo —y el elemento definitorio de los bienes integrantes del patrimonio histórico es su aptitud, de carácter inmaterial, para satisfacer necesidades culturales— corresponde que el ordenamiento jurídico disponga las herramientas necesarias para evitar que el titular del soporte físico se apropie (y disponga según su exclusiva conveniencia) de su contenido inmaterial. Tampoco es dable dudar sobre el deber de reparar las lesiones que se ocasionen al entorno histórico.". Otra sentencia que redujo el poder de propiedad individual en pos de proteger y preservar el patrimonio colectivo fue la **sentencia del 27 de agosto de 2013.-"Zorrilla, Susana y otro c/ E.N. - P.E.N. s/ expropiación - servidumbre administrativa", en adelante "causa Zorrilla"**, que discutió sobre "el dictado de la ley nacional 25.317 -que declaró como monumento histórico-artístico nacional al edificio que ocupa la "Casa Mansilla"- "se produjo en la práctica la anulación del derecho de propiedad", al quedar sometido al régimen de la ley 12.665 y sus modificatorias y decretos reglamentarios. (...) El inmueble en cuestión reviste un particular interés, tanto por su importancia histórica, derivada del hecho de haber pertenecido a una importante figura de la vida institucional y cultural de la Nación y de haber funcionado como Escuela Normal de Maestras n° 10, de 1915 hasta 1982, como por el valor artístico originado en sus singulares características arquitectónicas"

8. ACCIÓN DE CESE

La misma incluye pretensiones suspensivas que irán desde la detención de la polución causante de daño ambiental colectivo, de las agresiones al paisaje, llegando hasta la supresión de medidas que importen agravios al patrimonio cultural. En este sentido es que la mecanización de ella se presenta como clave en la ejecución del vector preventivo. Actuar después de que el daño se perpetró es "como no haber actuado".

9. DAÑO MORAL AMBIENTAL

Así, “el interés difuso o común resulta afectado cuando la calidad de vida sufre el impacto de la actividad humana individual o colectiva. El daño ambiental recae entonces en el patrimonio cultural si los bienes dañados son la obra artística, paisajística, urbanística o arquitectónica, que es común a una colectividad, ocasionando un daño moral colectivo al privar a un grupo social de las sensaciones y satisfacciones espirituales indispensables para el mantenimiento y mejora de la calidad de vida”²⁰⁴.

En el ya mencionado **fallo Millán**, La corte se expide sobre este tema diciendo “... podemos hallar una recomposición del bien jurídico afectado (patrimonio cultural) mediante una compensación al daño material y moral colectivo. (...) no existen inconvenientes en que, al igual que la preservación ambiental, la tutela del acervo cultural se haga efectiva a través del sistema de responsabilidad civil, que, al margen de su función reparadora, constituye un auténtico mecanismo de control policial del agente dañoso (...) Entiéndase que la supresión de los aspectos histórico culturales de la Ciudad, el desgarramiento en el mundo afectivo que se produce, ocasiona indudables efectos de orden patrimonial y extrapatrimonial, y lo que se mide en signos económicos no es la propiedad misma que ha afectado, sino la incidencia colectiva del daño (...) la noción de daño moral colectivo está íntimamente relacionada con el concepto de desmedro extrapatrimonial o lesión en los sentimientos identidad de los ciudadanos, en las afecciones legítimas o en la tranquilidad anímica, que no son equivalentes a las simples molestias, dificultades o perturbaciones que pueden llegar a producir un incumplimiento contractual, de lo contrario cualquier incumplimiento sería viable para producir un daño moral resarcible.

10. DOS REPRESENTACIONES DE PATRIMONIO CULTURAL

Se ha dicho que el patrimonio cultural de una comunidad está representado, en primera instancia, por el conjunto de los signos depositados, en el transcurso del tiempo, sobre el territorio que ésta habita. Que, como consecuencia de acciones repetidas tendientes a definir un habitar, deviene paisaje. El paisaje es entonces la forma primaria del patrimonio cultural y ambiental, comprendiendo al mismo tiempo, cualquier otro bien artístico.

La segunda forma del patrimonio cultural de una comunidad está constituida por los objetos de uso de la misma.

Esta segunda forma habita, por así decirlo, en la primera ofreciéndole al mismo tiempo una interpretación y una representación, dos modalidades de lectura y restitución icónica, a través de las cuales la primera forma se transforma en una realidad estética. Universidades, bibliotecas, teatros, centros culturales y museos, son los lugares en los cuales se produce esta transmutación de cosa física a bien cultural.

En este sentido, la protección del patrimonio cultural no puede abordarse sin atender la tutela del medio ambiente pues “ambiente” es una noción que incluye al patrimonio natural y cultural. Así, la tutela del ambiente se completa con la protección de los recursos naturales, como también de la preservación de los culturales; pues el medio ambiente humano ha sido conformado por la cultura. Esta interpretación es la que ha sido consagrada en el texto constitucional de la reforma de 1994.

11. PATRIMONIO CULTURAL Y CONVENIO DE PARIS

“Otro instrumento de enorme trascendencia sobre todo en nuestro país es el **Convenio sobre el Patrimonio Mundial, Cultural y Natural (París, 1972)**, que constituyó también una lista de sitios del patrimonio natural mundial que comprende espacios naturales de “valor universal excepcional” con la finalidad de protegerlos (art. 11.2). Las inclusiones se realizan por un comité de la UNESCO a iniciativa de los Estados, que asumen compromisos de conservación de los sitios.

El comité tiene además competencia para formar una lista del patrimonio mundial en peligro, donde se incluyen los sitios amenazados “por peligros graves y precisos” (art. 11.4). La incorporación de sitios a

²⁰⁴ Naturaleza del daño moral ambiental colectivo, Cafferatta, Néstor A., LLC 2006-1

ellas conlleva la posibilidad de medidas de cooperación y asistencia internacionales sostenidas mediante el fondo del patrimonio mundial (arts. 13 a 18).

Recordemos que una de las cuestiones más importantes del derecho ambiental es la extensión del concepto de medio ambiente, algo que hemos explicado en capítulos precedentes. La delimitación del concepto de medio ambiente es fundamental pues a partir de él se sabrá cuáles son los bienes que lo integrarán, bienes colectivos acreedores de la protección constitucional en nuestro país dispensada por el artículo 41, CN, y del resto de la legislación ambiental existente.

Para resumir este tema que ya hemos tratado en profundidad en otro lugar, se puede decir que existen en realidad dos tipos de conceptos de medio ambiente: uno restringido y otro amplio. La diferencia entre ellos radica en que los que adoptan el primer criterio se circunscriben en su definición a los elementos estrictamente físicos, dejando de lado los aspectos culturales y sociales, mientras que los segundos incluyen estos últimos.

Pues bien, el caso “Hoja de Tilo”²⁰⁵ trata sobre una reserva urbana, ubicada en la ciudad de La Plata, la que es protegida en el marco de las normas ambientales, por integrar el patrimonio cultural, considerando el ambiente en un sentido amplio. “Desentenderse de los efectos que sobre el ambiente urbano y el patrimonio cultural pueda provocar la iniciativa de reformas normativas estaría reñido con el principio de progresividad vigente en esta materia (art. 4º, ley 25.675; CSJN, Fallos 329:2316) que, al tiempo que procura la mejora gradual de los bienes ambientales supone que los estándares de protección vigentes o actualmente logrados, no sean sustituidos por otros, inferiores u ostensiblemente ineficaces”.

12. EL CASO “ZORRILLA”

En la causa “Zorrilla Susana c/ Estado Nacional” se da el tratamiento de conceptos propios del patrimonio cultural, de su preservación y conservación, sobre los límites a el derecho de propiedad y la extensión del daño moral ambiental. Por todas estas cuestiones es que se vuelve necesario realizar un desarrollo más extenso sobre las decisiones adoptadas por el tribunal.

En este caso la Corte Suprema confirma una sentencia de cámara que había admitido la demanda de expropiación irregular promovida por los actores, resolviendo que el inmueble conocido como “La casa de Mansilla” se incorpórase al patrimonio del Estado Nacional a los efectos de resguardar ese monumento histórico artístico que se encontraba amenazado de destrucción (...) destacando que la propiedad reviste un particular interés histórico ya que perteneció al escritor, político, periodista y militar Lucio V. Mansilla y funcionó como Escuela Normal de Maestras N° 10, de 1915 hasta 1982. Además, se puso de resalto su valor artístico originado en sus singulares características arquitectónicas.²⁰⁶

Inicialmente este fallo hace una breve revisión de las normas y mecanismos que protegen los patrimonios históricos y culturales“(…) si bien es cierto que del esquema contemplado por la ley 12.665 y su decreto reglamentario no se sigue que la declaración de “monumento histórico-artístico” traiga aparejada, por sí sola, la obligación del Estado Nacional de expropiar cada cosa que se declare comprendida en su régimen, los elementos adjuntados a la causa resultan demostrativos de que la declaración contenida en la ley 25.317, y las circunstancias que siguieron a tal decisión, no implicaron una simple restricción al derecho de propiedad de los actores sino un verdadero cercenamiento de ese derecho pues operaron como un evidente obstáculo para que pudieran disponer libremente del inmueble.” (Consid. 16)

²⁰⁵ La Suprema Corte bonaerense en el caso “Fundación Biósfera y otros v. Municipalidad de La Plata s/inconst. ord. 10.703”, del 24 de mayo del año 2011. Los antecedentes son que las organizaciones no gubernamentales “Fundación Biósfera”, asociación civil “Hoja de Tilo” y asociación civil “Nuevo Ambiente” promueven demanda originaria de inconstitucionalidad en relación a la ordenanza 10.703/2010, que establece un nuevo ordenamiento territorial y regula el uso del suelo en el Partido de La Plata.

²⁰⁶ fragmento extraído de “<https://www.cij.gov.ar/nota-12075-La-Corte-asegura-la-preservaci-n-de-un-inmueble-por-formar-parte-del-Patrimonio-Cultural-de-la-Naci-n.html>”

Luego el fallo encara una **definición de patrimonio cultural** "(...) el patrimonio cultural de una nación preserva la memoria histórica de su pueblo y, en consecuencia, resulta un factor fundamental para conformar y consolidar su identidad. Es por ello que su tutela por parte del Estado adquiere vital importancia puesto que permite preservar los testimonios de civilizaciones pasadas y presentes, los que resultan indispensables puntos de referencia de toda sociedad a la hora de programar sus proyectos sociales futuros." (Consid. 9º) Y continúa reforzando **la obligación de los Estados de preservar el patrimonio cultural** "(...) la necesidad de resguardar ese legado fue recogida por los constituyentes de 1994 quienes en el artículo 41 de la Constitución Nacional expresamente establecieron como obligación de las autoridades federales la de proveer a la "...preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica...". (Consid. 10). Realiza una revisión de los **considerandos internacionales que tratan este tema** " (...) la preocupación por la protección del patrimonio cultural también aparece receptada en la Convención para la Protección del Patrimonio Mundial Cultural y Natural acordada por la UNESCO en 1972 (y aprobada por la ley 21.836) en la que se destacó que el patrimonio cultural y el patrimonio natural se encuentra cada vez más amenazado de destrucción no solo por las causas tradicionales de deterioro sino también por la evolución de la vida social y económica que las agrava con fenómenos de alteración o de destrucción aún más temibles (...) (Consid. 11) ...queda puesta de relieve con singular nitidez la imperiosa necesidad de actuar en resguardo de la preservación de esta propiedad cuyo valor histórico, arquitectónico y cultural ya fue señalado. En este punto no resulta ocioso insistir en que **"los bienes culturales no son solo mercancía, sino recursos para la producción de arte y diversidad, identidad nacional y soberanía cultural, acceso al conocimiento y a visiones plurales del mundo"** (UNESCO, Nuestra diversidad creativa: Informe de la Comisión Mundial de Cultura y Desarrollo, septiembre 1996) y es por ello que su preservación (Consid. 15)

Sobre los **límites a la propiedad individual**, en este caso se hizo hincapié en que sus dueños no lo podían administrar ni proteger y que una comisión protectora promovía la conservación de la casona, evitando saqueos y peticionando a las autoridades por más seguridad y limpieza. En este sentido la corte resolvió que la expropiación era el único medio apto para proteger a un inmueble de indudable valor cultural y, de esta forma, respetar las disposiciones del artículo 41 de la Constitución Nacional en el que se impone a las autoridades el deber de preservar el patrimonio natural y cultural de la Nación.

"Que si bien es cierto que del esquema contemplado por la ley 12.665 y su decreto reglamentario no se sigue que la declaración de "monumento histórico-artístico" traiga aparejada, por sí sola, la obligación del Estado Nacional de expropiar cada cosa que se declare comprendida en su régimen, los elementos adjuntados a la causa resultan demostrativos de que la declaración contenida en la ley 25.317, y las circunstancias que siguieron a tal decisión, no implicaron una simple restricción al derecho de propiedad de los actores sino un verdadero cercenamiento de ese derecho pues operaron como un evidente obstáculo para que pudieran disponer libremente del inmueble. Pero, lo que es más importante aún, esos mismos elementos también han puesto claramente en evidencia que **la expropiación resulta ser en el caso el único medio apto para garantizar el acabado cumplimiento de la manda contenida en el artículo 41 de la Constitución Nacional y las leyes, esto es, asegurar la preservación de un inmueble cuyo valor cultural ha sido reconocido por todos los involucrados en el pleito**. Máxime si se repara en que la declaración estatal formulada en la ley 25.317 no parece haber contribuido a mejorar el estado de preservación del inmueble o, tan siquiera, a preservarlo"

13. REFLEXIONES FINALES

La preservación del patrimonio natural y cultural, toda vez que se entiende como el instrumento más efectivo para garantizar a las generaciones futuras el contacto con sus raíces debe ser jurídicamente protegido. Son las manifestaciones significantes de las sociedades las que otorgan al colectivo el sentido de pertenencia y de disfrute compartido las que conforman finalmente el desarrollo pleno de la personalidad individual y colectiva.

Es por esto que se debe alentar al Estado a que sostenga sus deberes de protección aplicando por un lado las normas que derivan de la Constitución Nacional y protegen ante quienes buscan apropiarse exclusivamente de bienes que tienen significancias inmateriales para el colectivo y, por otro lado, insistir en la importancia de que el Estado fomente y facilite la libre creación y circulación del patrimonio

cultural. Es decir que efectivamente destine recursos a aquellos autores, artistas y espacios culturales que materializan con su trabajo la expresión de identidad de todo un pueblo y son el motor día a día de la autogestión, la libre expresión, la diversidad, la cooperación y la independencia de contenidos.

EL ARTICULO 41 DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL EN EL SIGLO XXI

AUTORA: GABRIELA M. COSENTINO

SUMARIO: 1. Palabras iniciales. - 2. La protección del ambiente en la Constitución Nacional. - 3. El art. 41 de la Constitución Nacional: análisis e importancia. 3. a El art. 41 impone un objetivo ambientalista que se proyecta sobre todo el ordenamiento jurídico. 3.b. El artículo 41 tiene un componente biocéntrico o ecocéntrico. 3.c. El art. 41 de la CN establece la protección de un ambiente adjetivado. 3.d. Son portadores de la tutela regulada en el art. 41 de la CN todos los habitantes (humanos y no humanos). 3.e. El art. 41 de la CN acoge el enfoque de “una sola salud”, ello por cuanto protege la salud del ambiente y la de quienes lo integran (humanos y no humanos), como una unidad. 3.f. El art. 41 protege a las generaciones presentes y futuras (humanas y no humanas). 3.g. La preservación del ambiente es un deber constitucional previsto en el art. 41 de la CN. 3.h. El Daño ambiental es un daño constitucionalizado y su recomposición es una obligación prioritaria. 3. i. Es deber de las autoridades proveer a la tutela del derecho al ambiente, 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. 3.j. El art. 41 de la CN prohíbe el ingreso al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos y de los radiactivos. 4. los presupuestos mínimos de protección ambiental. - 5. La recepción de la tutela ambiental constitucional en la reciente jurisprudencia de la CSJN y su evolución. 6. Reflexiones finales. -

1. PALABRAS INICIALES

En este trabajo abordaremos sintéticamente el análisis del artículo 41 de la Constitución Nacional (CN), haciendo una breve referencia al bloque de constitucionalidad ambiental que se conforma a partir de la reforma constitucional en el año 1994.

Nuestro objetivo es señalar sucintamente cual es el espíritu e importancia del artículo 41 de la CN, y cuáles son los mandatos que prescribe en pos de la protección y recomposición del ambiente en favor de las generaciones presentes y futuras.

Creemos oportuno resaltar desde el principio la trascendencia que reviste hoy en el siglo XXI este marco normativo para nuestro país, pues, como veremos nos impone y nos brinda valiosas pautas y mandatos, que se proyectan sobre todo el ordenamiento jurídico constitucional e infraconstitucional, para ejercer el derecho en favor de la tutela del ambiente del que somos parte los seres humanos y no humanos, como así también para hacer frente a la incertidumbre, y a la velocidad de los cambios que forman parte de nuestro contexto actual.

Finalmente, destacaremos algunos de los preciosísimos precedentes de la Corte Suprema de la Justicia de la Nación (CSJN) que han receptado los derechos ambientales desde la perspectiva constitucional.

2. LA PROTECCIÓN DEL AMBIENTE EN LA CONSTITUCIÓN NACIONAL

La constitucionalización de los derechos ambientales, se consagra de modo expreso en nuestro país con la reforma constitucional del año 1994. En tal sentido, con la reforma, se introducen en la CN los artículos 41, 43 párrafo 2°²⁰⁷, de contenido procesal; 75 incisos 17, 19 y 22²⁰⁸; 124²⁰⁹ y 125 párrafo 2°²¹⁰, conformándose así el bloque de constitucionalidad ambiental.

El artículo 41 de la CN es la norma cardinal, pues establece, de manera clara y contundente el derecho – deber al ambiente; pero no a cualquier ambiente, sino a un ambiente sano, equilibrado y apto, para las

²⁰⁷ Art. 43 párr. 2° CN : *“Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo (...) Podrán interponer esta acción (...) en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente(...), 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, (...)”*

²⁰⁸ Art. 75 CN.- *“Corresponde al Congreso: (...)”*

“17. Reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos. Garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural; reconocer la personería Jurídica de sus comunidades, y la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan; y regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; ninguna de ellas será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargos. Asegurar su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten. Las provincias pueden ejercer concurrentemente estas atribuciones” (...)

“19. Proveer lo conducente al desarrollo humano (...) Proveer al crecimiento armónico de la Nación y al poblamiento de su territorio; promover políticas diferenciadas que tiendan a equilibrar el desigual desarrollo relativo de provincias y regiones.(...) Dictar leyes que protejan la identidad y pluralidad cultural, la libre creación y circulación de las obras del autor; el patrimonio artístico y los espacios culturales y audiovisuales.” (...)

22. Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional (...).”

²⁰⁹ Art. 124 CN.- *“(…)Corresponde a las provincias el dominio originario de los recursos naturales existentes en su territorio.”*

²¹⁰ Art. 125 CN – *“Las provincias pueden celebrar tratados parciales para fines de administración de justicia, de intereses económicos y trabajos de utilidad común, con conocimiento del Congreso Federal; y promover (...) la exploración de sus ríos, por leyes protectoras de estos fines, y con sus recursos propios. Las provincias y la ciudad de Buenos Aires pueden (...) promover (...) el desarrollo humano, la generación de empleo, la educación, la ciencia, el conocimiento y la cultura”.*

generaciones presentes y futuras. Es decir, derecho a un ambiente que “debe cumplir con todos y cada uno de los términos que lo adjetivan”²¹¹; imponiendo la norma constitucional el deber de preservarlo y la obligación prioritaria de recomponerlo en caso de daño.

Por otra parte, el artículo 41, a partir de la incorporación de los presupuestos mínimos de protección ambiental (PMPA) en su párrafo 3º, modifica y transforma el sistema hasta entonces vigente para legislar, aplicar e interpretar las normas en materia ambiental.²¹²

La conformación del referido bloque de constitucionalidad ambiental, resulta un hito de gran relevancia para el derecho argentino, pues, constituye un nuevo punto de partida para la expansión de la tutela del ambiente, en el ordenamiento jurídico y en la jurisprudencia. Decimos nuevo punto de partida puesto que ya desde antes de la reforma constitucional de 1994, normas²¹³ y fallos de gran relevancia con fundamento en el art. 33²¹⁴ de la CN, bregaron por la defensa del ambiente, y sirvieron de antecedentes a la reforma. Entre los precedentes destacados se encuentran “Saladeristas de Barracas” y “Kattán”.²¹⁵

Por otra parte, cabe recordar que la protección del ambiente ya se hallaba reconocida por el derecho internacional y convencional, por la declaración de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente (Estocolmo, 1972), por la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) ratificado por ley 23.054, y por el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales aprobado por ley 23.313, los que a partir del año 1994 poseen rango constitucional de conformidad con lo dispuesto por el inc. 22 del art. 75 CN.²¹⁶

Sumado a lo expuesto, el ingreso del derecho al ambiente sano en la CN, produce además una mutación trascendental y revolucionaria, en el sistema jurídico, dado que en aquellos conflictos donde se halle

²¹¹ FALBO, Aníbal J, Derecho Ambiental, 1ra ed. La Plata, Librería Editorial Platense, 2009, p.50.

²¹² Remitimos al artículo de esta obra, titulado: “los presupuestos mínimos de protección ambiental: un concepto jurídico multidimensional”, donde nos explayamos sobre el alcance del término “Presupuestos Mínimos de Protección Ambiental”.

²¹³ En relación a las leyes ambientales, anteriores a la reforma constitucional de 1994, podemos citar la Ley bonaerense 5965 de “Ley de protección a las fuentes de provisión y a los cursos y cuerpos receptores de agua y a la atmósfera”, sancionada el 30/10/1958 y publicada en el Boletín Oficial el 02/12/1985, y, que aún vigente con modificaciones, en su art. 2, ya establecía, “Prohíbese a las reparticiones del Estado, entidades públicas y privadas y a los particulares, el envío de efluentes residuales sólidos, líquidos o gaseosos, de cualquier origen, a la atmósfera, a canalizaciones, acequias, arroyos, riachos, ríos y a toda otra fuente, curso o cuerpo receptor de agua, superficial o subterránea, que signifique una degradación o desmedro del aire o de las aguas de la Provincia, sin previo tratamiento de depuración o neutralización que los convierta en inoocuos e inofensivos para la salud de la población o que impida su efecto pernicioso en la atmósfera y la contaminación, perjuicios y obstrucciones en las fuentes, cursos o cuerpos de agua.”

²¹⁴ Art. 33 CN.-“ Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno”.

²¹⁵ Hutchinson y Falbo, destacan como emblemáticos al caso “Saladeristas de Barracas”, CSJN, sent. del 14/05/1887, Fallos, 1:273, y el caso “Kattan Alberto y otros c. Estado Nacional”, Juzgado Nac. Cont. Adm. Fed. Sent. del 10/05/1983, ED 105-245. En Saladeristas se estableció “Que los saladeristas de Barracas no pueden por consiguiente invocar ese permiso para alegar derechos adquiridos, no solo porque él se les concedió bajo la condición implícita de no ser nocivos a los intereses generales de la comunidad, sino porque ninguno puede tener un derecho adquirido de comprometer la salud pública, y esparcir en la vecindad la muerte y el duelo, con el uso que haga de su propiedad y especialmente con el ejercicio de una profesión o de una industria”, para luego agregar que “la autorización de un establecimiento industrial está siempre fundada en la presunción de su inocuidad, y no obliga al Gobierno que la concedió, cuando esta presunción ha sido destruida por los hechos, pues en tal caso, el deber que sobre él pesa de proteger la salud pública contra la cual no hay derechos adquiridos, recobra toda su fuerza, y no sólo puede imponer al establecimiento nuevas condiciones, sino retirar la autorización concedida, si éstas no se cumplieran o fueran ineficaces para hacerlos completamente inoocuos”. Y “Kattan”, por cuanto “ Este amparo se ha convertido en un paradigma de defensa ambiental, pues trata con amplitud el tema de legitimación activa entendiendo que es un derecho subjetivo el derecho que tiene cada habitante a que no se modifique su hábitat y que todo ser humano posee un derecho subjetivo a ejercer las acciones tendientes a la protección del equilibrio ecológico”. Ver Tomás Hutchinson - Aníbal J. Falbo -. Derecho Administrativo Ambiental en la Provincia de Bs AS, Librería Editora Platense 2011.p. 59 y sgtes.

²¹⁶ En tal sentido se expresa la Cámara Nacional Civil, Sala H, de fecha 01/10/1999, en la causa “Subterráneos de Buenos Aires SE c. Propietario de la Estación de Servicio Shell calle Lima Entre Estados Unidos e Independencia.”, frente al planteo de la firma Shell, demandada por derrame de hidrocarburos, sosteniendo además que “...el cuestionamiento realizado por la empresa demandada, Shell C.A.P.S.A. respecto de la inexistencia de norma que lleve como consecuencia de la producción de daño al ambiente la obligación de reparar, al entender que el art. 41 CN. a la directiva de recomponer el ambiente le adiciona la condición de que una ley regule la forma en que los responsables de este daño deben remediarlo, es desconocer la operatividad de las normas contenidas en los Tratados y las de la Constitución misma”.

involucrado el ambiente²¹⁷ como bien jurídico a proteger, los esquemas clásicos del derecho²¹⁸ para aplicar e interpretar las normas se verán transformados, a la luz de los nuevos mandatos constitucionales ambientales²¹⁹ que establecen el derecho - deber de tutelar el ambiente, su definición y pautas rectoras. Ello por cuanto, al constituir el derecho al ambiente sano la condición, o presupuesto, para el ejercicio del resto de los derechos fundamentales, las normas constitucionales ambientales funcionarán siempre como prisma para la interpretación de los demás derechos y de las normas infraconstitucionales.

En resumen, como bien señala CAFFERATTA,²²⁰ “(...) la Reforma de la Constitución Nacional de 1994 (...) estatuye una amplia tutela ambiental, que pasa por una doble normativa de protección: una central, con sede en el Artículo 41 de la Constitución Nacional, y otra procesal, con eje en el Artículo 43, e incidentalmente, variadas referencias, en el Artículo 75 inciso 17 (pueblos indígenas), Artículo 75 inciso 19 y Artículo 125, párrafo 2º (desarrollo humano), Artículo 124 (dominio originario de los recursos naturales). Además, con el otorgamiento de jerarquía constitucional a una amplia lista de instrumentos de derechos humanos internacionales, (Artículo 75 inciso 22), (...) fortalece el derecho humano al ambiente, que encuentra fundamento (...) en el Artículo 12 b del P.I.D.E.S (Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales), y en el (...) Artículo 11 del Protocolo de San Salvador(...)”; así lo sostiene el autor, citando las enseñanzas de Humberto QUIROGA LAVIÉ - Miguel BENEDETTI y María de las Nieves CENICACELAYA.

Respecto a los tratados, debemos hacer un paréntesis, para referirnos a “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”²²¹, (“Acuerdo de Escazú”), primer acuerdo regional ambiental de América Latina y el Caribe, al cual Argentina adhirió a través de la Ley 27.566²²². Las normas contenidas en el Acuerdo de Escazú, constituyen un piso mínimo o básico para cada Estado Parte, ello surge del art. 4.7²²³. Por esa razón, cuando en algún Estado Parte se encuentren regulados dispositivos que optimizan, potencian, mejoran o fortalecen la protección del ambiente, se aplicarán por sobre los que se hallan en Escazú, en todo lo que superen el piso establecido por este último. Así lo explica FALBO²²⁴, en relación a la participación ambiental, con quien coincidimos, y hacemos extensiva su interpretación a todos los institutos regulados en el Acuerdo de Escazú.

Volviendo al análisis de la doctrina en cuanto a la reforma constitucional de 1994 y la incorporación expresa de los derechos ambientales, BIDART CAMPOS²²⁵ indica que “ (...) la Constitución Nacional da acogida a una materia que se ubicaba antes de la Reforma, en los intereses difusos (derechos de tercera generación), y en los derechos implícitos del Artículo 33 de la Ley Suprema. Ahora, concluye, se pueden ubicar entre los derechos humanos fundamentales (cita a Eduardo JIMENEZ, Alberto DALLA VIA, Marcelo LÓPEZ ALFONSÍN, Mario VALLS) (...)”.

A su vez, como ya hemos adelantado, “(...) la Cátedra de Derecho Constitucional de la Universidad de La

²¹⁷Según la doctrina de la CSJN “...el ambiente es un bien colectivo, de pertenencia comunitaria, de uso común e indivisible”. Considerando 5º, Provincia de La Pampa c/ Provincia de Mendoza s/ Uso de aguas, CSJN 1/12/2017, reafirmado lo manifestado en el precedente Mendoza. Ver en tal sentido LORENZETTI, Ricardo L. - LORENZETTI, Pablo, "Derecho Ambiental", Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2018, p. 99 y ctes.

²¹⁸ Pensados y diseñados para la resolución de conflictos donde están involucrados derechos individuales, de contenido patrimonial.

²¹⁹ Denominados como bloque de constitucionalidad ambiental.

²²⁰ Cafferatta, Néstor en la obra Cafferatta, Néstor (Director)- en coautoría con Lorenzetti, Pablo – Rinaldi, Gustavo – Zonis, Federico, Tratado Jurisprudencial y Doctrinario. Derecho Ambiental, Tomo I, La Ley, 2012, p. 203.

²²¹ Celebrado el 4 de marzo de 2018 en Escazú, Costa Rica.

²²² Ley 27.566, Publicada en el B.O: 19/10/2020.

²²³ “Nada de lo dispuesto en el presente Acuerdo limitará o derogará otros derechos y garantías más favorables establecidos o que puedan establecerse en la legislación de un Estado Parte o en cualquier otro acuerdo internacional del que un Estado sea parte, ni impedirá a un Estado Parte otorgar un acceso más amplio a la información ambiental, a la participación Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación pública en los procesos de toma de decisiones ambientales y a la justicia en asuntos ambientales” (Art. 4.7 del Acuerdo de Escazú)

²²⁴ Falbo, Aníbal J. Acuerdo de Escazú (ley 27.566): una maquinaria eficaz, concreta y sofisticada para la participación ambiental de los habitantes. LA LEY 09/11/2020, 09/11/2020, 1. Cita Online: AR/DOC/3683/2020

²²⁵ Cafferatta, Néstor en la obra Cafferatta, Néstor (Director)- en coautoría con Lorenzetti, Pablo – Rinaldi, Gustavo – Zonis, Federico... Ob. cit, p.203.

Plata (QUIROGA LAVIÉ, BENEDETTI, CENICECALAYA), propicia una lectura conjunta y sistemática de los artículos 41 (de defensa sustantiva del derecho ambiental) y del artículo 43 (de tutela procesal), poniendo el acento en el carácter colectivo del derecho a un ambiente sano. Y que el mismo opera como “matriz” de todos los demás derechos fundamentales, constituyéndose de esta forma, en “el presupuesto del ejercicio de cualquier derecho”.²²⁶

En coincidencia con lo expuesto y en relación al art. 41 CN, CAFFERATTA²²⁷ sostiene que “(...) el adjetivo que luce en la fórmula constitucional, en virtud de la cual se consagra el derecho a un ambiente, sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano, no hace sino poner de manifiesto esta última apreciación. Que el derecho ambiental sea apto para el desarrollo humano, significa que es un “presupuesto” del desarrollo humano (conforme lo predica, José L. CAPPELLA)”.

3. ARTÍCULO 41 EN LA CONSTITUCIÓN NACIONAL: ANÁLISIS E IMPORTANCIA.

En este título nos centraremos en el análisis del art. 41 de la CN, como adelantamos la norma cardinal en la cual se enclava la protección del ambiente, cuyo alcance y contenido se proyecta y ha de proyectarse sobre todo el ordenamiento jurídico, constitucional e infraconstitucional.”

Antes de avanzar, cabe tener presente el contenido expreso del artículo 41 CN, el cual prescribe:

“Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley.

Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales.

Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquéllas alteren las jurisdicciones locales.

Se prohíbe el ingreso al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos, y de los radiactivos.”

Ahora sí, con lo expuesto avanzamos.

3.a El art. 41 impone un objetivo ambientalista que se proyecta sobre todo el ordenamiento jurídico.

En torno a la importancia del art. 41, coincidimos con FALBO²²⁸, quien sostiene que “...el artículo 41 de la Constitución Nacional es una norma de gran trascendencia, no sólo por cuestiones demasiado evidentes, como que establece el derecho al ambiente y brinda sus pautas rectoras, sino también porque impone un objetivo ambientalista prioritario para el Derecho, expandiendo sus efectos a todo el ordenamiento jurídico, que funciona como un férreo límite para la normativa infra-constitucional, se erige como una pauta estricta y operativa de actuación ineludible tanto para los poderes públicos como para los sujetos particulares y además de otros principios establece el de prioridad del ambiente (...) y rediseña el proceso judicial. A todo esto se suma el paradigma de la intergeneracionalidad como idea rectora básica de todo el derecho al ambiente, columna vertebral y exigencia ineludible para que exista un ambiente sano, equilibrado y apto.”

3.b. El artículo 41 tiene un componente biocéntrico o ecocéntrico.

El art. 41 de la CN “(...) posee un fuerte, decidido, claro y principal componente biocéntrico o ecocéntrico, y en su consecuencia es una norma que ha dejado atrás al antropocentrismo y ha

²²⁶ Cafferatta, Néstor en la obra Cafferatta, Néstor (Director)- en coautoría con Lorenzetti, Pablo – Rinaldi, Gustavo – Zonis, Federico, ... Ob. cit, p.203.

²²⁷ Cafferatta, Néstor en la obra Cafferatta, Néstor (Director)- en coautoría con Lorenzetti, Pablo – Rinaldi, Gustavo – Zonis, Federico, ... Ob. cit, Tomo I, La Ley, 2012, p.203.

²²⁸ FALBO, Aníbal J, Derecho Ambiental...Ob.cit. p. 47.

inaugurado —en concreto— el estadio biocéntrico del derecho ambiental”, así lo expresa FALBO²²⁹, remarcando además que el art. 41 de la CN “(...) es una puerta: de salida del antropocentrismo y de entrada al biocentrismo, a los derechos de la Naturaleza. De esa manera los derechos de los humanos no solo están incluidos, sino que pasan a estar protegidos de una forma superadora, más eficaz y completa. Pues al proteger a todos, se protege mejor a las partes, y una de esas partes es el ser humano...”.

En consecuencia, según el autor el art. 41 CN irradia biocentrismo a todo el universo normativo: “De tal forma el art. 41 CN, puede definirse como el postulado que determina la prevalencia de los derechos ambientales, o de los derechos de la naturaleza, por sobre los derechos de los humanos (que dijimos incluye a los humanoides), si sucede que estos alteran (o pueden alterar) negativamente al ambiente, por ejercicios utilitaristas o bien económicos o bien individualistas o bien patrimoniales. El art. 240 del Cód. Civ. y Com. reproduce y concreta este enfoque”²³⁰.

En la misma línea de pensamiento que el autor, entendemos que se encuentra la jurisprudencia de la CSJN, en los precedentes “Fernández”²³¹, “Atuel”²³², “Majul”²³³, y “Equística”²³⁴, relativos a conflictos ambientales²³⁵, a los que haremos alusión en el Título 4. No obstante, adelantamos que es en esos precedentes, donde el Máximo Tribunal de la Nación, de manera expresa y terminante, sostiene que, la visión y regulación jurídica del ambiente basada en un modelo antropocéntrico y puramente dominial, ha cambiado sustancialmente en los últimos años en favor de un paradigma jurídico eco-céntrico, o sistémico, que no tiene en cuenta solamente los intereses privados o estatales, sino también los del mismo sistema.

3.c. El art. 41 de la CN establece la protección de un ambiente adjetivado

En los primeros párrafos de este trabajo, resaltamos como cuestión esencial que el ambiente tutelado por la CN, en el art. 41, no es cualquier ambiente, sino un ambiente calificado, adjetivado, cualificado, en la propia Carta Magna, así lo señalan con claridad reconocidos autores, a los que haremos referencia a continuación.

CAFFERATTA²³⁶, siguiendo los estudios de Germán J. BIDART CAMPOS, CAFFERATTA²³⁷, entiende, que “(...) nos adentramos en lo que este autor ha denominado las “**calificaciones**” (**adjetivaciones**)²³⁸ del ambiente. Y aunque QUIROGA LAVIÉ- BENEDETTI- CENICACELAYA, insinúan que puede que resulte sobreabundante calificar el ambiente de “sano, equilibrado y apto”, se afirma la idea postulada por estos mismos autores, que resulta una posición “práctica” (no DECLAMATIVA), pues se trata de “especificar” el contenido de los nuevos derechos y una protección más amplia (...)”.

En coincidencia con lo expuesto, y desarrollando esos argumentos, FALBO²³⁹ agrega que las “... cualidades constitucionales del ambiente, además de definirlo, poseen un gran valor práctico, no meramente declamativo; el ambiente constitucionalizado no es cualquier ambiente, es uno en particular: sano, equilibrado apto para el desarrollo humano y en el que no se comprometan las

²²⁹ FALBO, Aníbal J. El término "habitantes" del artículo 41 de la Constitución Nacional excede a los seres humanos. Revista de Derecho Ambiental, cita on line AP/DOC/997/2017.

²³⁰ FALBO, Aníbal J. El término "habitantes" del artículo 41 de la Constitución Nacional excede a los seres humanos...Ob. cit.

²³¹ “Fernández, Miguel Ángel s/ infracción ley 24.051, CSJN, sent del 22/08/2019”. Fallos 342:1327.

²³² “Buenos Aires, Provincia de c/ Santa Fe, Provincia de s/ sumarísimo -derivación de aguas”, B. 528. XXXVI. ORI, 03/12/2019. Fallos: 342:2136.

²³³ “Majul, Julio Jesús c/ Municipalidad de Pueblo General Belgrano y otros s/ acción de amparo ambiental”, 11/07/2019 (Fallos: 342:1203)”. Fallos: 342:1203”.

²³⁴ Equística Defensa del Medio Ambiente Aso. Civ. c/ Santa Fe, Provincia de y otros s/ amparo ambiental. CSJN. sent. del 11/08/2020. Fallos: 343:726.

²³⁵ Que denomina “policéntricos”, por hallarse en juego diferentes centros de interés, como bien desarrollaremos en el punto 3.

²³⁶ Cafferatta, Néstor en la obra Cafferatta, Néstor (Director)- en coautoría con Lorenzetti, Pablo – Rinaldi, Gustavo – Zonis, Federico, ...Ob.cit., p.204.

²³⁷ Cafferatta, Néstor en la obra Cafferatta, Néstor (Director)- en coautoría con Lorenzetti, Pablo – Rinaldi, Gustavo – Zonis, Federico, ...Ob.cit., p.204.

²³⁸ El resaltado es nuestro.

²³⁹ FALBO, Aníbal J, Derecho Ambiental, 1ra ed. La Plata, Librería Editorial Platense, 2009. P 45/46, citando a PASTORINO, Leonardo Fabio, El daño al ambiente, Lexis Nexis, 2005, p. 128.

generaciones futuras; en síntesis, el verdadero alcance y significado del término ambiente se logra de una lectura integral de artículo 41 de la Constitución Nacional...”

Asimismo, cabe resaltar nuevamente lo que el autor precitado subraya, “...el particular ambiente que protege el texto constitucional, es aquel que cumpla con todos y cada uno de los términos que lo adjetivan, no basta con que sea equilibrado si no es sano, no es suficiente que sea sano si está comprometiendo a las generaciones futuras, acorde con la mirada integral y conjunta de todos los enunciados constitucionales”.²⁴⁰

A continuación, haremos referencia, a los mandatos centrales y adjetivaciones del ambiente que surgen de la lectura del art. 41 CN los que, reiteramos, deben ser leídos y aplicados en forma sistémica e integral.

3.d. Son portadores de la tutela regulada en el art. 41 de la CN todos los habitantes (humanos y no humanos).

En cuanto al término “Todos los habitantes gozan”: “QUIROGA LAVIÉ-BENEDETTI- CENICACELAYA, destacan (...) de esta frase la operatividad de la cláusula constitucional. BIDART CAMPOS, (...) entiende que significa que son portadores de este derecho, todos los habitantes, es decir que la expresión personaliza subjetivamente en cada uno, el derecho al ambiente. Y que en definitiva lo que hace es perfilar una situación jurídica subjetiva, que asume simultáneamente, la dimensión colectiva o grupal que tiene el derecho ambiental (...)”²⁴¹.

Sobre el término “habitantes”, coincidimos con FALBO²⁴², quien afirma que la visión constitucional no se ciñe solo a los habitantes humanos, sino que pueden habitar también otros seres no humanos como, una roca, un vegetal, un animal. En igual sentido podrían habitar también las generaciones futuras de estos habitantes, como el propio art. 41 establece, este derecho para las generaciones presentes y futuras, sin distinguir entre generaciones humanas o no humanas.

3.e. El art. 41 de la CN acoge el enfoque de “una sola salud”, ello por cuanto protege la salud del ambiente y la de quienes lo integran (humanos y no humanos), como una unidad.

En cuanto a la calificación del ambiente como “sano y equilibrado”, “(...) BIDART CAMPOS, reflexiona: “Sano”²⁴³, entorno favorable a su bienestar. “Equilibrado”²⁴⁴, conjunción de naturaleza (o más ampliamente, entorno), con las actividades del hombre. Dicha alusión, señala el mismo doctrinario, pone en relación ambiente con el desarrollo y con los derechos humanos. Walter CARNOTTA- Patricio MARANIELLO, ponen de relieve el vínculo entre el derecho ambiental y el derecho a la salud, al sostener que la norma otorga derecho a todos los habitantes para que no se agreda su salud. También destacan el “equilibrio ecológico”, se refiere a la armonía (...)”²⁴⁵.

Asimismo, siguiendo con la interpretación sistémica que exige el art. 41, y en virtud de su contenido biocéntrico o ecocéntrico, podemos concluir que el artículo se refiere a la salud del ambiente y a la salud de quienes lo integran (humanos y no humanos), como una unidad, es decir, como a una sola salud²⁴⁶. Ello por cuanto es obvio que sin ambiente sano no habrá tampoco salud para los habitantes que forman o formarán parte de él. Por otra parte, es innegable que no existe vida ni salud fuera del ambiente, y que un ambiente enfermo, enferma a quienes lo integran y a quienes en él se desenvuelven, y viceversa.

3.f. El art. 41 protege a las generaciones presentes y futuras (humanas y no humanas)

240 FALBO, Aníbal J, Derecho Ambiental... Ob. Cit. p, 50.

241 Cafferatta, Néstor en la obra Cafferatta, Néstor (Director)- en coautoría con Lorenzetti, Pablo – Rinaldi, Gustavo – Zonis, Federico, ...Ob.cit., p.204.

242 FALBO, Aníbal J. El término "habitantes" del artículo 41 de la Constitución Nacional excede a los seres humanos. Revista de Derecho Ambiental, cita on line AP/DOC/997/2017.

243 El resaltado es nuestro.

244 El resaltado es nuestro.

245 Cafferatta, Néstor en la obra Cafferatta, Néstor (Director)- en coautoría con Lorenzetti, Pablo – Rinaldi, Gustavo – Zonis, Federico, ...Ob.cit., p.204.

246 El enfoque de “una sola salud” es el adoptado por la Organización Mundial de la Salud <https://www.who.int/features/qa/one-health/es/>.

En cuanto al mandato constitucional contenido en el art. 41 que establece **“Y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras”**²⁴⁷, según la doctrina, “ (...) es casi textual la definición de “Desarrollo Sustentable”, del Informe de Naciones Unidas, “Nuestro Futuro Común”, de una Comisión Ad Hoc, que encabezara la entonces Primer Ministro de Noruega, GRO BRUNDTLAND, Desarrollo Sostenible, Desarrollo Sostenido, Desarrollo Duradero, que según esta misma Organización (en la Declaración de la Conferencia General sobre Desarrollo Sostenible, 2002, JOHANNESBURGO) supone inescindiblemente tres pilares: la dimensión económica, la dimensión ambiental y la dimensión social (...)”²⁴⁸.

“(...) Se destaca el claro sesgo de “solidaridad” que trasluce el Artículo 41 de la Constitución Nacional (BIDART CAMPOS). Y que **“no comprometer las generaciones futuras”**²⁴⁹, es un concepto de solidaridad colectiva o intergeneracional (CARNOTTA- MARANIELLO). También se enfatiza, siguiendo abundante doctrina (LORENZETTI, BENJAMÍN, BIDART CAMPOS) el carácter de bien colectivo (plural), que reviste el bien jurídico ambiente. El objeto del derecho ambiental es el ambiente, que es un bien indivisible, que pertenece a la comunidad en su conjunto (...)”²⁵⁰.

3.g. La preservación del ambiente es un deber constitucional previsto en el art. 41 de la CN.

El art. 41 de la CN, contempla a la preservación del ambiente como un deber. Es decir, como lo expresa la doctrina **“(...) deber de preservarlo”**²⁵¹, deber jurídico exigible, en virtud del cual, se dijo, “que todos somos agentes públicos” en defensa del ambiente, toda vez que “grava a todos” (parafraseando a BIDART CAMPOS). CARNOTTA- MARANIELLO, observan con perspicacia, que el derecho de todos, también se configura como un deber de todos (DUGUIT), una suerte de obligación pasiva universal. QUIROGA LAVIÉ- CENICACELAYA- BENEDETTI, al referirse al deber de preservar el ambiente, afirman que es el “reverso” del derecho ambiental; y que constituye la especificación del clásico ALTERUM NON LAEDERE (Artículo 19, caso Gunther: 1986, F. 308:1118(...))²⁵².

Según CAFFERATTA²⁵³ “(...) el “deber de preservar” incluye el de defender, proteger, cuidar. Y que por ende, el derecho ambiental es un derecho esencialmente tuitivo o protectorio, porque así lo establece la Constitución (...)”. “(...) Mario VALLS, fue el primero en señalar que no por casualidad la Carta Magna establece el “derecho- deber ambiental”, y que esta exigencia o deber jurídico, tan sólo aparece en la Defensa a la Patria, Artículo 21 CN, que contiene el deber de defenderla. La importancia del deber de preservar el ambiente es de tal peso o relevancia, que Héctor BIBILONI (y algún fallo la Corte misma) llega a afirmar que dicho deber, es presupuesto del ejercicio del derecho ambiental. Por lo demás, vemos en esta regla constitucional la base misma de los principios de política y gestión ambiental, de precaución y prevención, del Artículo 4º de la Ley 25.675 General del Ambiente (...)”²⁵⁴.

3.h. El Daño ambiental es un daño constitucionalizado y su recomposición es una obligación prioritaria.

El Daño ambiental es un daño constitucionalizado, “(...) La Norma Fundamental introduce en el Artículo 41, una nueva categoría de daño jurídico: **el daño ambiental**²⁵⁵, expresión ambivalente (BUSTAMANTE ALSINA), que aloja dos realidades: 1) el daño ambiental individual, aquel que recae sobre un patrimonio

²⁴⁷ El resaltado es nuestro.

²⁴⁸ Cafferatta, Néstor en la obra Cafferatta, Néstor (Director)- en coautoría con Lorenzetti, Pablo – Rinaldi, Gustavo – Zonis, Federico ...Ob.cit., p.204.

²⁴⁹ El resaltado es nuestro.

²⁵⁰ Cafferatta, Néstor en la obra Cafferatta, Néstor (Director)- en coautoría con Lorenzetti, Pablo – Rinaldi, Gustavo – Zonis, Federico...Ob.cit, p.204.

²⁵¹ El resaltado es nuestro.

²⁵² Cafferatta, Néstor en la obra Cafferatta, Néstor (Director)- en coautoría con Lorenzetti, Pablo – Rinaldi, Gustavo – Zonis, Federico...Ob.cit, p.204.

²⁵³ Cafferatta, Néstor en la obra Cafferatta, Néstor (Director)- en coautoría con Lorenzetti, Pablo – Rinaldi, Gustavo – Zonis, Federico...Ob.cit, p.204.

²⁵⁴ Cafferatta, Néstor en la obra Cafferatta, Néstor (Director)- en coautoría con Lorenzetti, Pablo – Rinaldi, Gustavo – Zonis, Federico...Ob.cit, p.204.

²⁵⁵ El resaltado es nuestro.

propio, personal, directo, diferenciado; y que da derecho al resarcimiento; 2) el daño ambiental colectivo, que tiene por objeto el ambiente en sí mismo, también llamado daño ecológico puro. Así, el daño ambiental es la única especie del Derecho de Daños, constitucionalizada. De allí la relevancia que tiene toda la regulación relativa a esta materia (...) ²⁵⁶”.

Según Gabriela GARCIA MINELLA, “(...) la Constitución Nacional se anticipa y jerarquiza el daño ambiental (...) ²⁵⁷”. Al respecto resulta de interés traer a la memoria el voto del Dr. PETIGIANI, en la causa “Almada contra Copetro”, donde afirmó que “con la reforma constitucional se genera una concepción a partir de la cual el hombre es parte del medio ambiente y por lo tanto se concibe la posibilidad de prevenir y resarcir el daño ambiental – independientemente de la afectación individual”. ²⁵⁸

En cuanto a la recomposición del daño ambiental, se establece en la Carta Magna como una obligación prioritaria, “(...) “El daño ambiental”, dice la Constitución Nacional, “**generará la obligación prioritaria de recomponer**” ²⁵⁹, es decir primera, principal, prevalente, “antes que todo o que nada” (BIDART CAMPOS), en el sentido de restaurar las consecuencias dañinas (CARNOTTA- MARANIELLO). La “recomposición” es “volver las cosas a la situación preexistente o anterior al daño generado”, este deber de conducta particular (obligación) consiste en una prestación positiva determinada / obligación de hacer (QUIROGA LAVIÉ- BENEDETTI- CENICA-CELAYA) (...) ²⁶⁰”.

Como bien explican los autores, “(...) Recomponer es reparar en especie o in natura, IN SITU, en el lugar o sitio donde ocurrió el daño ambiental, en cambio compensar ambientalmente, es reparar en especie o in natura, EX SITU, por equivalente o sucedáneo (...) ²⁶¹”. “(...) La Ley 25.675 General del Ambiente, Artículo 28, dispone que el que cause daño ambiental será objetivamente responsable de su restablecimiento al estado anterior a su producción. En caso de que no sea técnicamente factible recomponer, deberá depositarse una indemnización sustitutiva en un Fondo de Compensación Ambiental, que será administrado por la Autoridad de Aplicación (o de la jurisdicción) (...) ²⁶²”.

3. i. Es deber de las autoridades proveer a la tutela del derecho al ambiente, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales.

El art. 41 CN prescribe que “**Las Autoridades proveerán**” ²⁶³, “(...) expresión que según se interpreta debe entenderse como sinónimo de garantizar. O recordando al jurista español Ramón MARTÍN MATEO, línea que fortalece la idea básica del monopolio estatal de la tutela ambiental. Y habla de la “**utilización racional**” de los recursos naturales, que según calificada doctrina es un concepto jurídico indeterminado, de manera que habrá analizar caso por caso, para darle contenido concreto al mismo. La preservación del patrimonio natural y cultural, toda vez que como enseñan QUIROGA LAVIÉ- BENEDETTI- CENICACELAYA, el ambiente es la simbiosis dialéctica de naturaleza y cultura (...) ²⁶⁴”.

“**Diversidad biológica**” ²⁶⁵, es variedad de especies, ecosistemas, genética y paisajes; se recuerda que nuestro país incorporó a su legislación ambiental el Convenio de Diversidad Biológica de 1992, por Ley

²⁵⁶ Cafferatta, Néstor en la obra Cafferatta, Néstor (Director)- en coautoría con Lorenzetti, Pablo – Rinaldi, Gustavo – Zonis, Federico...Ob.cit, p.205.

²⁵⁷ Cafferatta, Néstor en la obra Cafferatta, Néstor (Director)- en coautoría con Lorenzetti, Pablo – Rinaldi, Gustavo – Zonis, Federico...Ob.cit, p.205.

²⁵⁸ SCBA, AC. 60.094, 19-5-98, “Almada contra Copetro”, citado en FALBO, Anibal J, Derecho Ambiental... Ob. cit. p.51.

²⁵⁹ El resaltado es nuestro.

²⁶⁰ Cafferatta, Néstor en la obra Cafferatta, Néstor (Director)- en coautoría con Lorenzetti, Pablo – Rinaldi, Gustavo – Zonis, Federico...Ob.cit, p.205.

²⁶¹ Cafferatta, Néstor en la obra Cafferatta, Néstor (Director)- en coautoría con Lorenzetti, Pablo – Rinaldi, Gustavo – Zonis, Federico...Ob.cit, p.205.

²⁶² Cafferatta, Néstor en la obra Cafferatta, Néstor (Director)- en coautoría con Lorenzetti, Pablo – Rinaldi, Gustavo – Zonis, Federico...Ob.cit, p.205.

²⁶³ El resaltado es nuestro.

²⁶⁴ Cafferatta, Néstor en la obra Cafferatta, Néstor (Director)- en coautoría con Lorenzetti, Pablo – Rinaldi, Gustavo – Zonis, Federico...Ob.cit, p.205.

²⁶⁵ El resaltado es nuestro.

La “**información ambiental**”²⁶⁷, regulada en la Ley de presupuestos mínimos de Información Pública Ambiental N° 25.831, y más recientemente en el “Acuerdo de Escazú”, al que ya hemos hecho mención, es determinante para que la población participe activamente en la toma de decisión, gestión y control. Información que al decir de BIDART CAMPOS, implica recolectarla y procesarla, suministrarla y difundirla públicamente.

Y la “**educación ambiental**”²⁶⁸, “es imprescindible a fin de lograr la necesaria “conciencia ecológica”, comunitaria, que adhiera a los postulados contenidos en la legislación ambiental (...)”²⁶⁹, y también para que exija su cumplimiento, ya sea administrativa o judicialmente, además de un presupuesto para acceder a los derechos de información ambiental y participación.

En cuanto a las obligaciones estatales relativas a la protección del ambiente, cabe hacer una digresión, para referirnos a la Resolución²⁷⁰ “**Los Derechos Humanos y el Ambiente**”, adoptada por el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, en la cual, con una mirada más antropocéntrica, pero igualmente en consonancia con los mandatos constitucionales previstos en nuestra Carta Magna: “... se exhorta a todos los Estados a que conserven, protejan y restauren los ecosistemas saludables y la biodiversidad y garanticen su gestión y uso sostenibles aplicando un enfoque basado en los derechos humanos que haga hincapié en la participación, la inclusión, la transparencia y la rendición de cuentas en la gestión de los recursos naturales...”; “...a que intensifiquen sus esfuerzos para avanzar en la aplicación del Convenio sobre la Diversidad Biológica y mejorar sus estrategias y planes de acción nacionales en materia de biodiversidad”; y, por último, se les hace un llamamiento “para que consideren la posibilidad de adoptar y aplicar medidas nacionales que respeten y protejan los derechos de las personas especialmente vulnerables a la pérdida de ecosistemas saludables y de biodiversidad”.

3.j. El art. 41 de la CN prohíbe el ingreso al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos y de los radiactivos. En relación a la prohibición de ingreso al país de residuos actual o potencialmente peligrosos, el artículo incorpora a la CN los mandatos que, con carácter supra legal, devenían desde la ratificación por nuestro país del Convenio de Basilea sobre el control de los movimientos transfronterizos de los desechos peligrosos y su eliminación, adoptado a nivel mundial en la conferencia diplomática de Basilea (Suiza) en 1989 y que entró en vigor en mayo de 1992, así lo explican GARCÍA MINELLA y ESAIN²⁷¹.

En cuanto a los residuos radiactivos, dice Eduardo Pablo JIMÉNEZ²⁷² que “el texto constitucional vedó el ingreso al territorio ‘sin aditamento ninguno’, de los residuos radioactivos. Podemos estar en acuerdo o desacuerdo con tal norma, y aun cuestionar la oportunidad de su dictado, o la política que ella impone desde su manda categórica a los ciudadanos y poderes públicos, pero no hay dudas de que el constituyente de 1994, al elaborarla determinó un mandato imperativo, dirigidos a los poderes políticos y a la ciudadanía en general, una manda totalmente clara al formular la prohibición”.

²⁶⁶ Cafferatta, Néstor en la obra Cafferatta, Néstor (Director)- en coautoría con Lorenzetti, Pablo – Rinaldi, Gustavo – Zonis, Federico...Ob.cit p.205.

²⁶⁷ El resaltado es nuestro.

²⁶⁸ El resaltado es nuestro.

²⁶⁹ Cafferatta, Néstor en la obra Cafferatta, Néstor (Director)- en coautoría con Lorenzetti, Pablo – Rinaldi, Gustavo – Zonis, Federico...Ob.cit, p.205.

²⁷⁰ A/HRC/46/L.6/Rev.1, adoptada por consenso en fecha 23/03/2021, puntos 12, 13 y 14.

²⁷¹ Esain, José Alberto - García Minella, Gabriela. Derecho ambiental en la provincia de Buenos Aires - 1a. ed. - Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2013. P. 106 y sgtes.

²⁷² Citado en Esain, José Alberto - García Minella, Gabriela. Derecho ambiental en la provincia de Buenos Aires - 1a. ed. - Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2013. P. 106 y sgtes.

4. LOS PRESUPUESTOS MÍNIMOS DE PROTECCIÓN AMBIENTAL.

El artículo 41 párrafo 3º de la CN, establece: “Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquéllas alteren las jurisdicciones locales”.²⁷³

La Reforma constitucional de 1994, innovó el modelo distributivo de competencias en lo que hace a la cuestión ambiental. En tal sentido, “La Nación, por disposición constitucional, tiene competencia para legislar sobre asuntos ambientales en todo el país dictando normas “que contengan los presupuestos mínimos de protección”. Esta legislación federal será común para todo el país”. “Habrá también una legislación complementaria. Ella será de competencia de las provincias. Entonces tendremos que la Nación dictará la legislación de protección mínima, común a todo el territorio y luego las provincias podrán complementarlas, incluyendo mayores exigencias de preservación del ambiente con normas aplicables en sus respectivos ámbitos”.²⁷⁴

Es necesario, entender con claridad a que se refiere la CN con los términos “mínimo” y “complementar”, por ello nos detendremos a explicarlo.

Mínimo: “no equivale a poco, ni a escaso ni ínfimo, pues tales pautas de interpretación no condicen con la tutela del ambiente cualificada, adjetivada y jerarquizada constitucionalmente”. Mínimo significa “básico” y “uniforme” (en tanto tutela uniforme común) con la finalidad de que “la protección ambiental” goce de un régimen común en el territorio nacional.²⁷⁵

Complementar los PMPA significa: “optimizar la protección, extremar o agravar los recaudos, reforzar el nivel de protección a través de normas más rigurosas.”²⁷⁶ En relación a la facultad de complementar los PMPA, la CSJN, en el precedente “**Villivar**”²⁷⁷ sostuvo que “complementar supone agregar alguna exigencia o requisito no contenido en la legislación complementada”.

En resumen, que los PMPA previstos en la CN, son normas, pero además constituyen, una “mecánica constitucional” de aplicación de las normas, es decir una “forma particular” de aplicación de las normas, según la cual, en virtud del art. 41 de la CN, ha de prevalecer aquella norma (el PMPA o la norma complementaria) que proteja de mejor manera, es decir, más ampliamente al ambiente.²⁷⁸

²⁷³BIDART CAMPOS, sostiene que “La cláusula tercera del artículo 41 es una norma que corresponde a la parte orgánica de la constitución, porque define el reparto de competencias entre el estado federal y las provincias. AL ESTADO FEDERAL LE INCUMBE DICTAR LAS “NORMAS DE PRESUPUESTOS MÍNIMOS”, y A LAS PROVINCIAS LAS NORMAS “NECESARIAS PARA COMPLEMENTARLAS”. Citado por Cafferata, Néstor en la obra Cafferata, Néstor (Director)- en coautoría con Lorenzetti, Pablo – Rinaldi, Gustavo – Zonis, Federico...Ob.cit, p.91.

QUIROGA LAVIÉ-BENEDETTI-CENICACELAYA, afirman que, “Nos hallamos frente a materias concurrentes, de la variante “concurrencia complementaria”, cuya legislación básica pertenece al Estado Federal y su legislación detallada o complementaria a las Provincias para implementar aquélla, obviamente sin contradecir el marco federal dado por la ley de base dictada por el Congreso Nacional. Esta modalidad de concurrencia es una novedad expresa introducida en 1994 en el texto constitucional”. Citado por Cafferata, Néstor en la obra Cafferata, Néstor (Director)- en coautoría con Lorenzetti, Pablo – Rinaldi, Gustavo – Zonis, Federico.... Ob. Cit. p.95.

²⁷⁴ Así lo explica el convencional constituyente NATALE citado por CAFFERATTA en la obra Cafferata, Néstor (Director)- en coautoría con Lorenzetti, Pablo – Rinaldi, Gustavo – Zonis, Federico....Ob. Cit. p. 91. El resaltado es nuestro.

²⁷⁵ Ver en tal sentido FALBO, en FALBO, Aníbal J, Derecho Ambiental, 1ra ed. La Plata, Librería Editorial Platense, 2009. P. 77, quien explica el significado de “mínimo” citando a Mercedes DÍAS ARAUJO, en DÍAZ ARAUJO, Mercedes, “El artículo 41 de la Constitución Nacional: la jurisdicción local y federal en materia ambiental, LL, 2002-A, 1278.

²⁷⁶ Ver en tal sentido FALBO, Aníbal J, Derecho Ambiental...Ob. cit. P. 77 citando a Esain, José A. El Federalismo ambiental. Reparto de competencias en materia ambiental en la Constitución Nacional y en la Ley General del Ambiente 25.675, JA, 2004-I-776, quien se refiere al “Principio de Optimización de la protección Ambiental”, al que define como un principio específico que de Derecho Ambiental que la doctrina alemana aplica respecto de la política comunitaria.

²⁷⁷ Villivar Silvana Noemi C/ Provincia del Chubut y Otros S/Amparo. Sent. del 17/04/2007. Fallos: 330:1791.

²⁷⁸ En resumen, como bien expresa FALBO, “la forma por la que se aplican los PMPA en su encuentro con normas locales puede ser resumida como una mecánica de comparación —primero— para seleccionar —luego— aquello que sea más tuitivo o eficaz. Esta mecánica o fórmula queda definida en tres pasos: 1. se indaga y “pone sobre la mesa” todo el material normativo aplicable al caso; 2. se compara cada norma con las demás; 3. se selecciona y aplica la que optimiza la tutela del ambiente, relegando las otras”. “Puede concluirse entonces que la Constitución Nacional hace primar el presupuesto de protección mayor que pudiere regir en una provincia, por encima del requerimiento de protección mínima que emane de la autoridad nacional”. Ver en tal sentido Falbo, Aníbal J. La fórmula constitucional de los presupuestos mínimos, ¿un algoritmo para todo caso ambiental? RDAMB 42, 11/06/2015, 258. P. 3. Cita Online: AR/DOC/4875/2015. y Hutchinson, Tomás, en AA.VV., Daño ambiental, t. I, Rubinzal-

5. LA RECEPCIÓN DE LA TUTELA AMBIENTAL CONSTITUCIONAL EN LA RECIENTE JURISPRUDENCIA DE LA CSJN Y SU EVOLUCIÓN.

En este título nos centramos en algunos de los precedentes más sobresalientes de la CSJN relativos al alcance y contenido de tutela del ambiente.

Dado que la jurisprudencia es vasta, solo citaremos algunas causas, de entre muchas causas, que estimamos de relevancia para abordar con claridad el estudio de la constitucionalización del derecho ambiental. Corresponde, desde ya destacar el gran avance que ha tenido la jurisprudencia del Máximo Tribunal de la Nación, a partir del reconocido caso **Mendoza**²⁷⁹, por contaminación de la cuenca Matanza – Riachuelo, hasta llegar a los fallos más recientes, donde se observa una clara y marcada evolución de la protección jurídica del ambiente, conteste con los objetivos constitucionales que establecen el derecho y deber de tutelar el ambiente.

En concreto, en las sentencias que referiremos la CSJN se expresa, entre otros temas, sobre las siguientes cuestiones medulares: el status constitucional del derecho al ambiente; el ambiente como “componente” del Estado de Derecho; la visión jurídica “eco-céntrica o sistémica, integral holística y totalizadora”, que debe adoptarse en la resolución de conflictos ambientales; la característica “policéntrica”, que revisten los conflictos ambientales, por cuanto exceden el interés bilateral, de los particulares y del Estado, involucrándose los intereses del propio sistema, es decir del ambiente y de las generaciones futuras.

En la causa “**Mendoza**”, la CSJN, se refirió a la tutela del ambiente como un derecho y deber de cada uno de los ciudadanos, al manifestar que: “la tutela del ambiente importa el cumplimiento de los deberes que cada uno de los ciudadanos tienen respecto del cuidado de los ríos, de la diversidad de la flora y la fauna, de los suelos colindantes, de la atmósfera. Estos deberes son el correlato que esos mismos ciudadanos tienen a disfrutar de un ambiente sano, para sí y para las generaciones futuras”

Más recientemente en la causa “**Juvevir Asociación Civil**”²⁸⁰, la CSJN, reafirmó lo expuesto en el presente “Mendoza”, haciendo suyos los fundamentos la Procuradora Fiscal en su dictamen, al expresar que: “cabe recordar que en cuestiones de medio ambiente, cuando se persigue la tutela del bien colectivo consagrado en la Constitución Nacional, 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 deben actuar para hacer efectivos estos mandatos constitucionales (Fallos: 329:2316).”

En la misma causa “**Mendoza**”²⁸¹, la CSJN sostuvo el reconocimiento del status constitucional del derecho al ambiente al afirmar de modo terminante 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 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...”.

En la misma línea que el fallo Mendoza en la causa “**Cruz**”²⁸², la CSJN reafirmó el status constitucional derecho ambiental, al expresar que: “... esta Corte ha sostenido 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 Constitución Nacional) 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

Culzoni, Santa Fe, 1999, p. 284. Citado en Falbo, Aníbal J. La fórmula constitucional de los presupuestos mínimos, ¿un algoritmo para todo caso ambiental? RDAMB 42, 11/06/2015, 258. P. Cita Online: AR/DOC/4875/2015. P.2..

279 “Mendoza, Beatriz S. y otros c. Estado Nacional y otros”, CSJN 20/06/2006, cita Fallos 329:2316.

280 “Recurso de hecho deducido por la parte actora en la causa Juvevir Asociación Civil y otros c/ APR Energy S.R.L s/ inc. de apelación”, CSJN, sent. del 03/12/2020.

281 Mendoza, Beatriz S. y otros c. Estado Nacional y otros, CSJN, sent. del 20/06/2006, Fallos 329:2316.

282 Cruz, Felipa y otros c/ MINERA ALUMBRERA LD y otro s/ sumarísimo”. CSJ 154/2013 (49-CI/CSJ) / CSJ 695/2013 (49-CI/CSJ) RECURSOS DE HECHO. Sent. del 23/02/2016. Fallos: 339:142.

positiva decisión del constituyente de 1994 de enumerar y jerarquizar con rango supremo a un derecho preexistente (Fallos: 329:2316)".

Al respecto, Néstor CAFFERATTA y Pablo LORENZETTI²⁸³, con quienes coincidimos explican que " en la visión de la Corte, la constitucionalización del derecho ambiental dota de fuerza y operatividad a toda la materia. Cualquier situación en la cual pudiere estar comprometido el ambiente debe ser solucionada jurídicamente a partir de lo normado tanto por la CN como por los tratados de derechos humanos en los que nuestro país sea parte, tal como lo requiere el art. 1º del Cód. Civ. y Com. Es este el marco argumentativo inicial a partir del cual el operador del derecho necesariamente tiene que releer el resto de las fuentes infraconstitucionales".

En igual sentido, expresan los referidos autores que "No basta con la mera cita de artículos de la CN en las sentencias para que las decisiones se ajusten a este paradigma, sino que la teoría de los derechos fundamentales y las garantías contenidas en la Carta Magna deben posicionarse como los argumentos nucleares a partir de los cuales se resuelve concretamente el caso. Según el esquema constitucional y convencional, entonces, estamos en presencia de un derecho fundamental que requiere protección tanto por parte de las autoridades públicas como de los particulares"²⁸⁴.

Sumado a lo expuesto, cabe destacar el precedente "**Asociación Argentina de Abogados Ambientalistas de la Patagonia**"²⁸⁵, donde la CSJN puso de relieve el derecho ambiental como un componente del Estado de Derecho, en virtud del art. 41 de la CN, al precisar que: "La Constitución Nacional tutela al ambiente de modo claro y contundente y la Corte Suprema ha desarrollado esa cláusula de un modo que permite admitir la existencia de un componente ambiental del Estado de derecho".

Aparece, entonces, en la jurisprudencia de la CSJN el artículo 41 de la CN, como el "portal ambiental" de la CN, a través del cual se ingresa a un nuevo Estado de Derecho, con un componente ambiental, un "Estado de Derecho Ambiental" que, es "la vigencia de la ley dentro de un paradigma ambiental"²⁸⁶, donde han de considerarse los intereses de los sistemas ecológicos.

Néstor CAFFERATTA y Pablo LORENZETTI,²⁸⁷ explican que "La recepción jurisprudencial que formula la Corte en este punto es relevante ya que en esta nueva concepción del Estado todos los derechos fundamentales tutelados por el bloque de constitucionalidad, tanto individuales como colectivos, deben ser releídos en clave ambiental."

En la misma línea de lo que venimos desarrollando, es importante destacar el fallo "**La Pampa c/ Mendoza**"²⁸⁸, también conocido como fallo "**Atuel**" (dado que versa sobre el conflicto por el río Atuel) donde la CSJN expande aún más las fronteras de la tutela constitucional del ambiente, al abrir paso, a la visión o paradigma eco-céntrico o sistémico, para la resolución de conflictos en donde está involucrado el ambiente, como bien jurídico protegido. Destacándose también en el fallo, la necesidad de adoptar una visión "policéntrica" para resolver el conflicto por cuanto, existen involucrados varios centros de interés, no es bilateral, excede el interés de los particulares y los estatales, estando juego los intereses del propio sistema, es decir del ambiente y de las generaciones futuras.

En concreto, dijo la CSJN en el caso "**Atuel**": "... la solución de este conflicto, que, por otra parte, es cada vez más frecuente en el mundo actual y lo será en el futuro, requiere conductas que exceden tanto los

283 Cafferatta, Néstor A. - Lorenzetti, Pablo. Hacia la consolidación del Estado de Derecho Ambiental. Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. SJA2018/11/072018-11-07 JA2018-IV2018-11-07. Cita Online: AP/DOC/509/2018.

284 Cafferatta, Néstor A. - Lorenzetti, Pablo...Ob.cit

285 Asociación Argentina de Abogados Ambientalistas de la Patagonia c/ Santa Cruz, Provincia de y otro s/ amparo ambiental, CSJN, 26/04/2016. Fallos: 339:515.

286 Con esta frase se define certeramente el término "Estado de Derecho Ambiental" en LORENZETTI, Ricardo L. - LORENZETTI, Pablo, Derecho Ambiental, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2018. p. 110, con cita a Alexy, Robert, Sistema Jurídico, principios jurídicos y razón práctica, en Doxa, 1988, Nro5, p. 287; LARENZ, Karl, Derecho Justo. Fundamentos de ética jurídica. Civitas, Madrid, 1985, p. 36. y LASARTE, Carlos, Principios de Derecho Civil, Tribium, Madrid, 1992, t. 1, pág. 79 y 80.

287 Cafferatta, Néstor A. - Lorenzetti, Pablo. Hacia la consolidación del Estado de Derecho Ambiental. Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. SJA2018/11/072018-11-07 JA2018-IV2018-11-07. Cita Online: AP/DOC/509/2018.

288 "La Pampa, Provincia de c. Mendoza, Provincia de s/ uso de aguas", 01/12/2017, CS, Fallos 340:1695

intereses personales, como los provinciales. También hay que tener en cuenta que la cantidad de agua debe ser destinada a la conservación del ecosistema interprovincial, para que mantenga su sustentabilidad. Asimismo, se debe considerar el interés de las generaciones futuras, cuyo derecho a gozar del ambiente está protegido por el derecho vigente. Esta calificación del caso exige, por lo tanto, una consideración de intereses que exceden el conflicto bilateral para tener una visión policéntrica, ya que son numerosos los derechos afectados...”.

En igual sentido, la CSJN afirmó en el mismo fallo que: "...la regulación jurídica del agua se ha basado en un modelo antropocéntrico, que ha sido puramente dominial al tener en cuenta la utilidad privada que una persona puede obtener de ella o bien en función de la utilidad pública identificada con el Estado; esta visión ha cambiado: ahora el paradigma jurídico que ordena la regulación del agua es eco-céntrico, o sistémico, y no tiene en cuenta solamente los intereses privados o estaduales, sino los del mismo sistema, como bien lo establece la ley General del Ambiente... ”.

Tal visión eco-sistémica, también es sostenida por la CSJN en la causa “**Fernández**”²⁸⁹, donde se refiere al ambiente como sistema, resaltando que, en casos de afectación, contaminación o degradación ambiental de cuencas hídricas, la visión del Tribunal “debe ser integral, holística y totalizadora”, y que “la gestión hídrica debe estar fuertemente vinculada a la gestión territorial, la conservación de los suelos y la protección de los ecosistemas naturales”.

Idéntico enfoque eco-sistémico reafirma la CSJN en la causa “**Majul**”²⁹⁰ al manifestar que: “(...) 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 (...)”.

En igual sentido se pronuncia el Tribunal en la causa “**Buenos Aires, Provincia de c/ Santa Fe**”, relativa a la laguna La Picasa.²⁹¹, donde también hace referencia a la visión ecocéntrica y sistémica como aquella que, es conteste con los derechos de incidencia colectiva tutelados a partir de la reforma constitucional, al expresar “Una comprensión completa de tal situación permite concluir 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 Constitución Nacional producida en el año 1994. En efecto, la regulación jurídica del agua ha cambiado sustancialmente en los últimos años. La visión basada en un modelo antropocéntrico, puramente dominial 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.”

En el fallo “**Equística**”²⁹², la CSJN revalida lo expuesto en los precedentes antes citados al puntualizar que “(...) debe tenerse en cuenta que, a partir de la inclusión en 1994 de la cláusula ambiental de la Constitución Nacional (art. 41), el paradigma jurídico que ordena la regulación de los bienes colectivos ambientales es ecocéntrico o sistémico, y no tiene en cuenta solamente los intereses privados o estaduales, sino los del sistema mismo, como lo establece la Ley General del Ambiente 25.675 (Fallos: 340:1695), debiendo conjugar el territorio ambiental, de base natural, con el territorio federal, de base cultural o política (doctrina de Fallos: 342:2136, entre otros) (...)”.²⁹³

289 “Fernández, Miguel Ángel s/ infracción ley 24.051, CSJN, sent del 22/08/2019”. Fallos 342:1327.

290 “Majul, Julio Jesús c/ Municipalidad de Pueblo General Belgrano y otros s/ acción de amparo ambiental”, 11/07/2019 (Fallos: 342:1203)”.

291 “Buenos Aires, Provincia de c/ Santa Fe, Provincia de s/ sumarisimo -derivación de aguas”, B. 528. XXXVI. ORI, 03/12/2019. Fallos: 342:2136. “La regulación jurídica del agua ha cambiado sustancialmente en los últimos años; la visión basada en un modelo antropocéntrico, puramente dominial 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; es decir no tiene en cuenta solamente los intereses privados o estaduales, sino los del mismo sistema, como bien lo establece la Ley General del Ambiente”

292 Equística Defensa del Medio Ambiente Asoc. Civ. c/ Santa Fe, Provincia de y otros s/ amparo ambiental. CSJN. sent. del 11/08/2020. Fallos: 343:726.

293 Considerando7.

Sumado a lo expuesto, en el fallo “**Equística**” la CSJN, parte, en el considerando 3, de la noción de ambiente objeto de tutela como “ecosistema vulnerable que necesita protección”²⁹⁴, reiterando y profundizando los lineamientos jurisprudenciales que en materia de protección ambiental que ha venido elaborando desde la referida causa “Mendoza”²⁹⁵.

En síntesis, desde la constitucionalización de los derechos ambientales, en 1994, hasta la actualidad, y más notablemente a partir del mencionado precedente “Mendoza”, -que reconoce el status constitucional del derecho a un ambiente sano en el año 2006-, se ha profundizado en la jurisprudencia de la CSJN, la adopción y aplicación del bloque de constitucionalidad ambiental, como fundamento central en la resolución de los conflictos donde está involucrado el ambiente como bien jurídico a protegido. La afirmación precedente, se evidencia en las sentencias de la CSJN a las cuales nos hemos referido, donde, el máximo el Tribunal de nuestro país, para decidir se funda en:

- a. El reconocimiento del status constitucional de los derechos ambientales;
- b. El Estado de Derecho Ambiental, como resultado de la incursión del ambiente en el Estado de Derecho y su consecuente transformación;
- c. En la consolidación de una visión o paradigma jurídico, el eco-céntrico o sistémico, que no tiene en cuenta solamente los intereses privados o estatales, sino los del mismo sistema, o sea del ambiente, y de las generaciones futuras, de conformidad el bloque de constitucionalidad ambiental imperante, que tiene como eje en mandato previsto en el art. 41 de la CN.

6. REFLEXIONES FINALES

Para finalizar este recorrido relativo a la constitucionalización de los derechos ambientales, creemos relevante ubicarnos en el contexto actual en que nos hallamos inmersos, contexto que es el escenario en el que nos toca actuar, y hacer efectivo el artículo 41 de la CN en todo su esplendor.

Por eso le pedimos al lector que se detenga un momento, un breve despertar y estar presentes, para reflexionar acerca de lo valioso que es en el siglo XXI, contar en nuestro país con herramientas constitucionales como el artículo 41 de la CN. Ello, por cuanto como se desarrolló a lo largo de este trabajo, la norma constitucional tiene una finalidad trascendental, ni más ni menos que la protección del ambiente (un ambiente adjetivado como se explicó, del que somos parte todas y cada una las especies, humanas y no humanas); como así también la recomposición de ese ambiente en caso de daño y su preservación para las generaciones presentes y las venideras, estableciendo mandatos concretos, detallados y precisos para hacerlo posible.

En ese sentido, y para acercarnos a la realidad que nos atraviesa, corresponde traer a la memoria las palabras de Edgar MORIN, quien se refirió a “la herencia de la muerte” que como el legado que nos dejó el siglo XX, señalando el autor a las armas nucleares y a la “muerte ecológica” como la posibilidad de muerte global de toda la humanidad.

MORIN sentenció que, la dominación desenfrenada de la naturaleza por la técnica nos ha conducido como humanidad al suicidio. Expresamente sostuvo el autor, que “...Desde los años 70, hemos descubierto que los desechos, emanaciones, exhalaciones de nuestro desarrollo técnico-industrial urbano degradan nuestra biósfera, y amenazan con envenenar irremediablemente el medio viviente del cual hacemos parte: la dominación desenfrenada de la naturaleza por la técnica conduce la humanidad al suicidio...”²⁹⁶.

Hoy, ya en el Siglo XXI, más precisamente en el año 2021, dicho legado de muerte al que se refería MORIN parece seguir presente. La pandemia por el virus Covid 19 que está atravesando el mundo al momento de la redacción de este trabajo, es, según entendemos un claro ejemplo de ese legado mortal, que se ha extendido al siglo XXI, afectando en particular a la especie humana.

294 El resaltado es nuestro.

295 En la causa “Mendoza”, CS, Fallos 329:2316.

296 Morin, Edgar, “Los siete saberes necesarios para la educación del futuro”... Ob. Cit. p. 37.

Pandemia, que, tiene como notas distintiva el estado de incertidumbre y la posición de vulnerabilidad extrema a la que nos hallamos hoy expuesta toda la población humana, una especie más, parte del ambiente, afectada por la “muerte ecológica”²⁹⁷. Realidad que pone en evidencia, una vez más, la fragilidad de nuestra especie humana, en un pluriuniverso inconmensurable, y, que a la vez nos otorga la posibilidad de reconocernos con humildad como una parte más en el todo, y con posibilidades de evolucionar para no desaparecer.

Evolucionar, decimos, porque la pandemia, como suceso, luego de suscitar cuestionamientos respecto a sus orígenes, causas y responsabilidades, se constituye en un punto crítico y de inflexión para toda la humanidad, pues, nos lleva irremediablemente, a una transformación radical de nuestras formas de habitar y de integrar el ambiente, y consecuentemente a la búsqueda de alternativas, que, sin duda incluyen mutar estilos de vida, de pensamiento y de acción, de enfoques, paradigmas y perspectivas jurídicas.²⁹⁸

Evolucionar también jurídicamente como habitantes, como ciudadanos, como abogados, como jueces, como funcionarios, como artífices del derecho, para optar por aquellas normas, artículos e incisos, e interpretaciones más adecuadas para hacer frente a los conflictos, sin duda un conflicto en el que está en juego la especie humana es un conflicto ambiental.

En esta línea de pensamiento, creemos oportuno tener presente las palabras de Boaventura DE SOUSA SANTOS, con quien coincidimos, al sostener en “ La cruel pedagogía del virus”²⁹⁹, que “ las sociedades se adaptan a nuevas formas de vida cuando es necesario y se trata del bien común. Esta situación es propicia para pensar en alternativas a las formas de vivir, producir, consumir y convivir en los primeros años del siglo XXI. En ausencia de tales alternativas, no será posible prevenir la irrupción de nuevas pandemias que, por cierto, como todo sugiere, pueden ser aún más letales que la actual.”

Ese es el contexto en el que hoy cabe aplicar el artículo 41 de la CN, un contexto de incertidumbre y de crisis extrema para las generaciones presentes y futuras, que nos llama, una vez más, a hacer reales los mandatos constitucionales, y a optar por la protección del ambiente como una alternativa real y posible, también desde el punto de vista jurídico.

Lo expuesto lo entendemos así, por cuanto, como hemos explicado a lo largo de este trabajo, el artículo 41 de la CN, con su contenido protectorio biocéntrico o ecocéntrico, se proyecta sobre todo el ordenamiento jurídico constitucional e infraconstitucional con un único objetivo: la tutela del ambiente y, en consecuencia, de las generaciones presentes que lo integran y las futuras, ya sea humanas o no humanas. Por otra parte, nuestro país cuenta, con valiosos precedentes del Máximo Tribunal Nacional útiles en ese sentido, es decir como instrumentos del bien común para coadyuvar en la implementación del artículo 41 de la Carta Magna.

En síntesis, el marco constitucional nos brinda alternativas para enfrentar la incertidumbre y para hacer efectiva la protección del ambiente en favor del bien común, que es el bien de todas y cada una de las especies. Despleguémonos responsabilidad, osadía y creatividad para poner el artículo 41 de la CN en acción. Ahora es el momento.

²⁹⁷ Si bien no es el centro de este trabajo, es de público conocimiento y lo ha sostenido la propia Organización Mundial de la Salud, el vínculo entre destrucción de los ecosistemas y la aparición de nuevos virus, en concreto se continúa investigando, en el mundo entero, a la fecha de redacción de este trabajo, el origen zoonótico del virus covid 19 y la vía de introducción en la población humana, incluida su posible función de huéspedes intermediarios. Ver en tal sentido: <https://www.who.int/es/news/item/30-03-2021-who-calls-for-further-studies-data-on-origin-of-sars-cov-2-virus-reiterates-that-all-hypotheses-remain-open>.

²⁹⁸ Sin embargo, parece resultar de actualidad lo ya afirmado en la Carta Encíclica Laudato Sí, “Sobre el cuidado de la Casa Común” “La situación actual del mundo «provoca una sensación de inestabilidad e inseguridad que a su vez favorece formas de egoísmo colectivo (...) Cuando las personas se vuelven autorreferenciales y se aíslan en su propia conciencia, acrecientan su voracidad (...). En este contexto, no parece posible que alguien acepte que la realidad le marque límites. Tampoco existe en ese horizonte un verdadero bien común. Si tal tipo de sujeto es el que tiende a predominar en una sociedad, las normas sólo serán respetadas en la medida en que no contradigan las propias necesidades.”

²⁹⁹ De Sousa Santos, Boaventura. La cruel pedagogía del virus / Boaventura De Sousa Santos; prólogo de María Paula Meneses. - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : CLACSO, 2020. Libro digital, PDF - (Masa Crítica / Batthyany, Karina) Disponible en https://www.clacso.org.ar/libreria/latinoamericana/libro_detalle.php?id_libro=1977.

PRINCIPIO DE PREVENCIÓN

AUTORA: ROCIO LAGAR

SUMARIO: 1. Encuadre Normativo. 2. Diferencias con el principio precautorio. 3. El cambio de paradigma: la tutela preventiva en el derecho civil y en el derecho ambiental. 4. Medidas de protección ambiental. 4.a- Tutela inhibitoria y acción cautelar. 4.b- Estudio de impacto ambiental. 5. Medidas cautelares. 6. Medidas autosatisfactivas. 7. Fallos rectores. 8. Reflexión final.

1. ENCUADRE NORMATIVO.

La ley 25.675 enuncia en su artículo 4 principios de interpretación y aplicación para sí misma y para cualquier otra norma a través de la cual se ejecute la política ambiental. Entre estos principios, se encuentra el principio preventivo: "(...) 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 (...)".

Coincidiendo con lo expuesto por Néstor CAFFERATTA³⁰⁰, es destacable la importancia de atender prioritariamente los problemas ambientales, desde su origen, causa o fuentes y desde una visión totalizadora e integral, por el fin que se persigue: el prevenir efectos negativos que sobre el ambiente se "puedan llegar a producir".

En materia ambiental, la prevención es esencial, dado que, de producirse el daño, muchas veces resulta irreversible o difícil el poder volver al estado anterior, por lo que la acción por sí sola una vez producido el daño resulta ineficaz e insuficiente, por lo que es mejor adoptar estrategias que prevengan estas posibles situaciones en etapas tempranas, dado que se trata de un bien que no es pasible de indemnizaciones.

Esta tutela preventiva encuentra un respaldo en el artículo 41 de la Constitución Nacional, que consagra al derecho ambiental y su deber de preservarlo a través de la acción expedita y rápida del Amparo, mientras que la Constitución de la Provincia de Buenos Aires lo recepta en su artículo 28.

Por otro lado, el Código Civil y Comercial regula en su artículo 1711, y siguientes, la acción preventiva para hacer efectivo el cumplimiento del principio cuando alguna conducta antijurídica, ya sea de acción u omisión, sin necesidad de que concurra algún factor de atribución, torne posible la producción, agravamiento o continuidad de un daño. Este artículo además presenta una legitimación amplia para poder accionar, ya que basta tener un interés razonable en prevenir el daño. También se puede hallar en los artículos 14, 240 y 1710 entre otros del mismo cuerpo normativo.

Además, el principio preventivo se encuentra receptado en diversas leyes. A modo ejemplificativo se puede citar la ley 26.331 (Ley de Presupuesto Mínimo de Protección ambiental de los Bosques Nativos, sancionada el 28 de Noviembre de 2007) cuando al momento de plantear sus objetivos en su art. 3 le otorga relevancia a la prevención; por otra parte la Ley 24.295 (Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, sancionada 07 de Diciembre de 1993) en su art. 3.3 menciona el deber de tomar medidas precautorias para -entre otros fines- prevenir las causas que originan el cambio climático.

2. DIFERENCIAS CON EL PRINCIPIO PRECAUTORIO.

La Ley General del Ambiente junto a otros cuerpos normativos referidos al ambiente receptan un conjunto de principios además del preventivo, entre los que se encuentra el principio precautorio.

Si bien uno y otro principio puede prestar a confusión, lo cierto es que se diferencian por las circunstancias en la que operan: mientras que el principio preventivo lo hace para evitar un daño futuro pero cierto y mensurable, por su parte, el principio de precaución opera en el ámbito de la incertidumbre: intenta impedir la producción de un riesgo con efectos aún desconocidos e imprevisibles.

3. EL CAMBIO DE PARADIGMA: LA TUTELA PREVENTIVA EN EL DERECHO CIVIL Y EN EL DERECHO AMBIENTAL.

³⁰⁰ Cafferatta, Néstor en la obra Cafferatta, Néstor (Director) - en coautoría con Lorenzetti, Pablo - Rinaldi, Gustavo - Zonis, Federico, Tratado Jurisprudencial y Doctrinario. Derecho Ambiental, Tomo I, La Ley, 2012.

La tutela preventiva también se encuentra en el derecho de daños. Retomando las palabras de MORELLO – STIGLITZ “(...) Las técnicas indemnizatorias, de pura reintegración patrimonial, no son por sí solas suficientes para suplir la ausencia de controles directos sobre la actividad dañosa, destinados a detener en forma inmediata sus efectos nocivos. De allí que la prevención es función que no escapa al campo de la acción de la justicia civil, que puede actuar moldeando una efectiva suplencia respecto de los poderes de control de la Administración que se revelan insuficientes”³⁰¹.

Ricardo L. LORENZETTI por su parte señala que “la responsabilidad civil actual ha reformulado sus finalidades: ya no es sólo resarcitoria, sino también preventiva. La evolución se ha basado en la mudanza de una serie de paradigmas, por ejemplo, “del daño a la propiedad” al “daño a la persona”, “del daño individual al daño colectivo”³⁰².

Esta premisa sobre el cambio de paradigma desarrollada por Lorenzetti puede reflejarse en el derecho ambiental principalmente en el respaldo jurisprudencial. A modo ejemplificativo, en “Provincia de La Pampa c/ Provincia de Mendoza s/ uso de aguas”³⁰³ se observa al momento de manifestar que el modelo antropocéntrico de la regulación ha sido reemplazado por un paradigma ecocéntrico o sistémico, que continuando con lo establecido por la Ley General del Ambiente, tiene en cuenta los intereses del propio sistema más que los privados o estatales.

Es decir, el cambio de paradigma se manifiesta en distintos enfoques del derecho, y en lo que compete a la materia ambiental actualmente se encuentra acompañado por la jurisprudencia, ya que tanto la Corte Suprema de Justicia de la Nación como otros tribunales inferiores receptan una visión ecocéntrica, es decir, por preservar los ecosistemas.

En el derecho de daños se prioriza prevenir el daño, para ello es que se permiten diferentes mecanismos jurisdiccionales para poder anticiparse. Esto es la tutela preventiva, dirigida a impedir “la realización posible del daño”.

El jurista brasileño Sebastián V. GOMES sostiene que para tutelar el medio ambiente uno de los principios fundamentales es el principio de prevención o de precaución. Se procura evitar la producción de daños ambientales, actuando como estimulante negativo de todo aquello que potencialmente pueda causarlo, por tratarse de una responsabilidad particularmente gravosa en relación al régimen general de responsabilidad civil. Se puede afirmar que los daños ambientales son irreversibles o de difícil reparación o cuando puede repararse, es demasiado costoso, por ello es que lo principal es construcción de mecanismos preventivos que busquen impedir la producción futura de estos daños.³⁰⁴

En las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho de Daños desarrolladas el 1° de octubre de 2011, en Tucumán, se aprobaron las siguientes conclusiones de la Comisión N° 3, en relación a la “Prevención del daño”: “El principio de prevención constituye un principio general del Derecho de Daños. Comprende, entre otros, el deber de evitación del daño, la acción preventiva y los efectos de la sentencia que ordena la prevención”. “El deber de prevención del daño involucra la adopción de recaudos razonables para evitar su acaecimiento, la de hacer cesar el daño ya activado, y la de inhibir su agravamiento”. “En la acción preventiva no es aplicable la noción de factor de atribución”.

En materia de titularidad de la acción se adoptó una postura amplia, “están legitimados activamente para obrar todos aquellos que acrediten un interés mínimo pero razonable, individual o colectivo”. “La tutela inhibitoria -de oficio- es procedente en aquellos supuestos en donde se patentice el riesgo, cualquiera sea el objeto del proceso. En el marco del régimen

³⁰¹ Moreno- stiglitz en Nestor Cafferatta, ob. Cit. P.250

³⁰² Ricardo L. Lorenzetti en Nestor Cafferatta, ob. Cit. P.250

³⁰³. “Provincia de La Pampa c/ Provincia de Mendoza s/ uso de aguas”. CSJN, 01/12/2017

³⁰⁴ Sebastián V. GOMES en Nestor Cafferatta, ob. Cit. P.250

jurídico vigente se deben utilizar con amplitud todos los mecanismos para asegurar la eficacia de la sentencia que ordene la prevención”³⁰⁵.

4. MECANISMOS DE PROTECCIÓN AMBIENTAL.

Para llevar a cabo la esencial protección ambiental, se utilizan diversos mecanismos. Algunos consisten en prohibiciones, otros en mandatos y otros en incentivos. El más utilizado e idóneo resulta ser la prevención. Este remedio resulta fundamental ya que el ambiente es un “bien no monetizable”, es decir, no se puede traducir a una indemnización pecuniaria y a su vez, es difícil – por no decir imposible- retornar al estado anterior al daño.

Con diversas acciones y programas - estudio de impacto ambiental, la habilitación administrativa, las acciones judiciales inhibitorias,- se pretende evitar un daño al medio ambiente. A continuación, se detallarán algunas de estas acciones.

4.a. Tutela inhibitoria y acción cautelar.

Actualmente existen instrumentos que pretenden ser inhibitorios para defender a los derechos fundamentales, dentro de los cuales se incluye al derecho ambiental. A esta tutela inhibitoria, Lorenzetti explica que tiene finalidad preventiva, ya que el elemento clave es impedir la posibilidad de un ilícito futuro; es la amenaza de violación.

La vía cautelar, por su parte, se caracteriza por ser un proceso de conocimiento sumario que se contrapone al proceso ordinario, en el que se destaca la urgencia y la brevedad temporal. Por tal razón, en la medida cautelar se debe probar el peligro en la demora, que se configuraría en un perjuicio irreparable si transcurre el tiempo que conlleva un proceso ordinario. La tutela final está relacionada con la amenaza de daño y no tanto con el peligro en la demora.

El género de la tutela inhibitoria- tanto la definitiva como la cautelar- se caracteriza por la finalidad preventiva. Para cumplir con dicho fin, ambas admiten una concretización mediante mandatos innovativos y de no innovar.

En la Argentina hay clara conciencia de la necesidad de la tutela preventiva. En el Primer Congreso Internacional de derecho de daños en homenaje al profesor, doctor Jorge MOSSET ITURRASPE (Comisión 4: “La protección de los intereses difusos, el seguro y el acceso a la justicia”) se recomendó que: “Ante el menoscabo, actual o potencial, a intereses difusos, es proponible una pretensión cautelar o principal, tendiente a hacerlo cesar, o a evitarlo”. En el tema específicamente ambiental en las IXas. Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Mar del Plata 1983) se declaró que “según el caso podrá solicitarse la prevención del daño, su cesación o su reparación”.

La tutela inhibitoria tiene características específicas:

- a) es suficiente una amenaza, se prescinde de la verificación del daño.
- b) el acto ilícito se caracteriza normalmente por una actividad continuada, o bien por una pluralidad de actos susceptibles de repetición, o bien por la inminencia de un acto ilícito. Es un elemento necesario porque hace a la posibilidad de prevenir;
- c) la acción ilícita debe ser susceptible de ser detenida en sus efectos futuros, ya sea evitando que se produzcan nuevos daños o disminuyendo el ya producido;
- d) la culpa no tiene ninguna relevancia en la disciplina inhibitoria, puesto que no es posible evaluar el elemento subjetivo de una conducta antijurídica futura;

³⁰⁵ Cafferatta, Néstor (Director) - en coautoría con Lorenzetti, Pablo - Rinaldi, Gustavo - Zonis, Federico, Tratado Jurisprudencial y Doctrinario. Derecho Ambiental, Tomo I, La Ley, 2012 p. 251

- e) es habitual que se trate de perjuicios que, si se concretan, no son monetizables.
- f) también es habitual que se refiera a bienes infungibles, porque en ellos se revela la necesidad de prevención.³⁰⁶

4.b- Estudio de Impacto Ambiental.

Otro de los principales mecanismos de prevención de daños ambientales es el Estudio de Impacto Ambiental.

El Estudio de Impacto Ambiental (EIA) es el mecanismo legal por excelencia para prevenir los daños ambientales potenciales. Se lo exige antes del inicio o de la continuación de la actividad, y tiene por objeto comprobar los efectos nocivos que la misma pueda provocar sobre el medio. Luego de identificados se proponen medidas para mitigarlo, las que deberán ser aprobadas por la Administración.

5.MEDIDAS CAUTELARES

Respecto a las medidas cautelares, Guillermo PEYRANO³⁰⁷ señala que “su importancia finca en garantizar los resultados de las sentencias definitivas, empero el factor tiempo que conlleva necesariamente la sustanciación de los procesos judiciales. Por ejemplo, la paralización vía prohibición de innovar- de un emprendimiento humano de cualquier tipo, del que se deriven posibles daños o afectaciones al medio ambiente.

Los requisitos que deberán reunirse para su despacho favorable son: verosimilitud del derecho, peligro en la demora y la contracautela, ya que buena parte de la doctrina sostiene que estos recaudos deberán flexibilizarse, a la luz de la especial naturaleza de la problemática ambiental.

Siguiendo la exposición de PEYRANO, “la particularidad de estas cuestiones, el carácter de los bienes tutelados y la incidencia muchas veces general e indiferenciada de las afectaciones ambientales, operarán para acotar o incluso, disculpar, la exigibilidad de estos recaudos. En este aspecto, la verosimilitud en el derecho deberá ser analizada bajo un prisma no tan riguroso, debiendo admitirse el despacho de medidas precautorias en materia ambiental, aun cuando no exista certeza científica sobre los efectos perjudiciales cuya producción quiera prevenirse en esta materia. En similar sentido, la contracautela podrá ser en ocasiones eximida, aún en defecto de la existencia de regímenes legales que así lo autoricen. Además la tutela preventiva del medio ambiente, cuando de soluciones jurisdiccionales se trate, llevará siempre ínsito el cumplimiento del recaudo de periculum in mora.

Retomaré la cuestión cautelar desde el punto de vista jurisprudencial en el apartado “Fallos rectores”.

6. MEDIDAS AUTOSATISFACTIVAS

G. PEYRANO³⁰⁸ apunta que “la adopción de medidas urgentes y definitivas para prevenir los daños al ambiente”, o incluso “en la recomposición de los ya ocasionados”, “resultan soluciones que no admiten dilaciones y que bien podrían llegar a ser dispuestas a través de MEDIDAS AUTOSATISFACTIVAS ordenadas jurisdiccionalmente, ante la eventual inacción de otros poderes públicos para atender a estas situaciones”. En estos supuestos, se reafirma la necesidad de “adaptación” del recaudo de la “alta probabilidad del derecho del peticionante” (exigido para las medidas autosatisfactivas) a la materia ambiental, teniendo en cuenta el carácter de “derecho de incidencia colectiva” que caracteriza al consagrado por nuestra Constitución al medio ambiente, no pudiendo constituirse la especial naturaleza del mismo, en un óbice para obtener el despacho favorable de estas medidas”.

³⁰⁶ Lorenzetti, Pablo en Cafferatta, Néstor ob. Cit. p. 252

³⁰⁷ Guillermo Peyrano en Nestor Cafferatta, ob. Cit. P.252

³⁰⁸ Guillermo Peyrano en Nestor Cafferatta, ob. Cit. P.254

7. FALLOS RECTORES

-Principio de prevención. Prioridad absoluta de la prevención: Que en virtud de lo expresado, la presente causa tendrá por objeto exclusivo la tutela del bien colectivo. En tal sentido, tiene una prioridad absoluta la prevención del daño futuro, ya que -según se alega- en el presente se trata de actos continuados que seguirán produciendo contaminación. (CSJN “**Mendoza, Beatriz S. y otros c. Estado Nacional y otros**”). Aquí se observa como se prioriza la prevención del daño ya que se alega que la producción de los actos en cuestión producirían un daño real y concreto: la contaminación.

-En “**Gianuzzi Leda y otros c/ Municipalidad de Ensenada s/ inconst. ord. 4234/16**”, la Suprema Corte de Justicia al momento de analizar los requisitos de procedencia de una medida cautelar, en el considerando que analiza lo referido a el “peligro en la demora”, (considerando ix.3), se expidió de la siguiente manera: “(...) En este terreno, la prevención tiene una importancia superior a la que se otorga en otros ámbitos, ya que la agresión al medio ambiente se manifiesta en hechos que pueden provocar por su mera consumación un deterioro cierto e irreversible, de tal modo que permitir su avance y prosecución puede conllevar una degradación perceptible de la calidad de vida de los seres humanos. En virtud de ello, tratándose del posible gravamen o afectación del ambiente, la ponderación del peligro debe efectuarse a la luz de los principios preventivo y precautorio, propios de la materia ambiental, ínsitos en la cláusula del art. 28 de la Carta local y consagrados expresamente en el art. 4 de la ley 25.675(...)” (SCBA **Gianuzzi Leda y otros c/ Municipalidad de Ensenada s/ inconst. ord. 4234/16**).

En este ejemplo la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, aplicando la normativa ambiental establecida por la Constitución de Buenos Aires y la Ley General del Ambiente en lo referido a los principios preventivos y precautorios falla sobre la procedencia de una medida cautelar priorizándolos, atendiendo a una posible afectación del ambiente, que podría resultar irreversible de consumarse la actividad.

-Esta sentencia describe el principio de prevención como principio rector en la materia ambiental y su aplicación práctica: La Constitución Nacional, en su art. 41 confiere a las autoridades la protección 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.

Coincidiendo con García Minella (opinión vertida en causa citada por el tribunal, “Almada v. Copetro”, sent. del 19/5/1998), considero que debe darse particular importancia a la prevención del daño al medio ambiente “para que no sea una fórmula meramente declarativa, la Constitución Nacional se anticipa y constitucionaliza el llamado daño ambiental y la obligación consecuente, estableciendo una nueva categoría de daños que obligan a recomponer lo ocasionado”.

Por ello debe asignarse a “la prevención en este terreno una importancia superior a la que tiene otorgada en otros ámbitos, 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.(SCBA “**Ancore SA y otro c. Municipalidad de Daireaux s/ Daños y Perjuicios**”).

8. REFLEXIÓN FINAL

Como reflexión final considero fundamental no dejar de mencionar la importancia que presenta en cuestiones ambientales el principio preventivo desarrollado ut-supra.

Dicha importancia se debe al carácter de irreversibilidad y/o lo difícil y costosa que es la reparación del ambiente una vez que se produce un daño, por lo que es esencial tomar medidas que impidan la producción del daño, ya que de producirse se daría una degradación perceptible

tanto en el ambiente como de la calidad de vida de quienes lo habitamos (flora y fauna animal o no).

Si bien este principio actúa para impedir la consumación de una actividad que de efectuarse derivará en un riesgo ya conocido, es decir, un riesgo concreto, real y efectivo, la normativa protege al ambiente de actividades que implicaría un riesgo aún no determinado, es decir, un riesgo potencial o sospechoso, con otro principio: el precautorio.³⁰⁹

Retomando al presente capítulo, su importancia también se refleja en los requisitos que se solicitan para su aplicación. De estos, es destacable el hecho de que no es necesario un factor de atribución y su amplia legitimación, ya que son legitimados activos quienes presenten un mínimo y razonable interés, ya sea individual o colectivo.

Es por ello es receptado en diversas normativas, comenzando por la Constitución Nacional, de la provincia de Buenos Aires y leyes nacionales, entre otras. Nuestra Constitución Nacional también otorga una vía preventiva: la acción de Amparo, receptada desde la reforma de 1994. Otra norma reconocida en nuestra normativa y que resulta fundamental, es la acción preventiva presente en el artículo 1711 del Código Civil y Comercial, que ya se explicó precedentemente.

El principio preventivo es un reflejo del cambio de paradigma en distintos ámbitos del derecho - inclusive el derecho ambiental- del que somos contemporáneos y que vemos reflejados en diversa legislación y jurisprudencia que acompaña y refuerza una visión ecocéntrica que llegó para desplazar al antropocentrismo.

³⁰⁹ Puede verse el artículo referido al principio precautorio en el título correspondiente de esta obra colectiva.

PRINCIPIO PRECAUTORIO

AUTORA: LIDIA NOEMÍ STRANICH

SUMARIO: 1. Concepto- 2. Elementos: 2.a. La incertidumbre científica- 2.b. Evaluación del riesgo de producción de un daño- 2.c. El nivel de gravedad del daño-2.1. Ponderación de los efectos descontados- 2.2. Revisión constante- 3. Diferencias con el principio de prevención-4. Su recepción en la legislación argentina- 5. Aplicación: 5.a. En el ámbito del poder judicial-5. b. En el ámbito de la Administración-5.c. Reglas procesales- 6. Incidencia en la responsabilidad del Estado- 7. En el derecho privado: el nuevo Código Civil y Comercial y el orden público ambiental- 8. Un poco de historia (génesis del principio)- 9. Aplicación del principio en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación-10. Reflexiones finales. -

1. CONCEPTO.

El Principio 15 de la Convención de Río de Janeiro sobre Medio Ambiente y Desarrollo, adoptada en la Conferencia de ONU sobre Medio Ambiente y el Desarrollo en el año 1992, define al principio precautorio de la siguiente manera: 'cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente'.³¹⁰

Esto quiere decir que el principio de precaución exige que, frente a una duda razonable que surge en relación con la peligrosidad de cualquier actividad de repercusiones ambientales, se evite la misma, o se tomen las medidas pertinentes para que ese eventual daño, científicamente no comprobado todavía, no llegue a producirse.

El Dr. Néstor CAFFERATTA³¹¹, trayendo el análisis que realiza ÉDIS MILARÉ, explica que la palabra "precaución" deviene del sustantivo de verbo "precaerse" (del latín PRAE = antes y CAVERE = tomar cuidado) y sugiere cuidados anticipados, cautela para que una actitud o acción no venga a resultar en efectos indeseables.

De esta manera, el principio surgió para dar respuesta a la problemática que intenta resolverse en materia ambiental cuando se presentan riesgos ciertos e incertidumbre científica sobre el alcance de algunos daños que se están produciendo.

Por su parte, la Corte Suprema "lo ha definido como "un principio jurídico de derecho sustantivo (...) De tal modo, una vez que se acredita el daño grave e irreversible, el principio obliga a actuar aun cuando exista una ausencia de información o certeza científica, debiéndose efectuar un juicio de ponderación con otros principios y valores en juego"³¹²

2. ELEMENTOS

La doctrina especializada³¹³ enuncia que deben verificarse, para su aplicación concreta, 3 elementos distintivos:

2.a. **la incertidumbre científica:** principal característica de este principio que lo diferencia del de prevención; "ya que el principio precautorio despliega sus efectos en supuestos de controversia científica, siempre que se trate de evitar daños graves e irreversibles" y "la gran mayoría de los efectos nocivos hacia los bienes ambientales se generan como consecuencia de hechos cuyo vínculo causal es incierto desde el punto de vista científico."³¹⁴

2.b. **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.-

2.c. **el nivel de gravedad del daño:** el daño debe ser grave e irreversible y sólo en este caso juega el principio de precaución. "La hipótesis de precaución nos pone en presencia de un riesgo no mensurable, es decir, no evaluable"³¹⁵. es decir, "se aprecian también dificultades en cuanto a la cuantificación de las

³¹⁰ CAFFERATTA, NÉSTOR en "Tratado Jurisprudencial y Doctrinario. Derecho Ambiental", Tomo I, La Ley, 2012, Cap II Cafferatta, Néstor (Director)- en coautoría con Lorenzetti, Pablo – Rinaldi, Gustavo – Zonis, Federico, pág. 276.

³¹¹ CAFFERATTA, NÉSTOR, cita al autor Edis Milaré en "Tratado Jurisprudencial y Doctrinario. Derecho Ambiental", pág. 281.-

³¹² CAFFERATTA, NÉSTOR A. - Lorenzetti, Pablo, en "Hacia la consolidación del Estado de Derecho Ambiental. Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación", Publicado en: SJA 2018/11/072018-11-07; JA 2018-IV 2018-11-07; Cita Online: AP/DOC/509/2018, pág. 9.-

³¹³ NESTOR CAFFERATA, cita a Luis Facciano, en "Tratado.." pág. 279.

³¹⁴ CAFFERATTA, NÉSTOR A. - LORENZETTI, PABLO, en "Hacia la consolidación del Estado de Derecho Ambiental", pág. 9.-

³¹⁵ ESAÍN JOSÉ ALBERTO Y GARCÍA MINELLA GABRIELA, "Derecho ambiental en la provincia de Buenos Aires",. - 1a. ed. - Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2013, Tº I, pág. 122.

afectaciones negativas al ambiente con el objeto de estimar el monto económico que debería afrontar cualquier persona física o jurídica que dañe al bien colectivo”³¹⁶

Por su parte, ESAIN y GARCÍA MINELLA³¹⁷ con una mirada hacia la precaución como un principio clave en materia de gestión ambiental, junto a la prevención, refiere que se integra además, por los siguientes axiomas:

2.1. Ponderación de los efectos descontados: esto quiere decir, según lo explicado por “la Corte Suprema ... que la aplicación del principio precautorio "implica armonizar la tutela del ambiente y el desarrollo, mediante un juicio de ponderación razonable, por lo que no debe buscarse oposición entre ambos, sino complementariedad, ya que la tutela del ambiente no significa detener el progreso, sino, por el contrario, hacerlo más perdurable en el tiempo de manera que puedan disfrutarlo las generaciones futuras”³¹⁸

Esta ponderación, según lo entienden CAFFERATTA y LORENZETTI, “se trata de un parámetro importante a la hora de fundar jurídicamente los principios de derecho ambiental con el objeto de desterrar interpretaciones reduccionistas que imputan a la materia una especie de carácter impeditivo del crecimiento económico de las personas y de los países. En la visión del máximo tribunal, no es real que la protección de los derechos de tercera generación debilite o postergue la satisfacción de los de primera o segunda.”³¹⁹

2.2. Revisión constante: La precaución implica una revisión constante de las medidas adoptadas a la luz de los distintos estadios de certidumbre –incertidumbre de los avances científicos–. Esto tiene que ver con las nuevas pruebas que se vayan realizando sobre los productos y componentes del ambiente, y los diferentes descubrimientos que constantemente se van logrando, y a partir de estos datos se ponderarán los nuevos efectos que quizá no se tuvieron en cuenta en su momento o que no se los conocía, lo que obligará a replantearse las diferentes autorizaciones ya dadas”.

3. DIFERENCIAS CON EL PRINCIPIO DE PREVENCIÓN

Así como el principio de prevención tiende a evitar un daño futuro pero cierto y mensurable, el principio de precaución introduce una óptica distinta: apunta a impedir la creación de un riesgo con efectos todavía desconocidos y por lo tanto imprevisibles. Opera en un ámbito signado por la incertidumbre. No debe confundirse este principio con el de prevención.

La incertidumbre, como señala Aníbal FALBO, concepto traído también por el Dr. CAFFERATA ³²⁰, permite realizar, entre otras, las siguientes reflexiones: “Los grados, tipos y formas que presente la incertidumbre en cada caso ambiental serán de lo más variados: ¿Cuáles son los efectos tóxicos de un compuesto a corto, mediano y largo plazo?, ¿Cuáles son los efectos acumulativos de un compuesto aun cuando se detecte en cantidades inferiores a las tóxicas?, ¿el hecho de que una concentración de contaminante aparezca como tolerable, garantiza que no produzcan efectos dañosos en el futuro?, ¿Cómo responden distintos ambientes u organismos a iguales contaminantes, incluso a iguales concentraciones?, ¿Cuál ha sido el foco emisor de una contaminación detectada?, ¿Ha habido un solo foco emisor?, ¿En qué medida ha contribuido cada distinto foco emisor de la contaminación?...?, ¿Cuáles serán los efectos en las generaciones actuales y venideras de concentraciones hoy tenidas como aceptables pero que mañana se descubran como perniciosas?, ¿Qué hacer ante situaciones de riesgo o peligro potencial?... ¿Cómo evaluar los daños potenciales, pero aún no presentes, de un contaminante en los organismos y el ambiente?, ¿En qué medida y gravedad afecta la aptitud vital estar expuesto a grados de contaminación por sobre los márgenes aceptados como seguros e, incluso, bajo dichos márgenes o STÁNDARES?, ¿Existen márgenes aceptables (seguros) para cualquier tipo de organismo (enfermo o sano) y en cualquier circunstancia (niños, jóvenes, ancianos)?, entre muchas más”.

³¹⁶ CAFFERATTA, NÉSTOR A. - LORENZETTI, PABLO, en “Hacia la consolidación”, pág. 9.

³¹⁷ JOSÉ ALBERTO ESAIN Y GABRIELA GARCÍA MINELLA. “Derecho ambiental...” pág. 122.-

³¹⁸ CAFFERATTA, NÉSTOR A. - LORENZETTI, PABLO, en “Hacia la consolidación”, pág. 7-

³¹⁹ CAFFERATTA, NESTOR A. -LORENZETTI, PABLO, en “Hacia la consolidación...”, pág. 7.

³²⁰ CAFFERATTA, NÉSTOR A. Director “Tratado Jurisprudencial y Doctrinario. Derecho Ambiental”, La Ley-2012, Tomo I, pág. 282.-

4. SU RECEPCIÓN EN LA LEGISLACIÓN ARGENTINA

Este principio³²¹ tiene recepción expresa en la Ley General del Ambiente 25.675, sancionada el 06/11/2002, promulgada parcialmente por decreto 2413, el 27/11/2002, que en su **artículo 4**, contiene una serie de principios de política ambiental, que en su parte pertinente, se transcribe seguidamente:

“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”.

Pero también hay otras normas nacionales e internacionales, que rigen la materia, y que también lo receptaron.

Así, la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, de conformidad 151/5, de 7 de mayo de 1992, surgida de la Conferencia de las Naciones Unidas -de la cual formó parte nuestro país, reunida en Río de Janeiro del 3 al 14 de junio de 1992, lo contiene como **principio 15**: “Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave e irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente”.

Por su parte, la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, Ley 24.295 de 7/12/93, publicada en el Boletín Oficial el 11/01/94, y ratificada el 11/03/94, instituye el mismo principio precautorio, a través del **artículo 3.3**, donde se dice: “Las partes deberían tomar medidas de precaución para reducir al mínimo las causas del cambio climático y mitigar los efectos adversos. Cuando haya amenaza de daño grave e irreversible, no deberían utilizarse la falta de total certidumbre científica como razón para postergar tales medidas, tomando en cuenta que las políticas y medidas para hacer frente al cambio climático deberían ser eficaces en función de los costos a fin de asegurar beneficios mundiales al menor costo posible”.

También rige para nuestro país, a través de la aprobación del Convenio sobre la Diversidad Biológica por Ley 24.375 de septiembre de 1994, publicada en el Boletín Oficial el 6 de enero de 1994, que en el **Preámbulo** de dicho documento las partes contratantes observan que es vital prevenir, prevenir y atacar en su fuente las causas de reducción o pérdida de la diversidad biológica. También que cuando exista una amenaza de reducción o pérdida sustancial de la diversidad biológica no debe alegarse la falta de pruebas científicas inequívocas como razón para aplazar las medidas encaminadas a evitar o reducir al mínimo esa amenaza.

De acuerdo a lo establecido en el artículo 19 de este Convenio de Diversidad Biológica, la Conferencia de partes designó un Grupo Especial para elaborar un Protocolo de Bioseguridad. Luego de varios años de debate, se redactó el “Protocolo sobre Bioseguridad de Cartagena”, aprobado el 29 de enero de 2000 en Montreal. Este Protocolo introduce en forma expresa el principio de precaución en la temática de bioseguridad (**artículo 1, y anexo III**, metodología).

Por último, cabe consignar que en nuestro país, mediante Ley 27566 ³²² del 19 de octubre de 2020, fue aprobado 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) que en su artículo 3 se refiere a los principios ambientales, y en inciso f) específicamente al principio precautorio

La importancia de este Acuerdo, radica en la consagración regional de la democracia ambiental, que reafirmó y permite robustecer el Principio 10 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de 1992, y que establece lo siguiente: "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

³²¹ CAFFERATTA NÉSTOR, en “Tratado”, pág. 283.

³²² <https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/236220/20201019>

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 éstos el resarcimiento de daños y los recursos pertinentes".

La vinculación de este Acuerdo con el principio precautorio radica en que reconoce que el mejor modo de enfrentar los desafíos ambientales es con el reconocimiento del "derecho de acceso a la información ambiental, el derecho a la participación en los procesos de toma de decisiones en asuntos ambientales, y el derecho al acceso a la justicia en asuntos ambientales".

Esto implica que estos "derechos de acceso"³²³, al ser ejercidos de manera oportuna, permitirán actuar de manera anticipada frente a cualquier dato y/o estudio científico relevante y/o actualizado, que permita vislumbrar un peligro de daño ambiental, constituyendo esa información así obtenida, la base de datos y/o estudios científicos objetivos, necesarios para activar el principio precautorio, aún en el caso que éstos sólo generen incertidumbre (y aún no certezas) para evitar que el daño ambiental se produzca.

Además, y como señala Aníbal FALBO,³²⁴ este principio, como los demás principios enumerados en el artículo 3 de Escazú, constituyen también "estándares de implementación de cada parte del Acuerdo", es decir, no sólo incide en el acceso a la justicia y en el acceso a la información ambiental, sino también en lo que se refiere a la participación en el acto decisorio estatal.-

5. APLICACIÓN

5.a. En el ámbito del Poder Judicial.

Según CAFFERATTA-LORENZETTI ³²⁵, "además de implicancias en lo sustancial, el principio precautorio impacta igualmente en los instrumentos procesales ya 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 la 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 imprevisible".

Así, los instrumentos legales están dirigidos a profundizar y privilegiar los mecanismos de tutela inhibitoria y de recomposición por sobre los resarcitorios. Es por ello que se presenta como sumamente aplicable a la tutela del ambiente la concepción polifuncional de la responsabilidad civil diseñada a partir del art. 1708 del Cód. Civ. y Com., colocando en el centro de la escena del sistema a la función preventiva.

Es decir, según Antonio BENJAMÍN,³²⁶ se debe observar "la necesidad de una "tutela de anticipación", ante la amenaza de daños graves e irreversibles cuya secuelas irreversibles pueden propagarse en el espacio a través del tiempo. Por eso la vía elegida para el ingreso del principio, según la jurisprudencia, son las "acciones de tutela inhibitoria".

También Cafferatta-Lorenzetti ³²⁷ explican que "el proceso, vía aplicación del principio precautorio, se adapta a las particularidades que surgen de los riesgos ambientales intrincados e inciertos, teniéndose

³²³ CAFFERATTA NÉSTOR A. en "Acceso a la Justicia Ambiental", Rev La Ley, del 9-11-2020, T° LL 2020- pág. 1.

³²⁴ FALBO ANIBAL, "Acuerdo de Escazú (ley 27566) Una maquinaria eficaz, concreta y sofisticada para la participación ambiental de los habitantes", en Rev La Ley, del 9-11-2020, T° LL 2020- pág. 6.

³²⁵ CAFFERATTA, NESTOR A. -LORENZETTI, PABLO, en "Hacia la consolidación...", pág. 9.

³²⁶ CAFFERATTA NÉSTOR A, autor citado en el "Tratado... pág. 280.-

³²⁷ CAFFERATTA, NESTOR A. -LORENZETTI, PABLO, en "Hacia la consolidación...", pág. 10.

siempre en miras la ineludible obligación constitucional de legar a las generaciones futuras un caudal de bienes colectivos hábil para satisfacer sus necesidades. En esa línea, se torna imperioso reinterpretar y activar con énfasis el instituto de las medidas cautelares como mecanismo hábil de tutela anticipada y asegurativa del bagaje de bienes ambientales”.

En el camino de la “ambientalización” de los institutos procesales, el máximo tribunal ha jerarquizado la figura del amparo como instrumento útil para la protección del ambiente, reinterpretando sus requisitos de procedencia y aminorando su carácter excepcional.

5.b. En el ámbito de la Administración:

También en la esfera administrativa, la aplicación del principio se traduce concretamente en: fijación de “mínimos de tolerancia”, generalización de autorizaciones administrativas previas (evaluación de impacto ambiental), regulaciones de “alertas tempranas”, o diseño de mecanismos de participación ciudadana en los procesos de toma de decisiones, la revisión de actuación de los expertos en esos procesos.³²⁸

Entienden CAFFERATTA-LORENZETTI³²⁹ que “tal es la trascendencia del principio precautorio en el derecho ambiental que la Corte Suprema ha destacado su necesaria observancia también por parte de las agencias administrativas y los funcionarios estatales. Se dijo, por ejemplo, que “el principio precautorio produce una obligación de previsión extendida y anticipatoria a cargo del funcionario público. Por lo tanto, no se cumple con la ley si se otorgan autorizaciones sin conocer el efecto, con el propósito de actuar una vez que esos daños se manifiestan. Por el contrario, el administrador que tiene ante sí dos opciones fundadas sobre el riesgo debe actuar precautoriamente, y obtener previamente la suficiente información a efectos de adoptar una decisión basada en un adecuado balance de riesgos y beneficios”.

“En la misma óptica, la Corte aplicó la racionalidad precautoria a los fines de testear la implementación de los instrumentos de gestión y política ambiental”.

“En referencia al procedimiento de evaluación de impacto ambiental, sostuvo el tribunal que “el principio precautorio es uno de los principios fundamentales de la política ambiental. Así, la ley 26.331 —que establece los presupuestos mínimos de protección ambiental de los bosques nativos— enumera como uno de sus objetivos “hacer prevalecer los principios precautorio y preventivo, manteniendo bosques nativos (...)” (art. 3º, inc. d). Luego agregó específicamente que “las irregularidades del procedimiento de evaluación de impacto ambiental que caracterizaron este pedido de desmonte revisten carácter de suficiente gravedad para justificar la nulidad de las autorizaciones. En primer término, una aprobación condicionada o tal como lo justifica el fallo del Superior Tribunal ‘con sugerencias o recomendaciones’ no se ajusta al marco normativo aplicable. (...) En efecto, los estudios de evaluación de impacto ambiental y su aprobación deben ser previos a la ejecución de la obra o actividad, al tiempo que no se admite que la autorización estatal se expida en forma condicionada”.

5.c. Reglas procesales:

“La Corte manifestó que “en asuntos concernientes a la tutela del daño ambiental, las reglas procesales deben ser interpretadas con un criterio amplio que, sin trascender el límite de su propia lógica, ponga el acento en su carácter meramente instrumental de medio a fin, que en esos casos se presenta una revalorización de las atribuciones del tribunal al contar con poderes que exceden la tradicional versión del juez espectador”.³³⁰

“Por lo tanto, no es lógico mantener premisas procesales clásicas y rígidas, aplicándolas sin hesitación a los problemas ambientales debido a que si así fuere gran parte de los daños no podrían ser evitados o

³²⁸ CAFFERATTA NÉSTOR, en “Tratado...” citado en pág. 303, extraído de “Principio precautorio, Sozzo, Gonzalo - Berros, María Valeria, RCyS 2011-III, 28”

³²⁹ CAFFERATTA, NESTOR A. -LORENZETTI, PABLO, en “Hacia la consolidación...”, pág. 10.

³³⁰ CAFFERATTA, NESTOR A. -LORENZETTI, PABLO, en “Hacia la consolidación...”, pág.11.-

recompuestos. Claro está que, como bien resalta la Corte al introducir la expresión "no trascender el límite de su propia lógica", la flexibilización de las reglas procesales debe instrumentarse también bajo el amparo del principio de razonabilidad y la garantía del debido proceso".

También es preciso adaptar la teoría de las medidas cautelares, la carga de la prueba y los efectos de la sentencia.

En lo concerniente a la carga de la prueba, el principio de precaución puede autorizar la inversión de la carga de la prueba, obligando a quien desarrolla productos o actividades potencialmente dañosas a acreditar, en la medida de lo posible, que éstos no traen aparejado riesgos desproporcionados al público o al medio ambiente.

Sin embargo, no se propugna la inversión de la carga de la prueba en forma automática ni generalizada, sino que se la prevé como una posibilidad que deberá examinarse caso por caso, bajo el concepto procesal de "cargas dinámicas de la prueba".-

En este sentido, explica ESAÍN, será el titular del proyecto o actividad que ocasiona el daño, quien está en mejor posición para "acreditar la inocuidad" de su actividad, ya que generalmente los afectados o los habitantes del medio ambiente afectado, no están en condiciones de acreditar los detalles de un proyecto o actividad que no les pertenece.³³¹ Este sólo podrá -pero no será su obligación- acreditar la "falta de certeza científica", mediante el agregado de "informes científicos" que marquen precisamente ese "estado de incertidumbre", o que los "estudios acabados acerca del impacto ambiental no se han hecho".³³²

La CSJN, ha aclarado ³³³que "la aplicación del principio precautorio, aún existiendo una incertidumbre científica respecto al riesgo, requiere un mínimo de demostración de la posible concreción del daño", es decir, debe "existir un umbral de acceso al principio precautorio" ya que de lo contrario siempre se podrá argumentar que cualquier actividad podrá causar daños lo acarrearía una desnaturalización del principio. Ello significa que deben "identificarse los riesgos" para los cuales se piden o se adoptan medidas, y estas deben ser proporcionadas al riesgo que se quiere evitar, debiendo considerarse los costos económicos y sociales.

Sin embargo, independientemente que los afectados acrediten o no los riesgos ciertos de que el daño alegado se produzca o se agrave el ya acaecido, el Procurador General de la Nación, en el caso "Juvevir Asociación Civil y Otros c/APR ENERGY S.R.L. s/Inc. Apelación", ³³⁴ tomado por la CSJN para resolver el Recurso de Hecho deducido por la parte actora en la causa Juvevir Asociación Civil y otros c/Araucaria Energy S.A. s/Inc. de Apelación, aclaró que "cabe recordar que en cuestiones de medio ambiente, cuando se persigue la tutela del bien colectivo consagrado en la Constitución Nacional, 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 deben actuar para hacer efectivos estos mandatos constitucionales (Fallos 329:2316).-

Por ésto también es útil en este sentido, lo que interpreta CAFFERATTA, respecto del reciente "Acuerdo de Escazú (que) contiene normas que predicen la posibilidad de disponer medidas cautelares y provisionales para, entre otros fines, prevenir, hacer cesar, mitiga o recomponer daños al medio ambiente; 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." ³³⁵

³³¹ ESAÍN JOSÉ ALBERTO Y GABRIELA GARCÍA MINELLA, en op cit "Derecho ambiental..."Tº I, pág. 43.

³³²ESAÍN JOSÉ ALBERTO Y GABRIELA GARCÍA MINELLA, en op cit "Derecho ambiental..."Tº I, pag. 43.

³³³ CSJN, en fallo "Telefónica Móviles Argentina S.A. -Telefónica Argentina S.A. vs. Municipalidad de General Güemes s.Acción meramente declarativa de inconstitucionalidad " (Sent. 02/07/2019)

³³⁴ DICTAMEN 7/08/2020, Recurso Queja n° 1, Incidente n° 1- Fallo CSJN del 3/12/2020, FSM 116712/2017/3/2/RH3 "Juvevir Asociación Civil y otros c/Araucaria Energy S.A. s/Inc. Apelación".

³³⁵ CAFFERATTA NÉSTOR A. en "Acceso a la Justicia Ambiental", Rev La Ley, del 9-11-2020, Tº LL 2020- pág. 4-.

6. INCIDENCIA EN LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

El principio precautorio, al igual que todos los principios y demás dispositivos normativos contenidos en la normativa la Ley General del Ambiente “pasan a regir todo procedimiento administrativo y todo acto administrativo, de la forma prevalente, central y esencial indicada”³³⁶.

“Así se confirma hasta qué punto nos hallamos ante la aparición de un nuevo derecho aplicable, prioritaria, central y prevalentemente, a cuestiones administrativas, que no es otro que el que hemos dado en llamar derecho ambiental administrativo. A tal fin es de gran trascendencia recordar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha ido definiendo, clara e impecablemente, en varios de sus fallos, los caracteres y elementos de un nuevo tipo de acto administrativo al que denominamos como “Acto Administrativo Ambiental”, en la medida que se trata de aquel que las administraciones públicas dictan en la materia ambiental. Ello básicamente en dos sentencias ambientales de gran trascendencia: Salas”³³⁷ y “Mamani”³³⁸.

“Estos dos fallos abastecen debidamente los datos jurisprudenciales ambientales que describen y diseñan al Acto Administrativo Ambiental regido básica y prevalentemente por el Derecho ambiental”.

Respecto de la aplicación del principio precautorio en el acto administrativo ambiental” se “produce una obligación de previsión extendida y anticipatoria a cargo del funcionario público” como expresara la Corte Nacional en “Salas”³³⁹.

“Esto también permite confirmar que los principios ambientales son principios del procedimiento y acto administrativo cuando la temática tratada es la materia ambiental. Que el principio precautorio impone exigencias y requisitos esenciales al Acto Administrativo Ambiental se confirma en “Mamani”.-

Por eso, se advierte que el principio de precaución se presenta como “fuentes de un deber de actuación para el Estado, de suerte que su inobservancia compromete su responsabilidad patrimonial”³⁴⁰, ya que implica un “deber de prudencia incrementado que debe adoptar el gobernante en relación con actividades o productos de los que se sospecha encierran un riesgo para la salud o el medio ambiente”.³⁴¹

“Entonces, si el principio precautorio constituye un deber para la Administración, cabe cuestionarnos si su incumplimiento genera responsabilidad, cuando a raíz de su inobservancia se derive un daño a los particulares”³⁴².

“Cuando el deber de prudencia establecido en el art. 4º es ignorado, pese a haberse corroborado los requisitos normativos (sospecha de un riesgo grave e irreversible, falta de certeza científica, necesidad de tomar medidas urgentes para impedir su concreción), surge inexorablemente la posibilidad de reclamar la responsabilidad para el Estado. Desde un enfoque atravesado por el principio de precaución, donde el factor temporal juega un rol fundamental, la demora en la toma de decisiones por parte de las autoridades podría resultar perjudicial”³⁴³.

³³⁶ FALBO ANÍBAL, “La vigorosa emersión del derecho ambiental administrativo y el ocaso del derecho administrativo ambiental”, en Revista Derecho Administrativo nº 129- Mayo-junio, pág. 258.

³³⁷ FALBO, ANÍBAL, en “La vigorosa emersión del derecho ambiental administrativo...”, en RDA, pág. 258, CS, 26/03/2009, “Salas, Dino y otros c. Provincia de Salta y Estado Nacional”, cita Fallos 332:663, citado por

³³⁸ FALBO, ANÍBAL, en “La vigorosa emersión del derecho ambiental administrativo...” CS, 05/09/2017, “Mamani, Agustín P. y otros c. Estado provincial - Dirección Provincial de Políticas Ambientales y Recursos Naturales y Empresa Cram SA s/ recurso”, cita Fallos 340:1193, en RDA, pág. 258.

³³⁹ FALBO, ANÍBAL, en “La vigorosa emersión del derecho ambiental administrativo...” CS, resolución del 26/03/2009, S. 1144. XLIV. Originario. “Salas, Dino y otros c. Salta, Provincia de y Estado Nacional s/ amparo” en RDA, pág. 259.-

³⁴⁰ RAMOS MARTÍNEZ MARÍA FLORENCIA, “Prevención y precaución como fuente de responsabilidad del Estado”, en Revista Derecho Administrativo (RDA) nº 129 Mayo-Junio 2020, p. 285.-

³⁴¹ RAMOS MARTÍNEZ MARÍA FLORENCIA, op cit “Prevención y precaución...” pág. 288.

³⁴² RAMOS MARTÍNEZ MARÍA FLORENCIA, op cit “Prevención y precaución...” pág. 298.-

³⁴³ CAFFERATA, NÉSTOR A. “Responsabilidad civil por daño ambiental”, pag. 551, citado por Ramos Martinez María Florencia, en “Prevención.” RDA, pág. 298.-

“En los daños medioambientales y en materia de salud pública, nos encontramos frente a una problemática signada por la dificultad de recomposición in natura y la degradación como una proyección para las generaciones futuras. En estos casos la indemnización dineraria cumple una función casi simbólica si no va acompañada de un plan de recomposición, el cual puede resultar en determinados casos, de imposible realización por lo irreversible de la alteración provocada. Por ello, las medidas anticipatorias cobran una relevancia extrema en el ámbito aludido, de allí que, sin lugar a duda, el deber de precaución se presenta como una pauta de actuación que el Estado no puede eludir”³⁴⁴.

7. EN EL DERECHO PRIVADO: EL NUEVO CODIGO CIVIL Y COMERCIAL Y EL ORDEN PUBLICO AMBIENTAL

A partir del dictado del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, en el año 2015, se ha formado una interrelación entre el Derecho Privado con el Derecho Ambiental ³⁴⁵, que se vislumbra en la lectura de los artículos 14, 240 y 241 del CCyC, que conduce a una unidad, una conexión, en diálogo recíproco y mutuo entre los Derechos Individuales y los derechos Individuales Ambientales.

Conforme lo enseñado por CAFFERATTA ³⁴⁶ se observa la emersión de un daño ambiental individual” como uno de los dos rostros -el otro es el daño ambiental colectivo- de una realidad única, en la medida que se trata de dos rostros, o facetas, de un mismo daño, por eso el autor citado indica “que están unidos”.

Es decir, en el nuevo CCyC aparece una nueva función que según explica SOZZO ³⁴⁷, establece o diseña “un proyecto o plataforma abierta que debe o puede ser completado por los operadores del campo legal”.

Es decir, existe ahora una estrecha relación entre el Derecho ambiental y la normativa privada o civil, que permite un abordaje nuevo, ante los nuevos problemas regulados por el derecho privado, aparece un nuevo Orden Público, de estructura y configuración diferente, en comparación con el modelo clásico.

Porque, como señala Anibal FALBO, ³⁴⁸ “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”. Es un dispositivo normativo que materializa la unidad entre los derechos individuales y lo ambiental, diseña y construye el puente de conexión entre lo ambiental y lo individual humano. Así tanto sella la unidad como confirma el nacimiento de los Derechos Individuales Ambientales.

Es decir, con la introducción del art. 241 del CCyC, los derechos individuales deben contemplar todo el bloque normativo ambiental, en concreto las Leyes de Presupuestos Mínimos de protección ambiental y en especial la Ley General del Ambiente (LGA). Esas normas ambientales pasan a formar parte del derecho civil, por imperio del texto del art. 241 CCyC.

Pero la unidad o aplicación optimizada simultánea no se reduce solo a la faz normativa. Ese proceso de transmutación y de unidad, en la optimización simultánea, es mucho más abarcativo y amplio, pues se comunican a los derechos individuales del Derecho Privado todo el volumen y entramado de principios, sistemas, institutos y jurisprudencia del Derecho Ambiental, lo que implica la aplicación de los principios ambientales, -que incluye al principio precautorio-, también en la esfera del derecho privado, incluso en materia de contratos, donde la autonomía de la voluntad debe contemplar también los límites del orden público ambiental.

³⁴⁴ RAMOS MARTÍNEZ MARÍA FLORENCIA, op cit “Prevención y precaución...”, p. 298.-

³⁴⁵ FALBO, ANIBAL JOSÉ, “Trasmutación ambiental de los derechos individuales” en RDAmbiente, Director Nestor A. Cafferatta, Rubinzal Culzoni Editores, n° 63- Junio-Set 2020, pag. 46

³⁴⁶ FALBO, ANIBAL JOSÉ, en “Trasmutación ambiental de los derechos individuales”. Pág. 47

³⁴⁷ FALBO, ANIBAL J. en “Trasmutación ambiental de los derechos individuales”. Pág. 46

³⁴⁸ FALBO, ANIBAL J. en “Trasmutación ambiental de los derechos individuales”.. pag. 51

8. UN POCO DE HISTORIA (GÉNESIS DEL PRINCIPIO)

La aparición de este principio se remonta hacia la década del setenta con la Conferencia de Estocolmo del Medio Ambiente de 1972.-

Luego, en 1982, se incorporó en la Convención sobre el Derecho del Mar, que “previó en su artículo 206 la protección y preservación del medio marino, debiendo el Estado evaluar los efectos potenciales de actividades que podrán implicar una polución importante o modificaciones considerables.

Más adelante, en la Segunda Conferencia Internacional relativa al Mar del Norte 1987, se adoptó una declaración reconociendo la necesidad de plasmar el principio precaución.

Por eso comenzó a enunciarse este principio de precaución, inicialmente por el Panel Intergubernamental sobre el Cambio climático, creado en 1987, por decisiones congruentes de la Organización Meteorológica Mundial y el PNUMA, que lo recogió la Declaración Ministerial de la II Conferencia Mundial del Clima, para aparecer consagrado en el inciso 3 del artículo 3 del Convenio Marco sobre el Cambio Climático, negociado entre febrero de 1991 y mayo de 1992, bajo los auspicios de las Naciones Unidas³⁴⁹, aprobada por nuestro país el 07/12/93 mediante ley 24.295, en su art. 3.3.³⁵⁰

“También se encuentra presente, entre otros, en la Conferencia de Naciones Unidas en Viena de 1985 y en el Protocolo de Montreal de 1987, Convención sobre la protección y utilización de los cursos de agua transfronterizos y lagos internacionales (Helsinki, 1992), Convención Marco sobre Cambios Climáticos (Nueva York, 1992), Tratado de Maastricht de la Unión Europea entre otros”.

“Asimismo, fue adoptado por las Naciones Unidas en la llamada Declaración de Río sobre Medioambiente y Desarrollo, de 1992 de la cual formó parte la República Argentina (6). En el principio 15 del mentado instrumento, se dispone: “Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente”.

“El Protocolo de Bioseguridad de Cartagena, concertado en Montreal del 29 de enero de 2000, dispone, en el apartado 6 que “[el hecho de que no se tenga certeza científica por falta de información o conocimientos científicos pertinentes suficientes sobre la magnitud de los posibles efectos adversos de un organismo vivo modificado en la conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica en la Parte de importación, teniendo también en cuenta los riesgos para la salud humana, no impedirá a la Parte de importación, a fin de evitar o reducir al mínimo esos posibles efectos adversos, adoptar una decisión, según proceda, en relación con la importación del organismo vivo modificado de que se trate”³⁵¹

Posteriormente, el principio se fue afirmando en diversas conferencias internacionales: la Convención sobre la protección y utilización de los cursos de agua transfronterizos y de lagos internacionales Helsinki, 1992; la Convención para la protección del medio marino del Atlántico Norte Este, París, 1992; el Acuerdo relativo a la conservación y gestión de stock de peces, Nueva York, 1995; el Acuerdo para la aplicación de medidas sanitarias y fitosanitarias de MARRAKECH de 1994; el Protocolo de Oslo de 1994 en materia de polución atmosférica. Aunque la primera Convención que lo plasmó en forma concreta y estableció a la vez un mecanismo para llevarlo a cabo, fue la Convención de Bamako de 1991 relativa a la prohibición de importar desechos peligrosos y a controlar los movimientos transfronterizos de los mismos en África.

³⁴⁹ “CAFFERATTA NÉSTOR, en “Tratado... Opinión del Director”, pág. 271.

³⁵⁰ RAMOS MARTÍNEZ MARÍA FLORENCIA, en op cit “Prevención y precaución...” (RDA) nº 129 Mayo-Junio 2020, p. 287.

³⁵¹ RAMOS MARTÍNEZ, MARÍA FLORENCIA, op cit “Prevención y precaución ...”, pag. 287

De lo expuesto, vemos entonces que este principio surgió en el Derecho del Medio Ambiente, se extendió posteriormente al Derecho del Mar y en los 90 a la problemática de biodiversidad.

Así aparece como principio 15, en la Declaración de Río sobre el Medio ambiente y Desarrollo en 1992, ya mencionado.

9. APLICACIÓN DEL PRINCIPIO EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN.

9.a.Principio precautorio. Tutela del ambiente y el desarrollo- Autorizaciones para tala y desmonte.

El principio precautorio produce una obligación de previsión extendida y anticipatoria a cargo del funcionario público. Por lo tanto, no se cumple con la ley si se otorgan autorizaciones sin conocer el efecto, con el propósito de actuar una vez que esos daños se manifiesten. Por el contrario, el administrador que tiene ante sí dos opciones fundadas sobre el riesgo, debe actuar precautoriamente, y obtener previamente la suficiente información a efectos de adoptar una decisión basada en un adecuado balance de riesgos y beneficios. La aplicación de este principio implica armonizar la tutela del ambiente y el desarrollo, mediante un juicio de ponderación razonable. Por esta razón, no debe buscarse oposición entre ambos, sino complementariedad, ya que la tutela del ambiente no significa detener el progreso, sino por el contrario, hacerlo más perdurable en el tiempo de manera que puedan disfrutarlo las generaciones futuras. Que la aplicación del principio precautorio en este caso, obliga a suspender las autorizaciones de tala y desmonte y su ejecución en los cuatro departamentos mencionados hasta tanto se efectúe un estudio del impacto acumulativo de dichos procesos. (“Salas, Dino y otros c. Provincia de Salta y Estado Nacional”, - CSJN - Fallos: 332:663 -26/03/2009 LA LEY 2009-B, 683 -La Ley Online, cons.2º, párr. 6 y 7, y cons. 3º).

9.b. Principio precaución. Cómo se aplica.

Que la aplicación de principio precautorio establece que, cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la ausencia de información o certeza científica no debe utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces, en función de los costos, para impedir la degradación del medio ambiente (art. 42 de la ley 25.675), lo que no puede confundirse con la idoneidad de la acción meramente declarativa. El primero es un principio jurídico de derecho sustantivo, mientras que la segunda es una regla de derecho procesal. De tal modo, una vez que se acredita el daño grave e irreversible, el principio obliga a actuar aun cuando exista una ausencia de información o certeza científica, debiéndose efectuar un juicio de ponderación con otros principios y valores en juego. El principio es una guía de conducta, pero los caminos para llevarla a cabo están contemplados en la regulación procesal, que establece diferentes acciones con elementos disímiles, precisos y determinados, que no pueden ser ignorados en una decisión que no sea “contra legem”. Para la acción meramente declarativa se requiere, como se dijo, la demostración de una falta de certeza jurídica que pudiera producir un perjuicio a quien demanda, lo que no puede confundirse con la falta de certeza científica a que alude el principio precautorio. En efecto, esta última no es sobre la relación jurídica, sino sobre el curso de eventos próximos a suceder y si estos causarán un daño grave e irreversible, no al interesado de modo individual sino al ambiente como bien colectivo. (“Asociación Multisectorial del Sur en Defensa del Desarrollo Sustentable c. Comisión Nacional de Energía Atómica”, CSJN, Fallos: 333:748 - 26/05/2010, LA LEY 2010-D, 30, - La Ley Online., considerando 8º).

“La aplicación del principio precautorio, aun existiendo una incertidumbre científica respecto al riesgo, requiere un mínimo de demostración de la posible concreción del daño,.. Es decir, debe existir un umbral de acceso al principio precautorio ya que de lo contrario siempre se podrá argumentar que cualquier actividad podrá causar daños. ...Por otra parte, debe tenerse presente que la aplicación del principio es casuística y obliga a realizar un juicio de ponderación entre principios competitivos. Ello significa que deben identificarse los riesgos para los cuales se adoptan medidas y estas deben ser proporcionadas, debiendo considerarse los costos económicos y sociales, así como quién se beneficia y quién pierde (Telefónica Móviles Argentina S.A. -Telefónica Argentina S.A. vs. Municipalidad de General

Güemes s. Acción meramente declarativa de inconstitucionalidad” CSJN- Fallos 342:1061, FSA 11000507/2010/1/RH1, Sent. 02/07/2019. eDial.com - AAB45D- considerando 16).

9.c. Valoración de las pruebas- juicio de ponderación- Medidas cautelares- Mineras.

“Que 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 Constitución Nacional, art. 27 de la ley 25.675 y art. 263 del Código de Minería). En ese sentido, esta Corte ha sostenido 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 Constitución Nacional) 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 (Fallos: 329:2316). (“Cruz, Felipa y otros c. Minera Alumbreira Limited y otro s/ sumarísimo”, 23/02/2016, cita Fallos 339:142, cons. 6 y 7).

9.d. Aplicación del principio ante la falta de evaluación de impacto ambiental-Bosques Nativos.

“Que en este punto cabe recordar que el principio precautorio es uno de los principios fundamentales de la política ambiental. Así, la ley 26.331 -que establece los presupuestos mínimos de protección ambiental de los bosques nativos- enumera como uno de sus objetivos “[h]acer prevalecer los principios precautorio y preventivo, manteniendo bosques nativos (...)” (artículo 3°, inciso d). De su lado, la Ley General del Ambiente 25.675, establece que el principio precautorio supone que “[c]uando 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” (artículo 4°). En este sentido, este Tribunal ha tenido oportunidad de enfatizar la importancia y gravitación que reviste el principio precautorio en el precedente “Salas, Dino”, publicado en Fallos: 332:663. Allí, estableció que “...el principio precautorio produce una obligación de previsión extendida y anticipatoria a cargo del funcionario público. Por lo tanto, no se cumple con la ley si se otorgan autorizaciones sin conocer el efecto, con el propósito de actuar una vez que esos daños se manifiesten (...) Que las irregularidades del procedimiento de evaluación de impacto ambiental que caracterizaron este pedido de desmonte revisten carácter de suficiente gravedad para justificar la nulidad de las autorizaciones. En primer término, una aprobación condicionada o tal como lo justifica el fallo del superior tribunal “con sugerencias o recomendaciones” no se ajusta al marco normativo aplicable. Esta Corte ha establecido, en oportunidad de fallar el caso “Mendoza” (Fallos: 329:2316), que en cuestiones de medio ambiente, cuando se persigue la tutela del bien colectivo, tiene prioridad absoluta la prevención del daño futuro. Para ello, como se sostuvo en “Martínez” (arg. Fallos: 339:201) cobra especial relevancia la realización de un estudio de impacto ambiental previo al inicio de las actividades, que no significa una decisión prohibitiva, sino antes bien una instancia de análisis reflexivo, realizado sobre bases científicas y con participación ciudadana. En efecto, los estudios de evaluación de impacto ambiental y su aprobación deben ser previos a la ejecución de la obra o actividad, al tiempo que no se admite que la autorización estatal se expida en forma condicionada (ley 26.331, artículos 18, 22 y ss; ley 25.675, artículos 11 y 12). (“Mamani, Agustín P. y otros c. Estado provincial - Dirección Provincial de Políticas Ambientales y Recursos Naturales y Empresa Cram SA s/ recurso”, CSJN- Fallos 340:1193 05/09/2017, cons. 5 y 7).

9.e. Para la protección de cuencas hídricas y humedales.

“En conclusión, resulta evidente la necesidad de protección de los humedales. En este sentido, el art. 12 de la ley 9718 -que declaró “Área Natural Protegida” a los humedales del Departamento de Gualeguaychú, en donde se sitúa el proyecto de barrio-, ordenó su comunicación a la Unión para la Conservación •de la Naturaleza (UICN) y al Comité Ramsar de Argentina, entre otros organismos. 13) Que, en esta línea, corresponde recordar que el paradigma jurídico que ordena la regulación del agua es ecocéntrico, o sistémico, y no tiene en cuenta sólo los intereses privados o estatales, sino los del mismo sistema, como bien lo establece la Ley General del Ambiente (Fallos: 340:1695). En efecto, al

tratarse de la protección de una cuenca hídrica y, en especial, de un humedal, se debe valorar la aplicación del principio precautorio (art. 40 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 Agua, 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) ("Majul, Julio Jesús c/ Municipalidad de Pueblo General Belgrano y otros s/ acción de amparo ambiental-", CSJ 714/2016/RH1-11/07/2019, cons. 13).

10. REFLEXIONES FINALES

El principio precautorio vino a cumplir un rol necesario en la defensa del medio ambiente, ensanchando enormemente las fronteras de la responsabilidad civil, como una categoría legal explícita contenida en la ley 25.675 General del Ambiente, pero que surge históricamente como un principio imprescindible para relacionar las consecuencias de determinadas actividades sobre el entorno social y natural en la sociedad postmoderna, que se plasmó en diversos instrumentos que acompañaron la evolución del derecho ambiental internacional.

Principalmente se distingue por el riesgo potencial o hipotético, que caracteriza el ámbito de actuación del principio precautorio; a diferencia del riesgo real, efectivo, concreto, el ámbito propio de actuación del principio preventivo.

Ambos principios se enlazan, y levantan barreras de evitación del daño ambiental, ante la posibilidad real o incierta que éste sea grave e irreversible. En este sentido, el principio precautorio exige el deber de informar no sólo los riesgos previsible y ciertos -campo de la prevención- sino también los riesgos potenciales o sospechados -campo de la precaución, incluso permite actuar ante "riesgos controvertidos", es decir, ante la posibilidad de controversia científica acerca del alcance de esos riesgos potenciales o sospechados.

La aplicación concreta de este principio no sólo se reduce al planteo de acciones judiciales de tutela inhibitoria (identificación de las medidas precautorias, explicando la incertidumbre a la cual responden y considerar la proporcionalidad de las mismas en relación con la amenaza y el daño al que responden), sino que también debe ser tenido en cuenta durante todo el proceso judicial (en el ofrecimiento y merituación de las pruebas) como una pauta de interpretación y ponderación, considerando la mejor información disponible, definiendo potenciales amenazas, daños, opciones y consecuencias, para abordarlas considerando el nivel de riesgo y la factibilidad técnica, y la necesaria asignación de responsabilidades para aportar pruebas e información sobre el caso mediante la distribución de las cargas probatorias.

También este concepto constituye un cambio de paradigma en los procesos y decisiones administrativas referidos a la evaluación de impacto ambiental, respecto del contralor de las actividades o instalaciones que los particulares inician o que pretendan instalar y que afecten el ambiente.

Aquí, la efectivización del principio precautorio, debe integrar como elementos: al monitoreo de los impactos de la gestión o de las decisiones basados en indicadores, la promoción de la investigación para reducir las incertidumbres, asegurar evaluaciones periódicas de los resultados de esa implementación, recogiendo lecciones, revisando y ajustando, cuando sea necesario, las medidas o decisiones adoptadas y establecer un eficiente y efectivo sistema de cumplimiento.

En definitiva, la particularidad del principio de precaución reside en que modifica la manera en que el derecho reacciona frente a la falta de certezas o controversias científicas, cambiando la lógica jurídica, ya que obliga a tomar medidas, desde un presupuesto de incertidumbre sobre posibles efectos dañosos, hasta que se despejen las dudas, sobre todo para evitar posibles daños masivos.

PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD

AUTOR: JOSÉ ALEJANDRO SARUTTI

SUMARIO: 1. Introducción. - 2. Concepto y desarrollo histórico. – 3. Recepción legislativa - 3a. Supralegal - 3b. Ámbito nacional. Leyes generales - 3c. Leyes especiales - 3d. Provincia de Buenos Aires- 4. Presupuestos y aplicación – 4a. Responsabilidad penal ambiental- 4b. Responsabilidad civil ambiental- 4c. Responsabilidad administrativa ambiental. - 5. Doctrina. - 6. Jurisprudencia. - 6.a. Nacional. – 6.b. Provincial. – 7. Reflexiones finales. –

1. INTRODUCCIÓN

La historia del capitalismo, al igual que las anteriores formas de organización de la sociedad o sistemas sociales precapitalistas, se puede entender como el producto de sus propias contradicciones sociales, o conflicto entre opuestos, y los constantes cambios que definen cada coyuntura. De esta forma, a partir de las reivindicaciones de cada sector relegado u oprimido en cada etapa de ese desarrollo histórico, surgieron las distintas generaciones de derechos que hoy conocemos.

La primera generación de derechos, los civiles y políticos, surgieron de los conflictos de la modernidad iluminista, donde la nueva lógica liberal burguesa se abrió paso frente a los privilegios de la rígida sociedad feudal. Luego, con las desigualdades que planteó el nuevo orden liberal, asociado a las pésimas condiciones de trabajo, surgieron y se consolidaron los derechos de la segunda generación: los económicos, sociales y culturales, específicamente salud, vivienda y trabajo. Luego se intensificaron e hicieron más visibles otra serie de conflictos que conformaron lo que se denomina la tercera generación de derechos. Esta incluye los derechos ambientales, los derechos de las mujeres e igualdad de género, y los derechos de consumidores y usuarios.

En esa lucha y toma de conciencia por los derechos ambientales, el ordenamiento jurídico no ha quedado al margen de esos reclamos. De esta forma se produjo el proceso de positivización del derecho ambiental y su recepción normativa. Esta disciplina es el conjunto de normas y principios que regulan en el plano jurídico, los variados conflictos que se desarrollan a partir del vínculo o interacción entre la naturaleza y la sociedad, y los respectivos efectos dañinos sobre el medio ambiente por el desarrollo de actividades no sostenibles o extractivistas, actividades económicas que externalizan costos, consumo desmedido, intereses creados, desconocimiento o simple ignorancia.

En este artículo desarrollaremos los distintos aspectos de uno de los principios que sustentan el derecho ambiental: el **principio de responsabilidad**, el cual se conjuga con los restantes principios regulados en la Ley General del Ambiente, conformando, de esta forma, su base y sustento.

3. CONCEPTO Y DESARROLLO HISTÓRICO

En forma genérica, los principios se constituyen en el fundamento de las normas, siendo reglas de carácter general que tienen función interpretativa; completan las lagunas o vacíos normativos; y constituyen el medio más idóneo para asegurar la unidad dentro de cada área del derecho en particular; o sea, la existencia o identificación de principios propios define cada disciplina del derecho, otorgándole autonomía. “Se entiende por principio aquella norma no legal supletoria de ella y constituida por doctrina o aforismos que gozan de general y constante aceptación de jurisconsultos y tribunales”³⁵².

La evolución de la llamada doctrina del riesgo, como factor objetivo de atribución de responsabilidad, cuyo contenido es la idea del riesgo creado, se produce a comienzos del siglo XX, siendo los accidentes de trabajo el área de aplicación pionera. Con la reforma al Código Civil de ley 17.711 en el año 1968, se incorpora este principio al área del derecho civil, expresado en el artículo 1113, el cual se basa en el concepto del daño originado por las cosas riesgosas. Posteriormente se expande por obra de la doctrina y la jurisprudencia al área del derecho ambiental, con recepción legislativa constitucional en la reforma del año 1994. Entre los nuevos derechos y garantías que se establecieron con la mencionada reforma enunciaron en el art 41 el derecho a un ambiente sano y la obligación prioritaria de recomposición del daño ambiental. En el año 2002 la sanción de la Ley general del ambiente constituye un hito en el desarrollo del derecho ambiental argentino, aportando una clara definición del principio que intentamos abordar: **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.**

³⁵² ESAIN JOSÉ ALBERTO “Progresividad, gradualidad, no regresión y el derecho humano fundamental al ambiente”, en Cafferata Néstor (director) Revista de derecho ambiental, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, número 35, julio septiembre 2013.

La sanción del nuevo Código Civil y Comercial en el año 2015 introdujo nuevos aspectos vinculados al derecho de daños y en particular a la temática ambiental que analizaremos a continuación.

4. RECEPCIÓN LEGISLATIVA

3.a- Supralegal

En el ámbito del Derecho Ambiental Internacional, dos principios, el de **soberanía** y el **de no dañar** al medio ambiente, constituyen los pilares del sistema. En un recíproco condicionamiento, la soberanía adquiere el carácter de principio no absoluto, ya que se encuentra sujeto a la obligación general de no dañar el medio ambiente. Así lo expresa el principio 2 de la Declaración de Río sobre Medio ambiente del año 1992:

“De conformidad con la Carta de las Naciones Unidas y los principios del derecho internacional, los Estados tienen el derecho soberano de aprovechar sus propios recursos según sus propias políticas ambientales y de desarrollo, y la responsabilidad de velar por que las actividades realizadas dentro de su jurisdicción o bajo su control no causen daños al medio ambiente de otros Estados o de zonas que estén fuera de los límites de la jurisdicción nacional”.

Otro importante principio que surge también del mencionado instrumento es de la **internalización** del daño ambiental, como surge claramente del principio 16:

“Las autoridades nacionales deberían procurar fomentar la internalización de los costos ambientales y el uso de instrumentos económicos, teniendo en cuenta el criterio de que el que contamina debería, en principio, cargar los costos de la contaminación, teniendo debidamente en cuenta el interés público y sin distorsionar el comercio ni las inversiones internacionales”. Se consagra de esta forma el concepto “contaminador-pagador”, que significa hacer soportar al que daña el ambiente, los costos de la contaminación, y los recaudos necesarios para corregir y prevenir el deterioro ambiental”.

En función del esquema jerárquico normativo de nuestro sistema jurídico, en el ámbito supralegal los Tratados Internacionales que receptan el concepto de responsabilidad, suelen establecer recomendaciones para que los Estados establezcan las normas y procedimientos adecuados para la aplicación de este principio, como surge del art 12 de la ley 23922 (Convenio de Basilea): “Las Partes cooperarán con miras a adoptar cuanto antes un protocolo que establezca las normas y procedimientos apropiados en lo que se refiere a la responsabilidad y la indemnización de los daños resultantes del movimiento transfronterizo y la eliminación de los desechos peligrosos y otros desechos.”

Podemos mencionar que la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, aprobada por ley 24.295, y la Declaración Americana de los derechos y deberes del hombre, al igual que el Pacto de San José de Costa Rica, no incorporan el concepto de responsabilidad de los Estados partes frente al daño ambiental.

3.b- Ámbito nacional. Leyes generales

En la Constitución Nacional, los artículos 41 y 43 jerarquizan el cuidado del medio ambiente a través de la protección directa del mismo consagrando, además, el amparo colectivo como primer remedio a los daños ambientales. Junto a las normas supralegales mencionadas, constituyen el bloque federal de constitucionalidad en materia ambiental. Es definido por BIDART CAMPOS como un conjunto normativo que tiene disposiciones, principios o valores materialmente constitucionales fuera del texto de la Constitución documental, cuyo fin es actuar como parámetro para el control de constitucionalidad de las normas de inferior rango³⁵³.

La ley 25675, Ley General del Ambiente, posee un capítulo especialmente dedicado al daño ambiental: lo define como “toda alteración relevante que modifique negativamente el ambiente, sus recursos, el equilibrio de los ecosistemas, o los bienes o valores colectivos” (artículo 27 segunda parte); establece las

³⁵³ BIDART CAMPOS, Germán, *El derecho de la constitución y su fuerza normativa*, ed. Ediar, Buenos Aires, 1995, p. 265/267

normas que regirán los hechos o actos jurídicos, lícitos o ilícitos que, por acción u omisión, causen daño ambiental de incidencia colectiva (artículo 27 primera parte); la responsabilidad es objetiva (artículo 28); impone el restablecimiento al estado anterior a la producción del daño, y si esto no fuese posible, la indemnización sustitutiva (artículo 28 segunda parte); La responsabilidad civil o penal, por daño ambiental, es independiente de la administrativa (artículo 29); enumera los legitimados para accionar por la recomposición (artículo 30); impone la responsabilidad solidaria si hubieren participado dos o más personas, o no fuere posible la determinación precisa de la medida del daño aportado por cada responsable (artículo 31).

Un desarrollo aparte merece el tema a partir de la sanción del Código Civil y Comercial y sus nuevas disposiciones en materia ambiental o generales que se aplican a problemáticas de esta índole: la ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos individuales cuando pueda afectar el ambiente y derechos de incidencia colectiva en general (artículo 14); el ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes del dominio público o privado, debe ser compatible con los derechos de incidencia colectiva y no debe afectar el funcionamiento ni la sustentabilidad de los ecosistemas de la flora, fauna, la biodiversidad, el agua, valores culturales, el paisaje , entre otros (artículo 240); la función preventiva basada en tres conceptos: evitar causar el daño, medidas para disminuir la magnitud del daño y no agravar el daño (artículo 1710); la acción preventiva, cuando una acción u omisión antijurídica hace previsible la producción de un daño (art 1711); deber de reparar, ya que la violación del deber de no dañar a otro, o el incumplimiento de una obligación da lugar a la reparación del daño causado (artículo 1716) y la responsabilidad objetiva derivada de la intervención de cosas y de ciertas actividades riesgosas (artículo 1757)

3.c- Leyes especiales

Ley 24051 de **Residuos Peligrosos**. Establece un capítulo de responsabilidad, capítulo VII, artículos 45 a 48, actualizada por el decreto 591/2019. Establece una presunción iuris tantum de que todo residuo peligroso es cosa riesgosa en los términos del art 1757 del CCyC, determinando de este modo la responsabilidad objetiva del generador.

La ley 25612 de **Presupuestos Mínimos de Protección Ambiental sobre la Gestión Integral de Residuos de Origen Industrial y de actividades de servicio**, establece en su artículo 10 que la responsabilidad del tratamiento adecuado y la disposición final de los residuos industriales es del generador.

La **Ley de Presupuestos Mínimos de Protección Ambiental para la Gestión de los PCBs**, ley 25670, contempla en su redacción todo un capítulo dedicado a la responsabilidad de los poseedores, el Capítulo IV, artículos 14 a 20.

La **Ley de presupuestos mínimos de protección ambiental para la gestión integral de residuos domiciliarios** N°25916, la cual establece por el incumplimiento de sus disposiciones, las sanciones de apercibimiento, multa, suspensión y cese de la actividad; asimismo la responsabilidad solidaria en caso de personas jurídicas.

La **ley de Presupuestos Mínimos para la Preservación de los Glaciares y del Ambiente Periglacial**, N°26639, establece un conjunto de sanciones e infracciones, sin perjuicio de las demás responsabilidades que pudieran corresponder (artículo 11) y cuando el infractor fuere una persona jurídica, hace solidariamente responsables a los que tengan a su cargo la dirección, administración o gerencia (artículo 13).

La ley 26815 de **Manejo del fuego** establece en el artículo 22 que “el responsable del daño ambiental que produzca un incendio tendrá la obligación de recomponer y adoptar las medidas de reparación que, en cada caso, resulten necesarias para la recuperación de las áreas incendiadas en los términos de los artículos 27 y 28 de la ley 25.675, ley general del ambiente”.

3.d- Provincia de Buenos Aires

La Constitución de la provincia de Buenos Aires en su art 28 establece que “Los habitantes de la Provincia tienen el derecho a gozar de un ambiente sano y el deber de conservarlo y protegerlo en su provecho y en el de las generaciones futuras”. En su último párrafo: “Toda persona física o jurídica cuya acción u omisión pueda degradar el ambiente está obligada a tomar todas las precauciones para evitarlo.”

La ley 11.723 de **Protección, conservación, mejoramiento y restauración de los recursos naturales y del ambiente en general** se refiere a la responsabilidad por daño ambiental, y las acciones de prevención y reparación en los artículos 6 y 36:

ARTÍCULO 6°: El Estado Provincial y los municipios tienen la obligación de fiscalizar las acciones antrópicas que puedan producir un menoscabo al ambiente, siendo responsables de las acciones y de las omisiones en que incurran.

ARTÍCULO 36°: En los casos en que el daño o la situación de peligro sea consecuencia de acciones u omisiones de particulares, el afectado, el defensor del pueblo y/o las asociaciones que propendan a la protección del ambiente podrán acudir directamente ante los tribunales ordinarios competentes ejercitando: a) Acción de protección a los fines de la prevención de los efectos degradantes que pudieran producirse; b) Acción de reparación tendiente a restaurar o recomponer el ambiente y/o los recursos naturales ubicados en territorio provincial, que hubieren sufrido daños como consecuencia de la intervención del hombre.

4. PRESUPUESTOS Y APLICACIÓN

El presupuesto de la responsabilidad ambiental es la generación del daño. En este punto es necesario hacer algunas distinciones: en primer lugar, qué entendemos por **daño** y la medida de este; y además qué entendemos por **ambiente**. Respecto del daño, como mencionamos en el apartado anterior, la LGA lo define en el artículo 27 como “...toda alteración relevante que modifique negativamente el ambiente, sus recursos, el equilibrio de los ecosistemas, o los bienes o valores colectivos”. La frase “alteración relevante que modifique negativamente” nos lleva a distintos cuestionamientos: ¿cuándo una alteración es relevante? ¿Cuándo una modificación negativa tiene suficiente entidad o relevancia para generar responsabilidad? En la doctrina se conjugan dos conceptos que intentan resolver la encrucijada: la capacidad de regeneración o reconstitución natural de los ambientes, y la razonabilidad. De esta forma, si el impacto no permite la recomposición natural del ambiente en un plazo humanamente razonable y a la vez altera la calidad de vida aceptable de las personas, estamos en principio ante un daño generador de responsabilidad ambiental.

A partir de la reforma del año 1994 y la posterior sanción de la LGA 25675, el ambiente es un bien jurídicamente protegido, el cual tiene dos ámbitos o esferas: la esfera natural (biodiversidad, agua, aire, suelo) y la cultural (humanidad, patrimonio histórico), constituyendo así, un concepto amplio.

En segundo lugar, distinguir si el daño ya se ha generado; o si por el contrario aún no se ha producido, pero puede potencialmente generarse por las características o naturaleza de la actividad. En el primer caso, el daño ya producido, además de la punición o castigo del agente a través de sanciones y penas, desde la reforma constitucional del año 1994, se ha planteado en el derecho ambiental un nuevo esquema obligacional: la **recomposición**: “El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer” (art 41 CN), “El que cause el daño ambiental será objetivamente responsable de su restablecimiento al estado anterior a su producción” (art 27 LGA). Y en este mismo esquema, en caso de que el daño sea potencial o inminente, se impone la **prevención**: “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” (artículo 4 LGA).

Y finalmente, las consecuencias que estas situaciones generan en cada rama de nuestro ordenamiento jurídico: en el ámbito penal, será la aplicación de penas tipificadas en el Código penal o en leyes

especiales. En el ámbito civil y administrativo, la responsabilidad obliga, o sea es generadora de obligaciones en cabeza de quien dañe; el tipo de obligación que surja como consecuencia de esa responsabilidad, será de dar, hacer o no hacer.

Otra distinción importante es la diferenciación que ha hecho la doctrina entre el llamado “**daño ambiental**” del “**daño a través del ambiente**”. La distinción puede hacerse basándose en la distinción de las consecuencias, ya que en el daño ambiental el afectado es la colectividad y el propio medio ambiente, y en el daño a través del ambiente, la lesión se configura a una o varias personas concretas. De esta forma el daño ambiental es una expresión multívoca o de carácter dual ya que en un caso hablamos de daño ambiental como aquel que daña el ambiente y sus componentes bióticos (seres vivos, biodiversidad) y abióticos (agua, aire), mientras que el daño a través del ambiente es la consecuencia de ese daño ambiental en la salud y/o patrimonio de las personas. En otras palabras, citando a Tomas Hutchinson, “cabe distinguir los daños provocados al ambiente en sí mismo de aquellos que afectan la salud o los bienes de las personas que son causa del menoscabo de un patrimonio concreto. Los primeros se encuentran sometidos a las normas y principios del Derecho constitucional, en sus elementos básicos, y del Derecho administrativo, mediante la regulación que establecen las leyes y reglamentos dictados en ejercicio del poder ordenador o de la potestad legislativa ambiental”³⁵⁴. El segundo supuesto se rige por las normas del derecho civil y comercial, salvo que el Estado sea el responsable, y en tal caso se regirá por las normas del derecho administrativo.

En cuanto al primer concepto mencionado (daño ambiental), es abordado por la Ley General del Ambiente 25.675 (LGA), en cumplimiento de la manda Constitucional de su artículo 41. La LGA rige cuando los hechos o actos, lícitos o ilícitos, por acción u omisión, causen **daño de incidencia colectiva**. La responsabilidad es objetiva, lo que implica que hay obligación de reparar, aunque no se verifique un factor subjetivo de atribución, esto es, dolo o culpa. La responsabilidad objetiva se sustenta en la teoría del riesgo creado: este principio ya receptado por el Código Civil en su redacción anterior a la reforma del año 2015. El segundo concepto (daño a través del ambiente) fue abordado por el derecho civil imponiendo sólo el deber de resarcir económicamente. El cambio de paradigma ocurre con la sanción del Código Civil y Comercial unificado.

Dado que las ramas clásicas del derecho atraviesan en forma transversal al conjunto del Derecho Ambiental, podemos distinguir las siguientes áreas de responsabilidad ambiental:

4.a. Responsabilidad Penal Ambiental

Nuestro Código Penal vigente desde el año 1921 no regula de manera clara y concreta los delitos contra el ambiente; lo mismo puede decirse de la legislación especial, existiendo una gran dispersión de la legislación en materia ambiental como la Ley de Residuos Peligrosos.

El Código Penal en el art 186, inciso 2º, apartado b) sanciona las conductas que ocasionen incendios o estragos en bosques, con la pena de tres a diez años de prisión, cuya máxima se eleva a quince años si hubiere peligro de muerte para alguna persona; y a veinte años si fuere causa inmediata de muerte.

También encontramos un capítulo referido a los delitos contra la salud pública; los artículos 2005, 2026 y 2037 tipifican los actos de envenenamiento o adulteración de agua potable, sustancias alimenticias o medicinales.

Respecto a las leyes especiales, la Ley de Protección y Conservación de la Fauna Silvestre en el Capítulo VIII abarca diferentes tipos de delitos y sus respectivas penas: caza furtiva, depredación de la fauna silvestre, uso de armas prohibidas y, el comercio, transporte, acopio e industrialización de los productos provenientes de las mencionadas actividades.

³⁵⁴ HUTCHINSON, Tomas. “El daño ambiental colectivo”.: LA LEY 23/11/2009, 23/11/2009, 1 - LA LEY2009-F, 1265

En la Ley de Residuos Peligrosos también pueden observarse cláusulas referidas a la responsabilidad penal aplicable a la generación, manipulación, transporte, tratamiento y disposición final de residuos peligrosos.

El derecho penal ambiental encuentra algunas dificultades en su aplicación; en primer lugar las escasas figuras delictivas ambientales presentes en el Código Penal vigente y leyes especiales, situación que podría modificarse con el proyecto de Código Penal elevado por el Poder Ejecutivo de la Nación al Congreso de la Nación el día 25 de marzo de 2019 y presentado ante la Comisión de Justicia y Asuntos Penales del Senado de la Nación que introduce un nuevo Título referido a los "Delitos contra el Ambiente".

Por otra parte, los principios restrictivos de mínima intervención y última ratio propios del derecho penal se refuerza con la doctrina que afirma la accesoriedad del derecho penal respecto del derecho administrativo y civil. En tal sentido se activa el poder punitivo del Estado cuando la jurisdicción administrativa no sea suficiente o adecuada, o bien la afectación al bien jurídico protegido sea de tal magnitud que admita la implementación de sanciones penales.

Tampoco podemos dejar de reconocer aquellos aspectos que atraviesan las prácticas judiciales y penales en particular, que da lugar a lo que se conoce como "selectividad" del derecho penal. Dado que, de todos los delitos tipificados (proceso que Eugenio Zaffaroni llama "criminalización primaria", o sea "el acto y el efecto de sancionar una ley penal material, que incrimina o permite la punición de ciertas personas"), como las agencias penales no persiguen todos y cada uno de tales delitos, se limitan a materializar ese diseño legislativo punitivo a través de la llamada "criminalización secundaria", con lo cual, esa acción punitiva recaerá sólo sobre algunos delitos y algunas personas en concreto, vinculadas a estereotipos criminales. "A ese estereotipo del enemigo, forjado en los medios de comunicación y en el imaginario popular, se suma otro criterio orientador de la selectividad de la criminalización secundaria, proveniente de las propias limitaciones operativas (cuantitativas y cualitativas) de las agencias policiales: se opta por investigar lo que es más fácil. En general, esta elección de lo más simple significa dirigir los esfuerzos investigativos a los siguientes casos: a) lo que Zaffaroni llama "obras toscas de la criminalidad", o sea, a los crímenes groseros, practicados sin ninguna elaboración, cuya detección se vuelve más fácil; b) las personas sobre quienes la incidencia del poder punitivo cause menos problemas, por su imposibilidad de acceso al poder político o a la comunicación de masas"³⁵⁵. Básicamente tenemos un derecho penal selectivo en función de la posición social de los agentes.

Estos conceptos aplican plenamente a la hora de sancionar penalmente conductas dañosas al medio ambiente, cuando se trata de agentes cuyo poder económico o pertenencia a clases sociales privilegiadas, los excluye de esa selección antes mencionada, razón por la cual son muy escasas las sentencias judiciales efectivas en esta materia.

4.b. Responsabilidad Civil Ambiental

Al igual que otras ramas o disciplinas del derecho, aunque con sus particularidades, la responsabilidad, ya sea general o ambiental en particular, se configura por la conjunción de cuatro elementos o pilares: el factor de atribución, que podrá ser subjetivo (dolo, culpa) u objetivo (riesgo); el daño; la relación de causalidad adecuada entre los anteriores elementos; y la antijuridicidad de la conducta. En el esquema del Código de Vélez, el factor de atribución giraba en torno al dolo y la culpa, aunque con la importante reforma del año 1968 se incorpora el sistema de responsabilidad objetivo (art 1113). La respuesta del Derecho civil frente al daño ambiental (y entendido como daño a través del ambiente y solo limitado a este aspecto) era la indemnización por daños y perjuicios.

El cambio de paradigma en la doctrina sobre el derecho de responsabilidad por daños en materia ambiental se plasmó en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación sancionado en el año 2015. Sus

³⁵⁵VILLA, Lucas. "Realismo marginal, funcionalismo reductor y teoría agnóstica de la pena: Una introducción al pensamiento jurídico-penal de Eugenio Raúl Zaffaroni". 9 de enero de 2015. www.infojus.gov.ar. Infojus. Id SAIJ: DACF150019

disposiciones conforman esta especie particular del derecho de daños y la consecuente responsabilidad civil por daño ambiental (colectivo e individual), las cuales se conjugan con aquellas previstas en la LGA, la cual contiene normativa civil vinculada a responsabilidad en el capítulo de daños, sosteniendo el principio de responsabilidad objetiva, siendo el agente responsable de su restablecimiento al estado anterior a su producción. En caso de que no sea técnicamente factible, fija una indemnización sustitutiva (Art. 27).

De esta forma la responsabilidad por daño ambiental se conforma de dos facetas (art 1708 y sigs. CCyC): la función preventiva, que incluye la precautoria o preventiva, antes de producido el daño; y la función reparatoria o de recomposición una vez producido éste. La reparación incluye el restablecimiento al estado anterior. Sólo cuando no fuera factible recomponer, surge la obligación de pagar una indemnización sustitutiva.

En resumen, se impone que lo primero es la prevención; si ocurre el daño habrá obligación de indemnizar; y en el caso de que el daño ambiental colectivo, surge la obligación de recomponer/compensar.

4c. Responsabilidad Administrativa Ambiental

Citando a Carlos BALBÍN, “cabe recordar que en el desarrollo del estado moderno se reconoció el valor absoluto de la ley y del legislador, sin perjuicio de que el ejecutivo se configuró como una fuente autónoma de producción de normas con sujeción a las leyes”³⁵⁶. De esta forma la administración tiene potestad reglamentaria, siendo los reglamentos actos de alcance general, abstracto y obligatorio que dicta el poder ejecutivo con efectos jurídicos directos. De esta forma el Derecho administrativo tiene particular importancia dentro de la disciplina del Derecho ambiental.

Todo particular, sea persona física o jurídica, que infrinja la normativa ambiental administrativa, sus normas complementarias y su reglamentación, implica la aplicación de una sanción administrativa impuesta por la Administración Pública a través de su poder de policía ambiental, por la acción u omisión de quien la infringe; y de ella nace la obligación de reparar la agresión ocasionada y aplicar las medidas de prevención y mitigación. Las sanciones administrativas pueden ser eventualmente objeto de control judicial, a diferencia de las sanciones civiles y penales que emanan directamente del poder jurisdiccional.

Sin embargo, el Estado, como persona jurídica y agente de la obra pública, por un lado, y como garante de la aplicación de las normas ambientales a través de control por el poder de policía antes mencionado, puede ser también responsable del daño ambiental, tanto por comisión (del daño) como por omisión (del deber de control sobre los particulares o administrados que generen daño). En todos los casos mencionados, los particulares o el Estado incurren en la llamada responsabilidad administrativa ambiental.

Por estas razones, el derecho administrativo es la disciplina de mayor importancia para la temática ambiental. Hasta el año 2014 la responsabilidad estatal se rigió por la ley 19.549, cuando fue sancionada la ley 26944. Sin embargo, respecto del daño ambiental, la actual ley de Responsabilidad del Estado adolece de ciertas lagunas, particularmente el caso de la responsabilidad por las cosas viciosas o riesgosas de propiedad del Estado o que estuviesen bajo su guarda; y la responsabilidad del Estado central por los daños causados por los entes autárquicos y las empresas públicas³⁵⁷, entre otras. Y las mencionadas lagunas, sumado a lo que los autores llaman cláusula de doble cierre, esto es, que la ley en cuestión prohíbe aplicar las disposiciones del Código Civil y Comercial (artículo 1), y a la inversa, el artículo 1764 del CCyC que establece la inaplicabilidad del Capítulo 1 del Título V (Responsabilidad Civil) a la responsabilidad del Estado, los casos administrativos no previstos, no tendrían solución en este esquema. Sin embargo, podría recurrirse por las vías analógicas, aplicando los artículos 1757, 1758 y 1753 del CCyC a la responsabilidad administrativa del Estado por daño ambiental.

³⁵⁶ BALBÍN, Carlos F. Manual de derecho administrativo. 3ª Edición Actualizada y Ampliada, Buenos Aires: La Ley, 2016.

³⁵⁷ Ídem 5.

5. DOCTRINA

Estos nuevos esquemas se sustentan en el concepto de **externalidad**, desarrollado por muchos doctrinarios especializados en la materia. Una externalidad se produce siempre que una persona o empresa realice una actividad que afecta al bienestar de otros que no participan en la misma, sin pagar ni recibir compensación por ello.

Internalizar una externalidad, supone cuantificar e integrar sus costos en la actividad económica, es decir, incluir en el cálculo económico total, el valor que tiene, por ejemplo, la pérdida o la ganancia de un recurso y, en su caso, la reparación del daño causado. Citando a CAFFERATA³⁵⁸, se interpreta que el “principio de responsabilidad” objetivamente, lleva a la empresa, a sumar (o computar en su giro comercial), a los costos de la actividad productiva, gastos de infraestructura, compra de materia prima para insumos, los costos de mano de obra, compra, mantenimiento y uso de maquinarias, etc., los denominados “costos sociales”, que demanda la evitación del daño ambiental colectivo o la producción de la contaminación.

Y siguiendo la línea del mismo autor: “MUTATIS MUTANDI, el principio de responsabilidad está relacionado con el concepto económico de “externalidades”. Siempre que una persona emprende una acción que produce un efecto en otra persona, por el que ésta última no paga ni es pagada, decimos que hay una externalidad. Son efectos externos (negativos)”³⁵⁹

La doctrina es contundente en torno al concepto de internalización de los daños ambientales: “Tal como aparece enunciado de la Ley ambiental Argentina Nº 25.675, apunta a reforzar la idea de internalizar los costos ambientales sobre todo en cabeza del generador degradante del ambiente, conforme el principio 16 en la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y Desarrollo, Conferencia Naciones Unidas de 1992”³⁶⁰.

CAFFERATA también nos aclara el panorama respecto del cambio de paradigma en el ámbito de la responsabilidad civil; respecto del nuevo esquema dice: “Esta estructura no tenía cabida en el Código Civil histórico (Vélez Sarsfield), de base napoleónica, por lo que estaba huérfano de toda apoyatura en el sistema de Derecho Civil tradicional, pensado para resolver intereses propios, personales, directos, diferenciados, fragmentarios, individuales (derechos subjetivos), egoístas, de base económica, individualistas, más o menos discretos, pero que no sirven para resolver problemas de la gente de esta centuria, de mayor complejidad, aquellos que atañen a la calidad de vida, el desarrollo sustentable, la defensa de los bienes de la naturaleza, del patrimonio cultural (material e inmaterial) y para la defensa de las generaciones futuras”.

El doctrinario José ESAIN nos ilustra: “En cuanto a la responsabilidad civil derivada del daño ambiental de incidencia colectiva, la LGA crea un nuevo sistema, pues dispone que el foco de esta responsabilidad está en el ambiente como bien colectivo”.³⁶¹ Y en cuanto al carácter objetivo de la responsabilidad y las causales de eximición dice: “con muy especiales características: limitadas causales extintivas de la relación de causalidad la exención de responsabilidad sólo 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 (art. 29). Notable técnica legislativa la que incluye entre las causales de eximición la culpa de la víctima que en daños al ambiente sería la naturaleza. De seguro la armonización obligatoria como pieza de hermenéutica nos llevará a reinterpretar estos errores”³⁶².

³⁵⁸ Cafferata, Néstor en “Tratado Jurisprudencial y Doctrinario. Derecho Ambiental”. Tomo I, La Ley, 2012, Cap II Cafferatta, Néstor (director)- en coautoría con Lorenzetti, Pablo – Rinaldi, Gustavo – Zonis, Federico. pág. 300

³⁵⁹ CAFFERATA, Néstor en “Tratado Jurisprudencial y Doctrinario. Derecho Ambiental”, Tomo I, La Ley, 2012, Cap. II Cafferatta, Néstor (director)- en coautoría con Lorenzetti, Pablo – Rinaldi, Gustavo – Zonis, Federico, pág. 300

³⁶⁰ CAFFERATA, Néstor A. - Lorenzetti, Pablo. “Hacia la consolidación del Estado de Derecho Ambiental. Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”. SJA2018/11/072018-11-07; JA2018-IV2018-11-07; Thomson Reuters. 2018

³⁶¹ ESAIN, José Alberto Y García Minella Gabriela en “Derecho ambiental de la provincia de Buenos Aires, Tomo 1, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2013, pág. 124.

³⁶² Ídem 10

6. JURISPRUDENCIA

6.a. Nacional

1- “Fundación Medio Ambiente c/ EN - PEN - dto.1638/12 - SSN ~ resol. 37.160 s/ medida cautelar autónoma”. CSJN, 11/12/2014, 219/2013 (49-F).

Sostiene el fallo: “Dicha argumentación de la cámara, también es objetable desde una visión general sobre los principios arquitectónicos de la materia ambiental, porque conculca de forma manifiesta el “Principio de responsabilidad” del artículo 4° de la Ley 25.675 General del Ambiente, cuyo enunciado prescribe que: “El generador de efectos degradantes del ambiente, actuales o futuros, es responsable de las acciones preventivas y correctivas de recomposición”. Máxime, cuando la interpretación y aplicación de la Ley 25.675 y “de toda otra norma a través de la cual se ejecute la política ambiental”, queda sujeta al cumplimiento de estos principios de política ambiental; y cuando a esta misma conclusión -de poner en cabeza del generador la responsabilidad por los efectos degradantes del ambiente- se llega si se considera la totalidad del ordenamiento normativo del régimen de responsabilidad por daño ambiental, derivado de los artículos 28 y 29 de la Ley 25.675, y 10, Y 40 a 43 de la Ley 25.612 de Gestión Integral de Residuos Industriales y de Actividades de Servicios”.

2- “Cruz, Felipa y otros c/ Minera Alumbra Limited y otro s/ sumarísimo.” CSJN, 23/2/2016.

Sostiene el fallo: “Que 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 Constitución Nacional, art. 27 de la ley 25.675 Y arto 263 del Código de Minería). En ese sentido, esta Corte ha sostenido 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 Constitución Nacional) no configuran una mera expresión de buenos y deseables propósitos para las generaciones del porvenir, supeditados en su eficacia a una potestad discrecional de 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”.

3- “Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios” (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza - Riachuelo). CSJN, 08/07/2008. Fallos: 331:1622

El mencionado fallo de gran trascendencia dentro de la jurisprudencia ambiental argentina, y sin duda uno de los más importante en materia de responsabilidad ambiental y obligación de recomposición y prevención, estableció en el considerando 16: “Que la autoridad obligada a la ejecución del programa, que asumirá las responsabilidades ante todo incumplimiento o demora en ejecutar los objetivos que se precisarán, es la Autoridad de Cuenca que contempla la ley 26.168. Ello, sin perjuicio de mantener intacta en cabeza del Estado Nacional, de la Provincia de Buenos Aires y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, la responsabilidad que primariamente les corresponde en función del asentamiento territorial de la cuenca hídrica y de las obligaciones impuestas en materia ambiental por disposiciones específicas de la Constitución Nacional recordadas por esta Corte desde su primera intervención en el mentado pronunciamiento del 20 de junio de 2006, como así también de las normas superiores de carácter local del estado bonaerense y de la ciudad autónoma demandada”.

El 12 de abril del año 2018, cumplidos los diez años de su dictado, la Corte Suprema dictó una nueva sentencia obligando a presentar al Tribunal los plazos ciertos para cumplir con las mandas establecidas en el fallo original, estableciendo en el 3º considerando: “Que a diez años del pronunciamiento que ordenó ejecutar el PISA, el Tribunal ha podido constatar, en la audiencia pública realizada el 14 de marzo pasado, un bajo nivel de cumplimiento de la sentencia”.

6.b. Provincial

“Bulgarella, Hilda Noemi c/ Añaños, Oscar Alberto y otro s/ Daños y perjuicios” SCBA. 24/04/2019, Fallos C122.559

La Suprema Corte sostuvo: “Señaló que este cuadro de situación colocaba al hecho bajo las normas de la regulación ambiental que, como punto de partida tenía dos pilares básicos: 1. Que el daño ambiental generaba prioritariamente la obligación de recomponer (conf. Const. nac. de 1994, especialmente, el art. 41) y 2. Que se aplicaba el factor objetivo en cuanto a la responsabilidad civil (conf. art. 28, ley 25.675; v. fs. 1.973 vta.)” “En virtud de lo expuesto, concluyó que no habiéndose acreditado la culpa de la víctima o de un tercero y mediando responsabilidad objetiva y solidaria como principio general, correspondía confirmar la sentencia dado el carácter de titulares de la actividad generadora del daño (art. 5, ley 14.343) que revestían los accionados, ya sea en calidad de comercializadora o expendedora de combustibles (v. fs. 1.973 vta. y 1.974).”

7. REFLEXIONES FINALES

A pesar de la variada legislación ambiental que posee nuestro país, los problemas de esta índole continúan agravándose. Las autoridades públicas suelen excusarse en la falta de medios, la superposición de jurisdicciones, y las urgencias que imponen relegar los conflictos ambientales a un segundo plano.

En pleno desarrollo de la pandemia de Covid-19 resulta de suma importancia analizar el vínculo entre la sociedad y el ambiente, y dimensionar cómo influye en el desarrollo de pandemias la destrucción de los ecosistemas y las desigualdades sociales.

Y frente a los incumplimientos de las normas ambientales, por un lado, reforzar el concepto de responsabilidad que cada actor social tiene en este escenario, en particular de los grandes contaminadores y generadores de daño ambiental, como las empresas y el Estado; pero por otro aprovechar los nuevos esquemas jurídicos que plantean novedosas alternativas, que rompen con los esquemas clásicos de índole individual, fortaleciendo los mecanismos de participación colectiva que plantean disciplinas novedosas como la del Derecho ambiental o el derecho de consumidores y usuarios.

HACIA LA PLENA EFECTIVIDAD EN LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD

AUTORES: ALEXIS MANUEL PALACIOS - MARÍA JOSÉ RUEDA.

SUMARIO: 1. Palabras preliminares. - 2. Marco general y recepción normativa. - 3. Alcances e implicancias. - 3.a. Interpretación del principio de progresividad realizada por organismos internacionales. - 4. Fallos rectores. - 4.a. Jurisprudencia Internacional. - 4.b. Jurisprudencia Nacional. - 5. El Acuerdo de Escazú. - 6. Reflexiones finales. -

1. PALABRAS PRELIMINARES

En el presente artículo nos proponemos analizar qué entiende la doctrina y la jurisprudencia por este principio, los alcances del mismo y su interacción con los restantes principios previstos en la Ley 25.675, su conexión con la Constitución Nacional y la dinámica de aplicación en un conflicto ambiental.

Se examinará también el empleo que de él han hecho organismos de derecho internacional en la resolución de casos concretos como así también el estudio y definición de su alcance en virtud de la aplicación de un tratado internacional, como es el caso de las Observaciones Generales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Concluiremos en la importancia que recientemente ha venido a subrayar el Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información Ambiental, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en América Latina y el Caribe (Acuerdo de Escazú), respecto de la interpretación, aplicación e integración de este principio como requisito para hacer efectiva su implementación (Peña Chacón, 2020)³⁶³.

2. MARCO GENERAL Y RECEPCIÓN NORMATIVA

Previo a iniciar el análisis en cuestión, creemos oportuno referirnos a ciertos consensos a los que la doctrina ha abordado respecto a qué se entiende por principios ambientales.

Néstor CAFFERATTA (2004)³⁶⁴, indica:

Los principios, como su propio nombre lo indica, se oponen a algo acabado, terminado, son ideas germinales. Son normas prima facie sin terminación acabada, y por lo tanto flexibles, susceptibles de ser completadas.³⁶⁵ A su vez, los principios son ideas directrices, que sirven de justificación racional de todo el ordenamiento jurídico; son, pues, pautas generales de valoración jurídica. Líneas fundamentales e informadoras de la organización.³⁶⁶ “(Son) Las líneas directrices que informan algunas normas e inspiran directa o indirectamente una serie de soluciones por lo que pueden servir para promover y encauzar la aprobación de nuevas normas, orientar la interpretación de las existentes y resolver los casos no previstos.”³⁶⁷

Por su parte, LORENZETTI (2016)³⁶⁸ explica:

Los principios son normas³⁶⁹ y, dentro de esta categoría, podemos decir que son mandatos de optimización³⁷⁰ que pueden ser cumplidos en diversos grados³⁷¹. Se trata de normas prima facie sin una terminación acabada, y por ello susceptibles de ser completadas; expresan ideas germinales³⁷². Receptan valores y como tales no pueden ser sino aspiraciones cuyo grado de concreción varía según su relación con otros principios y con las reglas en un caso concreto. La aplicación total de lo que dice el principio resulta excesiva, es decir, colisiona con otros principios, otros valores u otros derechos. En este sentido son criterios de valoración que se caracterizan por una excedencia de contenido

³⁶³ Peña Chacón, Mario. *“El Acuerdo de Escazú y la consagración de los principios de progresividad y no regresión”*, Ediciones UNL, Santa Fe, 2020, p. 163

³⁶⁴ Cafferatta, Néstor A. *“Introducción al derecho ambiental. Instituto Nacional de Ecología”*, 2004, p. 30.

³⁶⁵ Lorenzetti, op. cit., p. 261- 262

³⁶⁶ Prado, Juan José - García Martínez, Roberto: *“Instituciones de Derecho Privado”*, cap. III, p. 31, Principios Generales del Derecho, Editorial Eudeba, 1985.

³⁶⁷ Plá Rodríguez, Américo: *“Los principios generales del derecho del trabajo”*, Revista de la Asociación de Abogados de Buenos Aires, Año 2, No 3, p. 35, mayo 1979.

³⁶⁸ Lorenzetti, Ricardo Luis, *“Fundamentos de derecho privado: Código Civil y Código Comercial de la Nación Argentina”*, 1era ed.. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: La Ley, 2016

³⁶⁹ Bobbio, Norberto, *“Teoría general del derecho”*, Temis, Bogotá, 1987, p. 239; Vigo, Rodolfo, “Los principios generales del Derecho”, JA, 1986-III-860.

³⁷⁰ Alexy, Robert, *“Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”*, Doxa, 1988, núm. 5, p. 143.

³⁷¹ Lorenzetti, Ricardo Luis, *“Las Normas Fundamentales de Derecho Privado”*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1995, p. 259: “los principios constituyen una ‘armazón’, una ‘arquitectura’ del ordenamiento jurídico privado”.

³⁷² Betti, Emilio, op. cit., p. 283.

deontológico³⁷³; por ello hay que medirlos y establecer su relación con otros principios y reglas para llegar a un contenido” y agrega que “Su contenido se establece mediante un juicio de ponderación con otros principios. Ponderar es establecer comparaciones, establecer el peso de cada uno y aplicar el mayor en el caso concreto.

Junto con el resto de los principios de la política ambiental argentina, el principio de progresividad se encuentra incorporado a nivel nacional en el artículo 4 de la ley 25.675, el cual lo define del siguiente modo: “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”.

Asimismo, este principio es receptado en distintos Pactos y Convenciones Internacionales, los cuales forman parte de nuestra Constitución Nacional en virtud del art. 75, inc. 22, a saber:

- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966), que en su Parte II, art. 2.1, establece que “Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos”. Asimismo, en la Parte III de dicho Pacto, el art. 11.1 reconoce el “derecho de toda persona a una mejora continua de las condiciones de existencia” y el artículo 12, relativo al derecho a la salud, estipula “1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. 2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para: b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente.

- Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969), que en su artículo 26 establece que “Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados”.

Cabe agregar que en el informe de las Naciones Unidas denominado “Lagunas en el derecho internacional del medio ambiente y los instrumentos relacionados con el medio ambiente: hacia un Pacto Mundial por el Medio Ambiente”³⁷⁴, se reconoció como principios consolidados del derecho internacional ambiental a los siguientes principios: prevención; precautorio; quien contamina paga; democracia ambiental; cooperación; derecho a un entorno limpio y saludable; desarrollo sostenible; responsabilidades comunes pero diferenciadas y capacidades respectivas; no regresión y progresividad. En el mismo, en su párrafo 22 establece que “(...) La idea de que, una vez que un derecho humano ha sido reconocido, este no puede ser coartado, destruido ni derogado es común a todos los principales instrumentos internacionales de derechos humanos. El corolario del principio de no regresión es el principio de progresividad. La no regresión tiene por objeto garantizar que la protección ambiental no se vea debilitada, mientras que la progresividad aspira a mejorar la legislación ambiental, incluso mediante el incremento del nivel de protección, sobre la base de los conocimientos científicos más recientes (...)”

³⁷³ Betti, Emilio, op. cit., p. 287.

³⁷⁴ Naciones Unidas (2018). UN Doc. A/73/419. “Lagunas en el derecho internacional del medio ambiente y los instrumentos relacionados con el medio ambiente: hacia un pacto mundial por el medio ambiente”. 30 de noviembre. Disponible en https://globalpact.informea.org/sites/default/files/gap-report-file/SGGaps_SP_Final.pdf?fbclid=IwAR0CD_rzUZgfcdrFPiIYSs5Ki1OH2oP9wGxNR1cH6i9fYruGLkIZzAnpeKg (consultado el 20 de diciembre del 2020).

3. ALCANCES E IMPLICANCIAS

Con relación al principio de no regresión, PEÑA CHACÓN (2020)³⁷⁵ aclara que:

(...) las regulaciones ambientales no deberían ser modificadas si esto implicara retroceder respecto a los niveles de protección ambiental alcanzados con anterioridad. Por ello, toda nueva política, norma o línea jurisprudencial no debe empeorar la situación del derecho ambiental preexistente en cuanto a su alcance, amplitud y efectividad.

(...) El principio implica necesariamente una obligación negativa de no hacer, por lo que el nivel de protección ambiental ya alcanzado debe ser respetado, no disminuido, sino más bien incrementado a la luz del principio de progresividad (...) La principal obligación para los Estados que conlleva su correcta aplicación es la de no retroceder al status quo ante, respetando al menos el nivel de protección ambiental ya logrado; no afectar los umbrales y estándares de protección ambiental actualmente adquiridos; no derogar, modificar, relajar ni flexibilizar la normativa vigente en la medida en que esto implique disminuir, menoscabar o de cualquier forma afectar negativamente el nivel actual de protección; asegurar la calidad de las normas ambientales; no vulnerar el derecho de las futuras generaciones a gozar de un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, ni disminuir el patrimonio ambiental que se va a transmitir a las generaciones futuras como garantía de progreso; todo lo anterior, con la finalidad de asegurar condiciones ambientales aptas para la posteridad, tanto para la humanidad como para las demás especies con los cuales compartimos el planeta.

En similar sentido, la autora BERROS (2011) explica que “El principio de progresividad, como contracara del principio de no regresión, conlleva siempre una obligación positiva que se traduce en progreso o mejora continua en las condiciones de existencia. Aquí el imperativo manda hacer; los Estados deben moverse hacia delante y generar progresivamente la ampliación de la cobertura y protección ambiental mediante medidas sostenidas, graduales y escalonadas”³⁷⁶. Respecto a las posibles regresiones, BERROS aclara:

El repertorio de regresiones posibles es múltiple y no sólo permea el ámbito legal sino, también, se desenvuelve en el diseño y la ejecución de políticas públicas. Se encuentran retrocesos tanto en la desclasificación o reducción de áreas naturales protegidas como en la elevación de mínimos de tolerancia o variación de estándares fijados por diferentes leyes sectoriales, lo cual, además, pone de relieve la injerencia experta en torno a la determinación de los cánones protectorios y sus modificaciones. También se verifican regresiones, verbigracia, en la implementación de políticas públicas de parte de distintos actores estatales o bien en los decisorios judiciales que convalidan este tipo de políticas. En este contexto, la construcción de un principio de no regresión aplicable al ambiente se constituye como una lucha contra tales retrocesos actuales o eventuales y un aporte fundamental en el estadio histórico en que se halla el derecho ambiental, cuyos márgenes y temáticas se han ampliado significativamente, aunque sin garantía de perdurabilidad.³⁷⁷

3.a. Interpretación del principio de progresividad realizada por organismos internacionales:

La interpretación que se le da a este principio a través de los organismos internacionales es sumamente significativa y enriquecedora, dado que impacta de manera directa en el conjunto normativo interno de cada Estado parte, así como también en la interpretación, alcance y aplicación que del mismo se hace a través de los decisorios jurisdiccionales, como de las definiciones que deberán tomarse en las políticas públicas que se adopten.

Es así como en el Sistema Universal de Derechos Humanos, nos encontramos con el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que a través del Mecanismo de Observaciones Generales despliega su importante función interpretativa, brindando claridad respecto del alcance y contenido de la normativa

³⁷⁵ Peña Chacón, Mario. “El Acuerdo de Escazú y la consagración de los principios de progresividad y no regresión”, Ediciones UNL, Santa Fe, 2020, p. 175

³⁷⁶ Berros, María Valeria. “Construyendo el principio de no regresión en el Derecho argentino”, JA, 2011-IV, fasc. N.º 13, Buenos Aires, 2011.

³⁷⁷ Berros, María Valeria. “Construyendo el principio de no regresión en el derecho argentino”, SJA 28/12/2011.

prevista en el instrumento Internacional en cuestión.

En lo concerniente al principio que en el presente artículo se pretende desarrollar, haremos una mención cronológica de las Observaciones Generales más relevantes, a saber:

- **Observación General Nro. 3 - 14/12/1990:**

“Observación General: La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párr. 1 del art. 2 del Pacto)”.³⁷⁸

En la misma, en su párrafo 2 se establece que el significado cabal de la oración "adoptar medidas" es un "compromiso que en sí mismo no queda condicionado ni limitado por ninguna otra consideración" y que "si bien la plena realización de los derechos pertinentes puede lograrse de manera paulatina, las medidas tendentes a lograr este objetivo deben adoptarse dentro de un plazo razonablemente breve tras la entrada en vigor del Pacto para los Estados interesados. Tales medidas deben ser deliberadas, concretas y orientadas lo más claramente posible hacia la satisfacción de las obligaciones reconocidas en el Pacto". Resalta que los medios que deben emplearse para dar cumplimiento a la obligación de adoptar medidas se definen en el párrafo 1 del artículo 2 como "todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas". Sin embargo, en su párrafo 4 se detalla que "...la adopción de medidas legislativas, como se prevé concretamente en el Pacto, no agota por sí misma las obligaciones de los Estados Partes. Al contrario, se debe dar a la frase 'por todos los medios apropiados' su significado pleno y natural". Respecto al sentido que se le otorga a la progresividad, en el párrafo 9 de la OG se especifica que "...El concepto de progresiva efectividad constituye un reconocimiento del hecho de que la plena efectividad de todos los derechos económicos, sociales y culturales en general no podrá lograrse en un breve período de tiempo. (...) Por una parte, se requiere un dispositivo de flexibilidad necesaria que refleje las realidades del mundo real y las dificultades que implica para cada país el asegurar la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales. Por otra parte, la frase debe interpretarse a la luz del objetivo general, en realidad la razón de ser, del Pacto, que es establecer claras obligaciones para los Estados Partes con respecto a la plena efectividad de los derechos de que se trata. Esto impone así una obligación de proceder lo más expedita y eficazmente posible con miras a lograr ese objetivo. Además, todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga".

En esta primera Observación General, podemos advertir que se hace mención a un plazo razonablemente breve para la plena realización de los derechos, califica a las medidas a tomar como deliberadas, concretas y orientadas lo más claramente posible hacia la satisfacción de las obligaciones reconocidas en el Pacto, y establece que todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente.

- **Observación General Nro. 14 - 11/8/2000:**

“El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud, artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”.³⁷⁹

Dicha Observación General, en su párrafo 31 establece que “La realización progresiva del derecho a la salud a lo largo de un determinado período no debe interpretarse en el sentido de que priva de todo contenido significativo las obligaciones de los Estados Partes. Antes, al contrario, la realización progresiva significa que los Estados Partes tienen la obligación concreta y constante de avanzar lo más expedita y eficazmente posible hacia la plena realización del artículo 12” y en su párrafo 32 “Al igual que en el caso de los demás derechos enunciados en el Pacto, existe una fuerte presunción de que no son

³⁷⁸ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 3: La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto), 14 de diciembre de 1990, U.N. Doc. E/1991/23, párr. 2, 4 y 9.

³⁷⁹ ONU, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 14: El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud, E/C.12/2000/4, 11 de agosto de 2000, párr. 31 y 32.

permisibles las medidas regresivas adoptadas en relación con el derecho a la salud. Si se adoptan cualesquiera medidas deliberadamente regresivas, corresponde al Estado Parte demostrar que se han aplicado tras el examen más exhaustivo de todas las alternativas posibles y que esas medidas están debidamente justificadas por referencia a la totalidad de los derechos enunciados en el Pacto en relación con la plena utilización de los recursos máximos disponibles del Estado Parte". En esta Observación General, no sólo se hace mención a la obligación concreta y constante de los Estados en avanzar lo más expedita y eficazmente posible, sino que agrega la fuerte presunción de que no son permisibles las medidas regresivas respecto al derecho a la salud al igual que en el caso de los demás derechos enunciados en el Pacto. Finalmente, agrega que corresponde al Estado justificar si se adopta una medida regresiva.

- **Observación General Nro. 15 - noviembre del 2002:**

"El derecho al agua (artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)".³⁸⁰

En esta Observación General, en el párrafo 18 se especificó que "Los Estados Partes tienen el deber constante y continuo en virtud del Pacto de avanzar con la mayor rapidez y efectividad posibles hacia la plena realización del derecho al agua. La realización de ese derecho debe ser viable y practicable (...) y en su párrafo 19 reitera lo establecido en la O-G- Nro. 14 respecto a la fuerte presunción de prohibición respecto a la adopción de medidas regresivas y que el Estado debe demostrar el examen sumamente exhaustivo de todas las alternativas posibles y que las medidas se encuentran justificadas por referencia a la totalidad de los derechos enunciados en el Pacto en el contexto de la plena utilización del máximo de los recursos.

De lo anteriormente mencionado se puede indicar respecto a la interpretación del principio de progresividad que se ha realizado por los órganos del sistema internacional que:

- 1) Si bien la plena realización de los derechos puede lograrse de manera paulatina, las medidas tendientes a lograr este objetivo deben adoptarse dentro de un plazo razonablemente breve (O. G. Nro. 3, del 14/12/90, párr. 2).
- 2) Tales medidas deben ser deliberadas, concretas y orientadas lo más claramente posible hacia la satisfacción de las obligaciones reconocidas en el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (en adelante, PIDESC, O. G. Nro. 3, del 14/12/90, párr. 2).
- 3) Se debe dar a la frase 'por todos los medios apropiados' su significado pleno y natural, y no limitarla a las medidas de carácter legislativa (O. G. Nro. 3, del 14/12/90, párr. 4).
- 4) La frase debe interpretarse a la luz del objetivo general, en realidad la razón de ser, del Pacto, que es establecer claras obligaciones para los Estados Partes con respecto a la plena efectividad de los derechos de que se trata. Este impone así una obligación de proceder lo más expedita y eficazmente posible con miras a lograr ese objetivo. (O. G. Nro. 3, del 14/12/90, párr. 9).
- 5) Todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga (O. G. Nro. 3, del 14/12/90, párr. 9).
- 6) La realización progresiva significa que los Estados Partes tienen la obligación concreta y constante de avanzar lo más expedita y eficazmente posible hacia la plena realización del artículo 12 (haciendo referencia al derecho a la salud, O. G. Nro. 14 - 11/8/2000, párr. 31)
- 7) Existe una fuerte presunción de que no son permisibles las medidas regresivas adoptadas en relación

³⁸⁰ ONU, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 15: El derecho al agua (artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), E/C.12/2002/11, 20 de enero de 2003.

con el derecho a la salud (O. G. Nro. 14 - 11/8/2000, párr. 32)

- 8) Si se adoptan medidas deliberadamente regresivas, corresponde al Estado Parte demostrar que se han aplicado tras el examen más exhaustivo de todas las alternativas posibles y que esas medidas están debidamente justificadas por referencia a la totalidad de los derechos enunciados en el Pacto en relación con la plena utilización de los recursos máximos disponibles del Estado Parte (O. G. Nro. 14 - 11/8/2000, párr. 32 y O. G. Nro. 15 - 11/ 2002, párr. 19)
- 9) Los Estados Partes tienen el deber constante y continuo en virtud del Pacto de avanzar con la mayor rapidez y efectividad posibles hacia la plena realización del derecho al agua. (O. G. Nro. 15 - 11/ 2002, párr. 18)

Sumado a ello, resulta importante mencionar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su Opinión Consultiva OC/23-17, “reconoció y desarrolló el contenido y las dimensiones del derecho humano al ambiente, considerado como un derecho fundamental, con dimensión colectiva e individual, en cuanto a sus aspectos sustantivos y procedimentales. En su dimensión colectiva, se desarrolla el interés universal tanto de las generaciones presentes como de las futuras. Además, se avanza en el reconocimiento de los derechos de la naturaleza, al admitir el valor intrínseco de los elementos ambientales más allá de su utilidad para el ser humano”³⁸¹

4. FALLOS RECTORES.

4.a. Jurisprudencia Internacional:

Corte Interamericana de Derechos Humanos

– Corte IDH, Caso “Acevedo Buendía y Otros (Cesantes y Jubilados de La Contraloría) vs. Perú” - sentencia de 1 de julio de 2009 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas).

En este caso, en el párrafo 102 y 103, la Corte realiza una interpretación respecto a la progresividad de las medidas que los Estados deberán adoptar en cumplimiento del párrafo 1 del artículo 2 del PIDESC. En primer lugar, en el párrafo 102 establece que “la implementación progresiva de dichas medidas podrá ser objeto de rendición de cuentas y, de ser el caso, el cumplimiento del respectivo compromiso adquirido por el Estado podrá ser exigido ante las instancias llamadas a resolver eventuales violaciones a los derechos humanos” y continúa especificando en su párrafo 103 “Como correlato de lo anterior, se desprende un deber – si bien condicionado – de no regresividad, que no siempre deberá ser entendido como una prohibición de medidas que restrinjan el ejercicio de un derecho. Al respecto, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas ha señalado que las medidas de carácter deliberadamente regresivo en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que el Estado disponga. En la misma línea, la Comisión Interamericana ha considerado que para evaluar si una medida regresiva es compatible con la Convención Americana, se deberá determinar si se encuentra justificada por razones de suficiente peso. Por todo lo expuesto, cabe afirmar que la regresividad resulta justiciable cuando de derechos económicos, sociales y culturales se trate”.

– Corte IDH, Caso “Poblete Vilches y otros vs. Chile” - sentencia de 8 de marzo de 2018 (Fondo, Reparaciones y Costas).

En este caso, en su párrafo 104 el Tribunal destaca que “del contenido del artículo 26 se desprenden dos tipos de obligaciones. Por un lado, la adopción de medidas generales de manera progresiva y por otro

³⁸¹ De Salles Cavedón, Fernanda. y Berros, María Valeria, Revista “Acuerdo de Escazú. Hacia la democracia ambiental en América Latina y el Caribe”, Ediciones UNL, Santa Fe, 2020.

lado la adopción de medidas de carácter inmediato. Respecto de las primeras (...) la realización progresiva significa que los Estados partes tienen la obligación concreta y constante de avanzar lo más expedita y eficazmente posible hacia la plena efectividad de los DESC³⁸² (citando a la Observación General número 14, pero esta vez incluyendo a los derechos ambientales)³⁸³, ello no debe interpretarse en el sentido que, durante su periodo de implementación, dichas obligaciones se priven de contenido específico, lo cual tampoco implica que los Estados puedan aplazar indefinidamente la adopción de medidas para hacer efectivos los derechos en cuestión, máxime luego de casi cuarenta años de la entrada en vigor del tratado interamericano. Asimismo, se impone, por tanto, **la obligación de no regresividad frente a la realización de los derechos alcanzados**”

– Corte IDH, Caso “Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala” - sentencia de 23 de agosto de 2018 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas).

En este caso la Corte dejó sentado en su párrafo 77 que “de conformidad con la Convención de Viena, los tratados deben interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya que atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin” (...). Agrega en su párrafo 78 “Sobre el particular, la Corte considera que el sentido corriente que ha de atribuirse a la norma prevista en el artículo 26 de la Convención es que los Estados se comprometieron a hacer efectivos “derechos” que derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura contenidas en la Carta de la Organización de Estados Americanos (...). En ese sentido, este Tribunal advierte que, si bien la Carta de la OEA consagra “principios” y “metas” tendientes al desarrollo integral, también se refiere a ciertos “derechos”, tanto de manera explícita como implícita. De esta forma, de una interpretación literal del texto del artículo 26 es posible afirmar que se refiere precisamente al deber de los Estados de lograr la efectividad de los “derechos” que sea posible derivar de la Carta de la OEA. El texto de la norma debe ser interpretado de forma tal que sus términos adquieran sentido y un significado específico, lo que en el caso del artículo 26 implica entender que los Estados acordaron adoptar medidas con el objetivo de dar plena efectividad a los “derechos” reconocidos en la Carta de la OEA.” Continúa en su párrafo 79 estableciendo que “Asimismo, la Corte considera que la mención del artículo 26 que se refiere a los Estados se comprometen a ‘adoptar providencias’, ‘para lograr progresivamente la plena efectividad’ de los derechos que se derivan de la Carta de la OEA debe ser entendido como una formulación acerca de la naturaleza de la obligación que emana de dicha norma, y no acerca de la falta de existencia de obligaciones en sentido estricto para los Estados. La Corte recuerda que existen obligaciones formuladas en términos similares al artículo 26 reconocidos en otros artículos de la Convención, sin que exista controversia respecto a que éstos imponen obligaciones exigibles en el plano internacional (...) El CDESC ha interpretado que si bien el PIDESC contempla una realización paulatina de los derechos reconocidos por dicho tratado, y que tiene en cuenta las restricciones de la limitación de los recursos con que se cuenta, también impone varias obligaciones con efecto inmediato. De igual forma, el mismo Comité estableció que el concepto de “progresiva efectividad” constituye un reconocimiento de que la efectividad de dichos derechos se logrará con el paso del tiempo, sin embargo, también señaló que: el hecho de que la efectividad a lo largo del tiempo, o en otras palabras progresivamente, se prevea en relación con el Pacto no se ha de interpretar equivocadamente como que priva a la obligación de todo contenido significativo”.

4.b. Jurisprudencia Nacional:

Corte Suprema de Justicia de la Nación

– CSJN, “Mendoza, Beatriz S. y otros c. Estado Nacional y otros”, Fallos: 329:2316 del 20/06/2006.

Consideramos este fallo como rector porque en el mismo la Corte Suprema de Justicia de la Nación explica claramente el sentido temporal y de gradualidad del principio de progresividad para la Ley General del Ambiente.

³⁸² Derechos Económicos Sociales, Culturales y Ambientales.

³⁸³ Cfr. ONU, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 14: El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud, E/C.12/2000/4, 11 de agosto de 2000, párr. 31.

En este caso, la Corte Suprema de Justicia Argentina en la resolución del 20 de junio de 2006, con base en esa idea de progresividad, ordenó a los tres niveles del Estado demandados, la presentación de un plan integrado de saneamiento en el que se debían pautar diferentes programas de recomposición y de prevención del daño ambiental futuro radiante a consecución de un cronograma temporal de cumplimiento, en el que se indiquen fechas, medidas y políticas según el aspecto de problemática a tratar.

Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires

– Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, autos “Sociedad de Fomento Cariló v. Municipalidad de Pinamar”, sentencia del 22/05/2002.

La “Sociedad de Fomento Cariló” interpuso un Amparo contra la Municipalidad de Pinamar, planteando la inactividad de ésta en la implementación de las leyes 11.723 –sobre conservación y protección del medio ambiente– y 12.099 –que declara de interés provincial el paisaje protegido y el desarrollo ecoturístico del Parque Cariló. Denunció que el Municipio de Pinamar seguía aplicando ordenanzas anteriores, las cuales no permitían cumplir con los objetivos establecidos en ambas leyes.

La ley 12.099 (promulgada el 24/4/1998) declaró de interés provincial el paisaje protegido de la localidad de Parque Cariló y, con el fin de preservar su integridad, estableció diversos arbitrios y procedimientos a cargo de la autoridad municipal en concordancia con lo dispuesto por la ley 11.723, que regula sobre recursos naturales y del ambiente en la provincia de Buenos Aires.

Llegado el caso a la SCJBA, la misma resolvió ordenar a la Municipalidad de Pinamar, a sus departamentos Ejecutivo y Deliberativo, que con medidas concretas den inmediato cumplimiento a lo dispuesto en la ley 12.099, adoptando, a partir de la fecha de notificación de la sentencia, todos los mecanismos, procedimientos y recaudos necesarios para que la vigencia de tales normas no se vea desplazada por la aplicación de criterios anteriores a su dictado, que pongan o puedan poner en peligro el paisaje protegido de la localidad de Parque Cariló.

– Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, autos “Fundación Biosfera y otros v. Municipalidad de La Plata s/inconstitucionalidad ordenanza nro. 10.703”, sentencia del 24/05/2011.

En este caso, las ONG “Fundación Biósfera”, asociación civil “Hoja de Tilo” y asociación civil “Nuevo Ambiente” promovieron demanda originaria de inconstitucionalidad en relación a la ordenanza 10.703/2010, que establecía un nuevo ordenamiento territorial y regulaba el uso del suelo en el Partido de La Plata. Plantearon que los parámetros urbanísticos de la ordenanza, autorizaba la construcción de edificaciones de mayor altura, una mayor densidad y ocupación del suelo y establecía premios de volumetría en predios de menor superficie, sin prever la necesaria dotación de servicios básicos, equipamiento e infraestructura y que ello borraría la morfología urbana de la ciudad de La Plata.

En la sentencia dictada por la SCJBA el 24 de mayo de 2011, se estableció que desentenderse de los efectos que sobre el ambiente urbano y el patrimonio cultural pueda provocar la iniciativa de reformas normativas estaría reñido con el principio de progresividad vigente en esta materia (art. 4º, ley 25.675; CSJN, Fallos 329:2316) que, al tiempo que procura la mejora gradual de los bienes ambientales supone que los estándares de protección vigentes o actualmente logrados, no sean sustituidos por otros, inferiores u ostensiblemente ineficaces.

– Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, autos “PICORELLI JORGE OMAR Y OTROS C/ MUNICIPALIDAD DE GENERAL PUEYRREDON S/ INCONST. ORD. N° 21.296”, sentencia del 24/09/2014.

En este caso se interpuso demanda originaria de inconstitucionalidad en relación determinados artículos de la Ordenanza N° 21.296/2013 del municipio de General Pueyrredón los cuales modificaban la anterior ordenanza de manera regresiva respecto a las prácticas de fumigación (ampliándose el uso de plaguicidas y reduciéndose el radio en metros a partir del límite de las plantas urbanas o núcleos

poblacionales, para efectuar dicha práctica). Se planteó que la Ordenanza impugnada era contraria a los principios de progresividad, congruencia y de no regresión.

La SCJBA estableció en la sentencia que desentenderse de los efectos que sobre la población pueda provocar la iniciativa de reformas normativas como la analizada, se exhibía, al menos en una instancia inicial, reñido con el principio de progresividad vigente en la materia (conf. art. 4, ley 25.675; CSJN, Fallos 329:2316; causa I. 71.446, "Fundación Biosfera") que, al tiempo que procura la mejora gradual de los bienes ambientales supone que los estándares de protección vigentes o actualmente logrados, no sean sustituidos por otros, inferiores u ostensiblemente ineficaces.

Finalmente resolvió decretar la suspensión de los arts. 19, 23, 27 y 28 de la Ordenanza 21.296/2013 de la Municipalidad de General Pueyrredón hasta tanto se dicte sentencia definitiva y, hasta que se arribe a una solución final, aplicar el régimen anterior previsto en la ordenanza 18.740 y sus modificatorias.

Sentencias de otros Tribunales

– **C. Fed. Bahía Blanca, sala 1a, 11/5/2006, "Werneke, Adolfo G. y otros v. Ministerio de Asuntos Agrarios y Producción de la Provincia de Buenos Aires".**

Consideramos este fallo como rector porque se establece que el principio de progresividad implica el principio pro ambiente y nunca contra ambiente.

Este caso versa sobre la disminución en la protección de una zona de reserva marítima mediante la sanción de la ley 13.366, la cual derogaba la ley 12.788.

La Cámara Federal de Bahía Blanca declaró su nulidad de por vulnerarse "el principio de progresividad consagrado constitucionalmente estableciendo que el estatus de reserva otorgado al área de San Blas no puede retrotraerse una vez reconocido. Tal actitud de inadmisibles retrocesos asumida por el Estado provincial, da por tierra el grado de tutela alcanzado en relación a la biodiversidad de la zona; y las metas y objetivos impuestos progresivamente a la actividad pesquera en función del resguardo del recurso (art. 4o, ley 25.675)".

– **Juzgado Contencioso Administrativo y Tributario (CAyT) de la Ciudad de Buenos Aires "Barragán, José Pedro c/GCBA y otros s/amparo (art. 14 CCABA)", Ciudad de Buenos Aires, sentencia del 2/03/2003".**

Esta causa fue iniciada por un vecino de la ciudad de Buenos Aires que vive junto con su familia en un departamento situado a metros de la Autopista 25 de Mayo (AU 1). El concesionario de la misma es la empresa AUSA, cuyo accionista mayoritario es el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires (GCBA). Por dicha vía transitan diariamente más de 600.000 vehículos, que producen elevados niveles de ruido afectando la calidad de vida, el ambiente y la salud de todas aquellas personas que habitan en sus inmediaciones. Si bien la autopista fue construida a finales de la década del 70, recién en los últimos años alcanzó un elevado nivel de tránsito generando un nivel de ruido que supera el máximo considerado tolerable, según lo establecido por la OMS. Barragán interpuso el 27 de agosto de 2001 una acción de amparo colectivo ante el Juzgado Contencioso Administrativo y Tributario (CAyT) de la Ciudad de Buenos Aires contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y Autopistas Urbanas S.A. (AUSA), para que se adopten las medidas necesarias para disminuir y controlar que el nivel de ruido existente en su domicilio de manera que no exceda los límites tolerables que surgen de la normativa local aplicable y los parámetros internacionalmente establecidos.

La resolución de primera instancia estableció que, verificada la afectación del derecho constitucional a un ambiente sano, y la omisión de adoptar medidas adecuadas por parte de las codemandadas, correspondía determinar la conducta a cumplir por estas últimas (art. 12 inc. b) de la Ley Nro. 16.986). (...). En relación a la ausencia de medidas adoptadas por parte de las codemandadas, sostuvo que era "evidente que se incurre en una omisión inconstitucional que debe cesar. Ahora bien, el cese de dicha omisión puede lograrse imponiendo a las codemandadas una determinada conducta a cumplir cuando se encuentra acreditado que dicha conducta es la alternativa más razonable. Cuando, como en el sub

lite, existe una variedad de alternativas, estimo prudente –a falta de otra prueba que se hubiera producido en autos– dejar su elección a criterio de las autoridades administrativas codemandadas. Ello, sin perjuicio de que, en la etapa de ejecución se pueda controlar la razonabilidad de la elección que éstas hagan. Esta decisión fue justificada por el principio de progresividad, conforme al cual los objetivos deben 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. 4o de la Ley Nro. 25.675”).

– **CFed. San Martín, sala I, 09/12/2004, “Landnort S.A.”, LLBA 2005-222 - La Ley Online.**

Principio de progresividad en tareas de remediación.

– **ST Río Negro, 16/08/2005, “CO.DE.CI. de la Provincia de Río Negro”, LA LEY 2006-C, 223 - LLPatagonia 2006, 69 - La Ley Online). Ver texto completo en T. II-A, p. 365.**

Principio de progresividad. Ley General del Ambiente.

Otros fallos que hacen mención al principio de progresividad

– **CSJN, “Asociación de Superficiarios de la Patagonia c. YPF SA y otros”, - del 29/08/2006.**

Principio de progresividad. en relación al derecho patrimonial individual (Consid. 21)

– **C.Contencioso administrativo San Martín, “Fundación ECOSUR Ecológica Cultural y Educativa de los Pueblos del Sur c. Municipalidad de Vicente López y otro”, del 25/07/2008.**

Principio de progresividad. Responsabilidad del Estado en la preservación de un bien.

Consideramos este fallo como rector porque se responsabilizó a la provincia de Buenos Aires a que adopte las medidas pertinentes por no haber ponderado con razonabilidad acorde al bien jurídico tutelado las acciones que fueran eficaces para preservarlo, aun teniendo en cuenta el principio de progresividad.

En este caso se procedió a admitir la acción de amparo incoada por una fundación ecológica a fin de que la Provincia de Buenos Aires demandada adoptara las medidas pertinentes para evitar la contaminación ambiental producida por el cromo utilizado por una empresa industrial, en tanto surgía con evidencia manifiesta que el Estado Provincial a través de sus órganos de aplicación, no ponderó con razonabilidad acorde al bien jurídico tutelado las acciones que fueran eficaces para preservarlo, aun teniendo en cuenta el principio de progresividad.

– **CCiv. y Com. Santa Fe, sala II, 09/12/2009, “Peralta, Viviana c. Municipalidad de San Jorge y otros”, LLLitoral 2010-565 - La Ley Online). Ver texto completo en T. II-A, p. 163.**

Principio de progresividad. Política ambiental.

– **ST Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, 05/08/2010, “Moreira, Raúl Omar y otros c. I.P.V.”, La Ley Online).**

Principio de progresividad. Provisoriedad.

– **CCiv. y Com. Común Tucumán, sala III, 06/12/2010, “Federación de Organizaciones Ambientalistas no Gubernamentales de Tucumán”, LLNOA 2011-962, La Ley Online).**

Principio de progresividad. Aplicación.

5. El Acuerdo 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 el 4 de marzo de 2018 en la ciudad de Escazú, Costa Rica, es el primer acuerdo regional vinculante sobre derechos humanos y ambiente. Argentina adhirió a este Acuerdo mediante la sanción de la Ley 27.566 el 19/10/2020.

En su artículo 3, dicho Acuerdo establece que la aplicación del mismo se guiará por una serie de

principios, entre los que expresamente se encuentra “el principio de no regresión y principio de progresividad” (Art. 3, inc. c). Es decir, aclara expresamente que los Estados que lo ratifiquen tienen la obligación no sólo de lograr los objetivos ambientales de manera gradual, sino que no pueden disminuir el nivel de protección ya alcanzado. En este sentido, PEÑA CHACÓN (2020)³⁸⁴ sostiene:

El elenco de principios incluidos en el Acuerdo de Escazú, en conjunto con los principios generales del derecho internacional ambiental y los principios marco sobre derechos humanos y medio ambiente, se constituirán en herramientas idóneas que facilitarán la interpretación, aplicación e implementación efectiva del Acuerdo de la forma más favorable y que mejor garantice el pleno goce y respeto de los derechos humanos ambientales de acceso.

En lo que a Argentina respecta, este Acuerdo vino a consagrar de manera explícita la construcción que a lo largo de los años se viene realizando por parte de la doctrina y de los antecedentes jurisprudenciales, es decir, que el principio de progresividad contenido en el art. 4 de la Ley 25.675 no sólo hace referencia a la gradualidad, sino que necesariamente debe comprender la prohibición de la regresión.

Resulta imprescindible entonces, al interpretar las normas ambientales, entender a las mismas desde una perspectiva de Derechos Humanos, para lo cual debe incorporarse el camino recorrido por los distintos órganos de los tratados al momento de interpretarlas. La consonancia respecto de los más altos niveles de protección en la materia estará asegurada en la medida en que el derecho interno busque constantemente su concordancia con una correcta interpretación y aplicación de los Pactos, Convenciones, Tratados, Protocolos y Acuerdos, lo cual, en otras palabras, implica garantizar en la mayor medida de lo posible -como piso mínimo- el **derecho humano a gozar un ambiente sano**, tanto para las generaciones presentes como para las generaciones futuras.

6. REFLEXIONES FINALES

En función de la reseña evolutiva doctrinal y jurisprudencial que hemos tenido oportunidad de compartir advertimos la imperiosa necesidad de continuar ampliando los alcances del principio en cuestión, en virtud de las interpretaciones que del mismo han desarrollado organismos internacionales a fin de descubrir y ampliar las potencialidades del Principio de Progresividad Ambiental en el derecho interno.

Se advierte con claridad tanto desde el derecho interno como en el ámbito internacional, el paso de una interpretación de dicho principio que nos ordenaba a cumplir de forma gradual los objetivos de la política ambiental, a entender que los logros ambientales constituyen un piso mínimo inderogable, interpretación esta última que otorga mayor fuerza y peso a una exégesis más protectoria hacia el ambiente.

Dicha conquista se ha dado a partir de una comprometida interpretación que, lejos de anclarse en una lectura descontextualizada de la letra de la ley, puso en juego a la misma en relación con los fines y objetivos que todo el marco jurídico plantea.

En su aplicación práctica podríamos circunscribir la aspiración del principio de progresividad en la concreción del derecho humano de toda persona a gozar un ambiente sano, lo cual exige para su real implementación un rol activo y permeable al crecimiento de parte, en principio, de los y las operadores jurídicos a la hora de trazar estrategias jurídicas que lejos de atarse a vetustas interpretaciones procuren ampliar el marco de derechos a vindicar.

Al momento de aplicar el marco normativo, el desafío será entonces realizar una interpretación armónica de todo el ordenamiento jurídico en pos de garantizar la máxima protección posible de derechos cuya defensa resulta prioritaria e impostergable.

³⁸⁴ Peña Chacón, Mario, “El Acuerdo de Escazú y la consagración de los principios de progresividad y no regresión”, Ediciones UNL, Santa Fe, 2020, p. 177.

ORDENAMIENTO AMBIENTAL DEL TERRITORIO

AUTORA: MIRIAM PAMELA OCHOA RODRÍGUEZ

SUMARIO: 1. Ordenamiento del Territorio.- 1.a. ¿A qué se llama “Ordenamiento ambiental del Territorio?” 1. b. Organización del territorio y Derecho urbanístico: Diferencias 2. Normativa. 2. a. Leyes Nacionales. - 2. b. El ordenamiento ambiental del territorio en la provincia de Buenos Aires. 3. Jurisprudencia Nacional – Corte Suprema de Justicia de la Nación. - 4. Reflexiones finales. -

1. ORDENAMIENTO DEL TERRITORIO

1.a. ¿a qué se llama “ordenamiento ambiental del territorio?”

La Carta Europea de Ordenación del Territorio de 1983³⁸⁵, la conceptúa como “la expresión espacial de las políticas económica, social, cultural y ecológica de toda la sociedad. Es a la vez una disciplina científica, una técnica administrativa y una política concebida como un enfoque interdisciplinario y global”

Orlando DE LA FUENTE CASTRO³⁸⁶, manifiesta que en el Derecho Comparado existen tres Modelos de Ordenación del Territorio:

A.- Francia, Proyección geográfica de la planificación económica desarrollada por el Estado. Tiene una marcada finalidad económica.

B.- Gran Bretaña, Informe Barlow 1939, que daba cuenta del desequilibrio territorial británico, desde su inicio el gran tema de la política inglesa de ordenación del territorio, ha sido la descentralización de la producción,

C.- Modelo Alemán: supra urbanismo, preocupado por la planificación física del espacio y de la coordinación general de todas las infraestructuras, poniendo especial énfasis en cómo las cuestiones medio ambientales afectan o impactan sobre la ordenación territorial. Este mismo autor, destaca que el Ordenamiento del Territorio, emerge como una respuesta del Estado para enfrentar los efectos que tiene el desarrollo de las actividades humanas sobre el suelo.

Para Jose BERMEJO VERA³⁸⁷, la ordenación del territorio pertenece a las grandes decisiones que los poderes públicos adoptan sobre el espacio, decisiones que deben ser acordadas y ejecutadas de acuerdo a unos principios y objetivos determinados.

El autor venezolano Armando RODRÍGUEZ GARCÍA³⁸⁸, entiende que la noción de ordenación del territorio, es de política económica, que pretende poner en relación de correspondencia la variable relativa a la población regional o local y sus actividades, con las posibilidades y las necesidades económicas de cada región, de cada componente poblacional. También, dijo que la ordenación del territorio es el desarrollo armonioso de las regiones en función de sus respectivas y propias vocaciones.

1.b. Organización del territorio y Derecho urbanístico: Diferencias

Louis JACQUIGNON ³⁸⁹enseña que el derecho urbanístico es un conjunto de reglas a través de las cuales la administración, en nombre de la utilidad pública y los titulares de derecho de propiedad, en nombre de la defensa de los intereses privados, deben coordinar sus posiciones y sus respectivas acciones con vistas al ordenamiento del territorio.

Cabe señalar que Javier León DE LA RIVA³⁹⁰, diferencia Urbanismo de Ordenamiento del Territorio. Así mientras que el urbanismo se caracteriza por ser una actuación administrativa que tiende, mediante la técnica de planeamiento municipal a ordenar la ciudad en sentido estricto y a fijar los usos y actividades en dicho suelo.

En el URBANISMO: El ámbito es municipal. La actividad eminentemente jurídica. Emplea principalmente el planeamiento. Nace, desde el punto de vista del Derecho Privado, como delimitación del derecho de

³⁸⁵ http://cope.sanmartindelosandes.gov.ar/wp-content/uploads/2012/09/Carta_Europea_OT.pdf

³⁸⁶ Cafferatta, Néstor en la obra Cafferatta, Néstor (Director) - en coautoría con Lorenzetti, Pablo - Rinaldi, Gustavo - Zonis, Federico, Tratado Jurisprudencial y Doctrinario. Derecho Ambiental, Tomo I, La Ley, 2012, p. 356.

³⁸⁷ Bermejo Vera, José. Derecho Administrativo. Parte Especial. 5ª edición. Madrid, España. Civitas, 2001.

³⁸⁸ Rodríguez García, Armando, “Comentarios Generales a la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística”, op cit, p. 12 y 13.

³⁸⁹ Jacquignon, Luis (1973), Le Droit d'urbanisme, París, Editions Eyrolles.

³⁹⁰ Cafferatta, Néstor en la obra Cafferatta, Néstor (Director) - en coautoría con Lorenzetti, Pablo - Rinaldi, Gustavo - Zonis, Federico, Tratado Jurisprudencial y Doctrinario. Derecho Ambiental, Tomo I, La Ley, 2012, p. 358.

propiedad, pugnando intereses públicos y privados. Afecta principalmente a los particulares. Se refiere en especial, al suelo.

La ORDENACIÓN DEL TERRITORIO se caracteriza por política y técnica administrativa dirigida a lograr, a través de instrumentos de planeamiento vinculados a la planificación económica, el desarrollo equilibrado de los ecosistemas regionales y la mejora de la calidad de vida y el medio ambiente, la fijación de prioridades de uso y actividades sobre el territorio. El ámbito es regional. Actividad jurídica o política que incluye otros instrumentos. Utiliza planes y otras directrices no vinculantes. Supone la aplicación de criterios eminentemente públicos, de carácter económico y social. Afecta sobre todo, a los agentes públicos. Se refiere a todos los recursos naturales.

En ese sentido, Javier LEÓN DE LA RIVA, enseña que las transformaciones derivadas de la sociedad del Siglo XXI, de la información, de nuevas tecnologías, de nuevos modelos sociales, de nuevas demandas de calidad de vida, de las exigencias en definitiva, de la nueva cultura de la sostenibilidad nos obligan a sacar el máximo provecho de la ciudad consolidada, desde una triple perspectiva.

-Medio ambiental: para evitar procesos expansivos de gran consumo de suelo y energía, ejerciendo un control sobre el suelo urbanizable.

-Social: en defensa de una ciudad menos segregada a través de la adaptación de los equipamientos al servicio de la participación cívica y de políticas efectivas de vivienda y suelo.

-Económica: porque rentabiliza inversiones pasadas poniéndolas en valor al adaptarlas a las nuevas necesidades.

TOSHIO MUKAI³⁹¹, uno de los expertos más importantes en la materia, distingue un concepto pretérito y moderno de urbanismo, "porque antes se refería a alineamientos, pavimentos, bancos, fuentes, pero hoy es el arte de proyectar, construir las unidades de concentración humana de forma que sean satisfechas todas las premisas que garanticen la vida digna de los hombres.

Esta idea del urbanismo moderno como ciencia de organización global del espacio, fue definida en su extremo por Jean Gastón BARDET³⁹², sosteniendo que el urbanismo designa la organización del suelo y en todas las escalas, el estudio de todas las formas de localización humana en la tierra". Este mismo doctrinario, destaca que el concepto jurídico de urbanismo lleva a la consideración de un criterio material, según el objeto regulado, y a un criterio sustancial, que obedece a la unidad de principios que lo constituye. Y enseña que, el derecho urbanístico objetivo consiste en un conjunto de normas que tienen por objeto organizar los espacios habitables, de modo de propiciar las mejores condiciones de vida al hombre en la comunidad. El derecho urbanístico objetivo consiste en un conjunto de normas que tienen por objeto organizar los espacios habitables, de modo de propiciar las mejores condiciones de vida al hombre en la comunidad.

El derecho urbanístico como ciencia es una rama del derecho público que tiene por objeto establecer, interpretar y sistematizar las normas y los principios reguladores de los espacios habitables. Muchos autores consideran el derecho urbanístico como un capítulo especial del derecho administrativo; otros niegan esa dependencia y ven en esta normativa, una disciplina de síntesis. Y concluye, la disciplina urbanística es hoy uno de los imperativos más apremiantes de la civilización, en faz de creciente urbanización de la humanidad es preciso disciplinar el desarrollo urbano para que el hombre no sea devorado por la civilización del caos. El equilibrio ambiental del espacio urbano ambiental constituye una de las cuestiones más desafiantes para los grandes centros urbanos.

³⁹¹ MUKAI, Toshio. *Competências dos Entes Federados en la Constituição de 1988. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, N° 184, abr/jun 1991.*

³⁹² BARDET, Gastón, "El Urbanisme"; en *Cuadernos de EUDEBA*, p. 13.

Por último, Vanesca BUZELATO PRESTES³⁹³, enfatiza que existe además una necesidad de interacción entre el derecho urbanístico y el derecho ambiental, entendiendo derecho urbanístico como un derecho de la ciudad en todas sus dimensiones.

2. Normativa

2.a Leyes Nacionales

Ley 25.675 General del Ambiente.	
Instrumentos de la política y la gestión ambiental	ARTICULO 8º - Los instrumentos de la política y la gestión ambiental serán los siguientes: 1. El ordenamiento ambiental del territorio. 2. La evaluación de impacto ambiental. 3. El sistema de control sobre el desarrollo de las actividades antrópicas. 4. La educación ambiental. 5. El sistema de diagnóstico e información ambiental. 6. El régimen económico de promoción del desarrollo sustentable
Ordenamiento Ambiental	ARTICULO 9º - El ordenamiento ambiental desarrollará la estructura de funcionamiento global del territorio de la Nación y se generan mediante la coordinación interjurisdiccional entre los municipios y las provincias, y de éstas y la ciudad de Buenos Aires con la Nación, a través del Consejo Federal de Medio Ambiente (COFEMA); el mismo deberá considerar la concertación de intereses de los distintos sectores de la sociedad entre sí, y de éstos con la administración pública.
Objetivos	ARTICULO 10. - El proceso de ordenamiento ambiental, teniendo en cuenta los aspectos políticos, físicos, sociales, tecnológicos, culturales, económicos, jurídicos y ecológicos de la realidad local, regional y nacional, 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 sustentable. Asimismo, en la localización de las distintas actividades antrópicas y en el desarrollo de asentamientos humanos, se deberá considerar, en forma prioritaria: a) La vocación de cada zona o región, en función de los recursos ambientales y la sustentabilidad social, económica y ecológica; b) La distribución de la población y sus características particulares; c) La naturaleza y las características particulares de los diferentes biomas; d) Las alteraciones existentes en los biomas por efecto de los asentamientos humanos, de las actividades económicas o de otras actividades humanas o fenómenos naturales; e) La conservación y protección de ecosistemas significativos.
Evaluación de impacto ambiental	ARTICULO 11. - Toda obra o actividad que, en el territorio de la Nación, sea susceptible de degradar el ambiente, alguno de sus componentes, o afectar la calidad de vida de la población, en forma significativa, estará sujeta a un procedimiento de evaluación de impacto ambiental, previo a su ejecución.
Declaración Jurada	ARTICULO 12. - Las personas físicas o jurídicas darán inicio al procedimiento con la presentación de una declaración jurada, en la que se manifieste si las obras o actividades afectarán el ambiente. Las autoridades competentes determinarán la presentación de un estudio de impacto ambiental, cuyos requerimientos estarán detallados en ley

³⁹³ Cafferatta, Néstor en la obra Cafferatta, Néstor (Director) - en coautoría con Lorenzetti, Pablo - Rinaldi, Gustavo - Zonis, Federico, Tratado Jurisprudencial y Doctrinario. Derecho Ambiental, Tomo I, La Ley, 2012, p. 359.

	particular y, en consecuencia, deberán realizar una evaluación de impacto ambiental y emitir una declaración de impacto ambiental en la que se manifieste la aprobación o rechazo de los estudios presentados.
Contenido del estudio de impacto ambiental	ARTICULO 13. - Los estudios de impacto ambiental deberán contener, como mínimo, una descripción detallada del proyecto de la obra o actividad a realizar, la identificación de las consecuencias sobre el ambiente, y las acciones destinadas a mitigar los efectos negativos.
En la Ciudad Autónoma de Buenos Aires juegan en la materia los Artículos 18, 19, 26, 27, 29, 30, 81, 89, 104, la Ley 71, Ley 449, Ley 2359.	

2.b El ordenamiento ambiental del territorio en la provincia de Buenos Aires

Ley Nº 11.723. Ley Integral del Medio Ambiente y los Recursos Naturales.	
CAPITULO III DE LOS INSTRUMENTOS DE LA POLÍTICA AMBIENTAL Del Planeamiento y Ordenamiento Ambiental	Artículo 7º: En la localización de actividades productivas de bienes y/o servicios, en el aprovechamiento de los recursos naturales y en la localización y regulación de los asentamientos humanos deberá tenerse en cuenta: a) La naturaleza y características de cada bioma; b) La vocación de cada zona o región, en función de sus recursos, la distribución de la población y sus características geo-económicas en general; c) Las alteraciones existentes en los biomas por efecto de los asentamientos humanos, de las actividades económicas o de otras actividades humanas o fenómenos naturales.
Aplicación del ordenamiento:	Artículo 8º: Lo prescripto en el artículo anterior será aplicable: a) En lo que hace al desarrollo de actividades productivas de bienes y/o servicios y aprovechamiento de recursos naturales: 1) Para la realización de obras públicas. 2) Para las autorizaciones de construcción y operación de plantas o establecimientos industriales, comerciales o de servicios. 3) Para las autorizaciones relativas al uso del suelo para actividades agropecuarias, forestales y primarias en general. 4) Para el financiamiento de actividades mencionadas en el inciso anterior a los efectos de inducir su adecuada localización. 5) Para el otorgamiento de concesiones, autorizaciones o permisos para el uso y aprovechamiento de aguas. 6) Para el otorgamiento de concesiones, permisos y autorizaciones para el aprovechamiento de las especies de flora y fauna silvestres. b) En lo referente a la localización y regulación de los asentamientos humanos: 1) Para la fundación de nuevos centros de población y la determinación de los usos y destinos del suelo urbano y rural. 2) Para los programas del gobierno y su financiamiento destinados a infraestructura, equipamiento urbano y vivienda. 3) Para la determinación de parámetros y normas de diseño, tecnologías de construcción, usos y aprovechamiento de viviendas. De las Medidas de Protección de Áreas Naturales.
Protección de áreas naturales.	Artículo 9º: Los organismos competentes propondrán al Poder Ejecutivo las medidas de protección de las áreas naturales, de manera que se asegure su protección, conservación y restauración, especialmente los más representativos de la flora y fauna autóctona y aquellos que se encuentran sujetos a procesos de deterioro o degradación.

DECRETO-LEY 8912/77 LEY DE ORDENAMIENTO TERRITORIAL Y USO DEL SUELO

<p>Objetivos fundamentales del ordenamiento territorial</p>	<p>ARTÍCULO 2°. - Son objetivos fundamentales del ordenamiento territorial:</p> <ul style="list-style-type: none">a) Asegurar la preservación y el mejoramiento del medio ambiente, mediante una adecuada organización de las actividades en el espacio.b) La proscripción de acciones degradantes del ambiente y la corrección de los efectos de las ya producidas.c) La creación de condiciones físico-espaciales que permitan satisfacer al menor costo económico y social, los requerimientos y necesidades de la comunidad en materia de vivienda, industria, comercio, recreación, infraestructura, equipamiento, servicios esenciales y calidad del medio ambiente.d) La preservación de las áreas y sitios de interés natural, paisajístico, histórico o turístico, a los fines del uso racional y educativo de los mismos.e) La implantación de los mecanismos legales, administrativos y económico-financieros que doten al gobierno municipal de los medios que permitan la eliminación de los excesos especulativos, a fin de asegurar que el proceso de ordenamiento y renovación urbana se lleve a cabo salvaguardando los intereses generales de la comunidad.f) Posibilitar la participación orgánica de la comunidad en el proceso de ordenamiento territorial, como medio de asegurar que tanto a nivel de la formulación propuesta, como de su realización, se procure satisfacer sus intereses, aspiraciones y necesidades.g) Propiciar y estimular la generación de una clara conciencia comunitaria sobre la necesidad vital de la preservación y recuperación de los valores ambientales.
<p>Personas obligadas</p>	<p>ARTÍCULO 4°. - Estarán sometidos al cumplimiento de la presente Ley las personas físicas y jurídicas públicas o privadas, con la única excepción de razones de seguridad y defensa.</p>
<p>Clasificación de Zonas</p>	<p>ARTÍCULO 7°. - Denominanse:</p> <ul style="list-style-type: none">a) Zona residencial: La destinada a asentamientos humanos intensivos, de usos relacionados con la residencia permanente y sus compatibles, emplazadas en el área urbana.b) Zona residencial extraurbana: La destinada a asentamientos no intensivos de usos relacionados con la residencia no permanente, emplazada en pleno contacto con la naturaleza, en el área complementaria o en el área rural. Se incluyen en esta zona los clubes de campo.c) Zona comercial y administrativa: La destinada a usos relacionados con la actividad gubernamental y terciaria, emplazada en el área urbana.d) Zona de esparcimiento: La destinada principalmente a la actividad recreativa ociosa o activa, con el equipamiento adecuado a dichos usos. Podrá estar ubicada en cualquiera de las áreas.e) Zona industrial: La destinada a la localización de industrias agrupadas. Las zonas industriales se establecerán en cualquiera de las áreas. Al decidir su localización se tendrá particularmente en cuenta sus efectos sobre el medio ambiente, sus conexiones con la red vial principal, provisión de energía eléctrica, desagües industriales y agua potable. Las industrias molestas, nocivas o peligrosas deberán establecerse obligatoriamente en zona industrial, ubicada en área complementaria o rural, y circundada por cortinas forestales. Parque industrial es el sector

	<p>de la zona industrial dotado de la infraestructura, el equipamiento y los servicios públicos necesarios para el asentamiento de industrias agrupadas, debiendo estar circundado por cortinas forestales.</p> <p>f) Zona de reserva: Al sector delimitado en razón de un interés específico orientado al bien común.</p> <p>g) Zona de reserva para ensanche urbano: Al sector que el municipio delimite, si fuera necesario, en previsión de futuras ampliaciones del área urbana.</p> <p>h) Zona de recuperación: La que, en su estado actual, no es apta para usos urbanos, pero resulta recuperable mediante obras o acciones adecuadas.</p> <p>i) Zona de recuperación de dunas o médanos vivos: Las áreas que contienen formaciones de arenas no fijadas, ya sea provenientes del desgaste de la plataforma o de la erosión continental.</p> <p>j) Zona de usos específicos: La delimitada para usos del transporte (terrestre, marítimo o fluvial y aéreo), de las comunicaciones, la producción o transmisión de energía, la defensa, la seguridad y otros usos específicos.</p>
Clasificación Espacios	<p>ARTÍCULO 8°.- Denominanse:</p> <p>a) Espacios circulatorios: Las vías de tránsito para vehículos y peatones, las que deberán establecerse claramente en los planos de ordenamiento.</p> <p>Según la importancia de su tránsito, o función, el sistema de espacios circulatorios se dividirá en:</p> <p>1.- Trama interna: Vías ferroviarias a nivel, elevadas y subterráneas; autopistas urbanas, avenidas principales, avenidas, calles principales, secundarias y de penetración y retorno; senderos peatonales; espacios públicos para estacionamiento de vehículos.</p> <p>2.- Trama externa: Vías de la red troncal, acceso urbano, caminos principales o secundarios.</p> <p>b) Espacios verdes y libres públicos: Los sectores públicos (en los que predomine la vegetación y el paisaje), cuya función principal sea servir a la recreación de la comunidad y contribuir a la depuración del medio ambiente.</p> <p>c) Espacios parcelarios: Los sectores destinados a parcelas urbanas y rurales; los espacios destinados a parcelas urbanas, dada su finalidad, se denominarán espacios edificables.</p>
Núcleo urbano	<p>ARTÍCULO 14.- (Decreto-Ley 10128/83) Se entenderá por creación de un núcleo urbano al proceso de acondicionamiento de un área con la finalidad de efectuar localizaciones humanas intensivas de usos vinculados con la residencia, las actividades de servicio y la producción y abastecimiento compatibles con la misma, más el conjunto de previsiones normativas destinadas a orientar la ocupación de dicha área y el ejercicio de los usos mencionados, con el fin de garantizar el eficiente y armónico desarrollo de los mismos y la preservación de la calidad del medio ambiente.</p> <p>Cuando la creación o ampliación de núcleos urbanos la propicia la Provincia o la Municipalidad en inmuebles que no le pertenezcan, y los respectivos propietarios no cedieren las correspondientes superficies o concretaren por sí el plan previsto, se declararán de utilidad pública las fracciones que resulten necesarias a esos fines a los efectos de su expropiación.</p>
Usos nocivos o peligrosos	<p>ARTÍCULO 28.- (Decreto-Ley 10128/83) En cada zona, cualquiera sea el área a que pertenezca, se permitirán todos los usos que sean</p>

	compatibles entre sí. Los molestos nocivos o peligrosos serán localizados en distritos especiales, con separación mínima a determinar según su grado de peligrosidad, molestia o capacidad de contaminación del ambiente.
Asignación de áreas verdes	ARTÍCULO 31.- (Decreto-Ley 10128/83) Asignado el uso o usos a una zona del área urbana o a una zona residencial, extraurbana, se establecerá la densidad bruta promedio de la misma y la neta correspondiente a los espacios edificables. Asimismo, se establecerán las superficies mínimas que deben destinarse a áreas verdes de uso público, los servicios esenciales y el equipamiento social necesario, para que los usos asignados puedan ejercerse en el nivel permitido por las condiciones de tipo urbanístico.
Densidad poblacional	ARTÍCULO 38.- La densidad poblacional que se asigne a un área, subárea, zona o unidad rodeada de calles en cumplimiento del uso establecido estará asimismo en relación directa con la disponibilidad de áreas verdes o libres públicas y con la dotación de servicios públicos y lugares de estacionamiento que efectivamente cuente. Podrá no obstante, preverse una densidad óptima mayor que la actual, que podrá efectivizarse en el momento que todos los condicionantes se cumplan.
Verificación	ARTÍCULO 83.- (Decreto-Ley 10128/83) Las Ordenanzas correspondientes a las distintas etapas de los planes de ordenamiento podrán sancionarse una vez que dichas etapas fueren aprobadas por el Poder Ejecutivo, el que tomará intervención, previo dictamen de los Organismos Provinciales competentes, a los siguientes efectos: a) Verificar el grado de concordancia con los objetivos y estrategias definidos por el Gobierno de la Provincia para el sector y con las orientaciones generales y particulares de los Planes Provinciales y Regionales de desarrollo económico y social y de ordenamiento territorial (artículo 3, inciso b), así como el grado de compatibilidad de las mismas con las de los Municipios linderos. b) Verificar si se ajustan en un todo al marco normativo referencial dado por esta Ley y sus disposiciones reglamentarias, y si al prever ampliaciones de áreas urbanas, zonas residenciales extraurbanas e industriales se han cumplimentado las exigencias contenidas en la misma para admitir dichos actos.
LEY 11.459 – DE RADICACIÓN DE INDUSTRIAS EN LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES	
Certificado de aptitud ambiental	ARTICULO 3: Todos los establecimiento industriales deberán contar con el pertinente Certificado de Aptitud Ambiental como requisito obligatorio indispensable para que las autoridades municipales puedan conceder, en uso de sus atribuciones legales, las correspondientes habilitaciones industriales (...). ARTICULO 4: Los parques industriales y toda otra forma de agrupación industrial que se constituya en la Provincia, además de las obligaciones que correspondan a cada establecimiento, deberán contar también con el Certificado de aptitud Ambiental expedido en todos los casos por la

	<p>Autoridad de Aplicación en forma previa a cualquier tipo de habilitación municipal o provincial.</p> <p>Esa Certificación acreditará la aptitud de la zona elegida y la adecuación del tipo de industrias que podrán instalarse en el parque o agrupamiento, según lo establezca la reglamentación; y el peticionante deberá presentar una Evaluación Ambiental en los términos que también se fijarán por vía reglamentaria. La misma obligación rige para la modificación o ampliación de los parques o agrupamientos existentes.</p>
Zonificación	<p>ARTICULO 7: El Certificado de Aptitud Ambiental será expedido por la Autoridad de Aplicación o el Municipio, según corresponda, previa evaluación ambiental y de su impacto en la salud, seguridad y bienes del personal y población circundante.</p> <p>En particular la solicitud deberá acompañar los siguientes requisitos: (...) d) Ubicación del establecimiento en zona apta y caracterización del ambiente circundante.</p>

3. JURISPRUDENCIA NACIONAL – CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

Ordenamiento ambiental del territorio y las facultades ordenatorias e instructorias.³⁹⁴

“Ordenar al Estado Nacional, a la Provincia de Buenos Aires, a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y al CoFeMa para que presenten un plan integrado que contemple un ordenamiento ambiental del territorio, el control sobre las actividades antrópicas, el estudio sobre el impacto ambiental de las empresas demandadas, un programa de educación ambiental y un programa de información ambiental”.

Ordenamiento ambiental del territorio y Ley de Bosques 26.331³⁹⁵

“Que, por otra parte, cabe tener en cuenta que la propia provincia dictó la ley 7543 (B.O. del 26/1/2009) que establece las normas de Ordenamiento Territorial de los Bosques Nativos de la Provincia de Salta, en virtud de la previsión contenida en el artículo 6º de la ley 26.331; es decir que admite la necesidad de regulación tuitiva, la que debe respetar presupuestos mínimos vigentes en el orden nacional”.

Ordenamiento ambiental del territorio y Plan integrado de saneamiento de la Cuenca Matanza Riachuelo³⁹⁶

“Requerir al Estado Nacional, a la Provincia de Buenos Aires, a la ciudad de Buenos Aires y al Cofema para que en el plazo de treinta días y en los términos de la ley 25.675: Presenten un plan integrado (art. 5): Los distintos niveles de gobierno integrarán en todas sus decisiones y actividades previsiones de carácter ambiental, tendientes a asegurar el cumplimiento de los principios enunciados en la presente ley, basado en el principio de progresividad (art. 4) el que prevé que los objetivos ambientales deberán ser logrados en forma gradual, a través de metas interinas y finales proyectadas en un cronograma temporal. Dicho plan deberá contemplar: 1. Un ordenamiento ambiental del territorio (arts. 8, 9 y 10)”.

Ordenamiento ambiental del territorio y quema de pastizales³⁹⁷

³⁹⁴ “Mendoza, Beatriz Silvia y otros c. Estado Nacional y otros”, CS, 08/07/2008, - Fallos: 331:1622 - Ver texto completo en T. II-B, p. 145

³⁹⁵ “Salas, Dino y otros c. Provincia de Salta y Estado Nacional”, CS, 26/03/2009- Fallos: 332:663.

³⁹⁶ “Mendoza, Beatriz S. y otros c. Estado Nacional y otros”, CS, 20/06/2006 - Fallos: 329:2316

³⁹⁷ “Municipalidad de Rosario c. Provincia de Entre Ríos y otro”, CS, 09/12/2009.

“Asimismo, y a fin de obtener una adecuada satisfacción de su pretensión solicita que en la sentencia definitiva se ordene a los Estados provinciales demandados la creación de un órgano integrado por las distintas jurisdicciones provinciales y municipales afectadas, la declaración de emergencia ambiental del ecosistema, la prohibición inmediata de la quema de pastizales en la zona, la implementación de un ordenamiento ambiental del territorio, el control del desarrollo de actividades antrópicas, la realización de un estudio de impacto ambiental a cargo de las universidades nacionales de la zona, la suspensión de la aplicación de la ley 9.603 de la Provincia de Entre Ríos, y el desarrollo de un programa de educación e información ambiental”.

Ordenamiento ambiental del territorio. Avances del Plan de Saneamiento de la Cuenca Matanza Riachuelo³⁹⁸

“Ordenamiento Ambiental-Territorial. Avance del plan presentado el 2 de febrero del corriente año para relocalizar total y definitivamente todas las viviendas precarias y/o construcciones y/o materiales (chapas, maderas) que se encuentren sobre el talud del río y la zona de restricción establecida como “camino de sirga”. Estado en que se encuentra el proceso de urbanización de villas y asentamientos precarios. Tratamiento que se dará a los vecinos en el caso que se ejecute la orden de desalojo respecto del conjunto de viviendas ubicadas en el predio sito entre las Avdas. Lafuente y Castañares que -entiende el juez Armella- fueron objeto de intrusión, en el caso que aquellos se encuentren en situación de vulnerabilidad habitacional. Disponibilidad de recursos para subsidiar situaciones de urgencia en materia habitacional.”

Ordenamiento ambiental del territorio. Ley 26.331. Ley General del Ambiente³⁹⁹:

“Que paralelamente a la elaboración del estudio ordenado en el sub lite, el Estado provincial en ejercicio de la jurisdicción local en la materia y del dominio originario de sus recursos naturales (artículos 41 y 124 de la Constitución Nacional), ha desarrollado políticas públicas ambientales tendientes a instaurar un régimen tuitivo en lo que concierne a la protección de los bosques nativos existentes en su territorio. En tal sentido cabe destacar la sanción de la ley 7543 (B.O., 26/1/2009) que establece las normas de Ordenamiento Territorial de los Bosques Nativos de la Provincia de Salta, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 6° de la ley 26.331, con la finalidad de promover el aprovechamiento racional, la conservación, el manejo sostenible y el desarrollo sustentable de los bosques nativos, armonizando el desarrollo económico, social y ambiental de la provincia, en beneficio de las generaciones actuales y futuras (artículo 2°). Mediante el decreto reglamentario 2785/2009 (B.O., 13/7/2009), se aprobó el soporte cartográfico para la delimitación de las áreas que corresponden a las diferentes categorías de conservación establecidas en el artículo 5° de la referida ley, y a través del decreto 3676/2009 (B.O., 1/9/2009) se creó en el ámbito del Ministerio de Desarrollo Económico un Consejo Asesor permanente de consulta y consenso para la evaluación progresiva del Plan de Ordenamiento Territorial del Bosque Nativo, como instancia previa de consideración obligatoria por parte de la autoridad de aplicación. También se creó en la órbita del indicado Ministerio la Agencia Foresto-Industrial como instrumento para promover la forestación y mitigar los impactos ambientales (decreto 4355/2009, B.O., 14/10/2009).

Asimismo, en el marco de actuación del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sustentable se crearon la Agencia de Áreas Protegidas (decreto 1849/2010, B.O., 13/5/2010) y la Agencia de Bosques Nativos (decreto 3464/2010, B.O., 2/9/2010), como organismos específicos para que actúen como autoridades de aplicación, respectivamente, del Sistema Provincial de Áreas Protegidas (ley 7107) y de la ley 7543 de Ordenamiento Territorial en lo referido a la evaluación y aprobación de los aprovechamientos forestales y en los proyectos y planes de manejo integral del bosque nativo”.

³⁹⁸ “Mendoza, Beatriz Silvia y otros c. Estado Nacional y otros”, CS, 19/04/2011.

³⁹⁹ “Salas, Dino y otros c. Provincia de Salta y Estado Nacional s/amparo”, CS, 13/12/2011- Fallos: 334:1754.

Territorialidad ambiental y territorialidad federal.⁴⁰⁰

“En consecuencia, una comprensión amplia de la compleja situación general de la cuenca del río Atuel en virtud del problema de oferta hídrica que atraviesa, demanda conjugar la territorialidad ambiental, que responde a factores predominantemente naturales (como el que demarca la extensión de la cuenca hídrica) 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). 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). 18) Que la territorialidad ambiental y la territorialidad federal encuentran su representación y conjugación en la "Comisión Interprovincial del Atuel Inferior" (C.I.A.I.), organismo propio del federalismo de concertación”.

“En ese sentido debe tenerse en cuenta que, a partir de la inclusión en 1994 de la cláusula ambiental de la Constitución Nacional (art. 41), el paradigma jurídico que ordena la regulación de los bienes colectivos ambientales es **ecocéntrico o sistémico**, y no tiene en cuenta solamente los intereses privados o estatales, sino los del sistema Mismo, como lo establece la Ley General del Ambiente 25.675 (Fallos: 340:1695), debiendo conjugar el territorio ambiental, de base natural, con el territorio federal, de base cultural o política (doctrina de Fallos: 342:2136, entre otros).⁴⁰¹ “

4. REFLEXIONES FINALES

De acuerdo a los distintos autores, normativa y jurisprudencia citada podemos decir que el ordenamiento ambiental del territorio es esencial todos los aspectos de un país, dado que cada territorio tiene diferentes recursos y naturaleza de diferente tipo y especie que es necesaria una planificación de acuerdo a: los recursos ambientales que posee, la sustentabilidad social, económica y ecológica; la distribución de la población; la conservación y protección de ecosistemas significativos, la vocación y función asignada de cada zona o región, y para llevarlo a cabo la decisión gubernamental es fundamental porque desarrollará la estructura de funcionamiento de territorio, asignando zonas determinadas para los distintos usos y actividades en los suelos.

Nuestro ordenamiento jurídico sostiene que el ordenamiento ambiental es un instrumento de la política y la gestión ambiental, este proceso deberá asegurar el uso ambientalmente adecuado de los recursos naturales, garantizando la mínima degradación y promoviendo la participación social. Aquí se puede ver que la legislación tiene muy en cuenta la conservación de los recursos naturales, velando por su mayor aprovechamiento.

Finalmente la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia advierte la necesidad de regulación tuitiva, la que debe respetar presupuestos mínimos vigentes en el orden nacional. Entabla una mirada en el paradigma jurídico que ordena la regulación de los bienes colectivos ambientales de manera ecocéntrica o sistémica, y no tiene en cuenta solamente los intereses privados o estatales, sino los del sistema mismo.

Esta mirada ecocéntrica se trata de una planificación adecuada del territorio estableciendo una conservación de los recursos y de acuerdo a ellos asentando las actividades productivas de bienes y/o servicios de la población. Y no solamente ello, debe agregarse los lineamientos que nuestra normativa regula sobre los principios ambientales, es decir, es necesario este enfoque sea desde el ambiente hacia el exterior, subsumiendo las necesidades humanas a la conservación y protección del ambiente.

Aunque nuestra normativa sea rica en principios y la jurisprudencia avale esta mirada, es necesario que las decisiones políticas sean acompañadas para disminuir las consecuencias de problemas como

⁴⁰⁰ “La Pampa, Provincia de c/ Mendoza, Provincia de s/ uso de aguas”, Considerandos 17 y 18, CSJ 243/2014.

⁴⁰¹ “Equística Defensa del Medio Ambiente Aso. Civ. c/ Santa Fe, Provincia de y otros s/ amparo ambiental”, Considerando 7., CSJ 468/2020.

degradación de recursos naturales, desprotección de naturaleza autóctona, mala distribución de la población, uso inadecuado de los recursos naturales y nulo desarrollo sustentable.-

DERECHO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA AMBIENTAL: “DERECHO A SABER”

AUTORA: LARA ALDABE RETOLA.

SUMARIO: 1 Conceptualización.- 2. Importancia del acceso a la información pública ambiental.- 3. Características del acceso a la información pública ambiental.- 4 Legislación donde se encuentra garantizado el acceso a este derecho.- 4.a Leyes nacionales. 4b. Leyes de otras jurisdicciones 4.c Mención especial: Acuerdo de Escazú 5- Fallos Destacados de Corte Suprema de Justicia de La Nación.- 6. Fallos destacados de Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires. - 7. Reflexiones finales. -

1. CONCEPTUALIZACIÓN

“El acceso a la información pública ambiental es clave para el ejercicio activo de los derechos ambientales. (...) Por lo que no se puede actuar ni participar, si no se sabe y no se sabe, si no se puede acceder a los mecanismos de obtención de la información pública ambiental.”⁴⁰²

Guillermo ACUÑA dice que el fenómeno de las herramientas de protección del ambiente se integra en lo que se denomina la doctrina de los tres accesos, donde aparecen los principios de acceso a la información, participación ciudadana y acceso a la justicia.⁴⁰³

En ese sentido, “la información ambiental es fundamental para la efectiva defensa del medio ambiente, garantizar los mecanismos o procedimientos de acceso a la información pública ambiental, que sostenemos enfáticamente, pesan no sólo en cabeza del Estado en todos sus niveles de organización, nacional o federal, provincial o estadual, y local municipal, sino también en los entes de la administración pública, empresas concesionarias de servicios públicos o de obras públicas, sino también es obligación principal de los particulares o privados, que desarrollan actividades de impacto ambiental”.⁴⁰⁴

Ya el reconocido escritor español Ramón MARTÍN MATEO⁴⁰⁵ definió información ambiental como “cualquier información disponible en forma escrita, visual, oral o en forma de base de datos sobre el estado de las aguas, el aire, las faunas, las tierras y los espacios naturales, y sobre las actividades (incluidas las que ocasionan molestias como el ruido) o medidas que les afecten o puedan afectarles, y sobre las actividades y medidas protegerlas, incluidas las medidas administrativas y los programas de gestión del medio ambiente”

2. IMPORTANCIA DEL ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA AMBIENTAL

Para comenzar, es la valorización de uno de los derechos fundamentales: el acceso a la información, “además un requisito constitucional republicano, de transparencia de la administración pública, en el manejo gobierno y control de la cosa pública”.⁴⁰⁶

Citando nuevamente al autor español, MARTÍN MATEO dice que la información constituye un *prius* para cualquier proceso de toma de decisiones, para las respuestas automático-biológicas, pero sobre todo para las de carácter racional en situaciones de incertidumbre. Antes de definir una política ambiental y escoger entre la panoplia de medidas utilizables, las adecuadas para conseguir unos objetivos determinados, se requerirá conocer tácticamente la situación de partida y las posibilidades técnicas y económicas de su modificación, lo que supone manejar datos y disponer de conocimientos. Pero la información ambiental tiene una dimensión particularmente interesante desde el punto de vista jurídico en cuanto al presupuesto para el disfrute de determinados derechos como el de la salud o el de la preservación de un medio adecuado en nuestro caso.”⁴⁰⁷

La información pública ambiental es “un presupuesto básico de participación ciudadana, popular, social comunitaria, o la colectividad, en la defensa del medio ambiente.”⁴⁰⁸

Asimismo, la defensa del ambiente, está íntimamente ligada con otros derechos igualmente valiosos, básicos, o esenciales del hombre, como la salud, la calidad de vida, el bienestar, la paz, la tranquilidad, el

⁴⁰² Cafferatta, Néstor en “Tratado Jurisprudencial y Doctrinario. Derecho Ambiental”, Tomo I, La Ley, 2012, Cap II Cafferatta, Néstor (Director)- en coautoría con Lorenzetti, Pablo – Rinaldi, Gustavo – Zonis, Federico, pág. 370.

⁴⁰³ Esain, José Alberto y García Minella Gabriela en “Derecho ambiental de la provincia de Buenos Aires, Tomo 1, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2013, pág. 342.

⁴⁰⁴ Cafferatta, Néstor en “Tratado Jurisprudencial y Doctrinario. Derecho Ambiental”, Tomo I, La Ley, 2012, Cap II Cafferatta, Néstor (Director)- en coautoría con Lorenzetti, Pablo – Rinaldi, Gustavo – Zonis, Federico, pág. 370-371.

⁴⁰⁵ Manual de Derecho Ambiental: Mateo, Ramón Martín, segunda edición, Trivium, Madrid, 1998.

⁴⁰⁶ ABRAMOVICH, COURTIS, Romina PICCOLOTTI por Cafferatta, Nestor “En Tratado Jurisprudencial y Doctrinario. Derecho Ambiental” pág. 371.

⁴⁰⁷ Esain, José Alberto y García Minella, “Derecho ambiental en la Provincia de Buenos Aires, Tomo I”, pag. 346.

⁴⁰⁸ Cafferatta, Néstor en “Tratado Jurisprudencial y Doctrinario. Derecho Ambiental”, Tomo I, La Ley, 2012, Cap II Cafferatta, Néstor (Director)- en coautoría con Lorenzetti, Pablo – Rinaldi, Gustavo – Zonis, Federico, pág. 372

futuro (en cuanto protege no solo las generaciones actuales sino también futuras). Todos, derechos humanos (Carlos RODRIGUEZ, Aníbal FALBO, Tomás HUTCHINSON, Eduardo JIMENEZ, Juan PICOLOTTI, Sofía BORDENAVE) de igual jerarquía, o relevancia, a los que engloba, o agrupa, sin embargo, el derecho ambiental, como haz de intereses vitales del hombre..⁴⁰⁹

3. CARACTERÍSTICAS DEL ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA AMBIENTAL.

La Declaración de Río de 1992, recoge el derecho a la información ambiental, en el principio 10 de la misma, cuando proclama que: “el mejor de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todos los ciudadanos interesados, en el nivel que corresponda. (...) Para ello:” (...) 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 éstos el resarcimiento de daños y los recursos pertinentes.”⁴¹⁰

Decía Germán BIDART CAMPOS que “el Estado asume, en orden a la información, dos deberes: uno, recolectarla y procesarla debidamente; es decir, el Estado debe informarse él mismo, lo cual presupone –entre otras muchas cosas– una vigilancia y un control para conocer debidamente todas las situaciones reales o potencialmente riesgosas o dañinas; el otro deber consiste en suministrar y difundir públicamente a la sociedad la información acumulada y actualizada, todo ello de modo eficaz”.⁴¹¹

En consonancia con lo indicado, Argentina cuenta con una “Ley 25.831: Información Pública Ambiental, promulgada de hecho el 6/01/2004, es como toda norma de presupuesto mínimo del ambiente (artículo 1º), regulación de tutela ambiental uniforme o común para todo el territorio nacional, y tiene por objeto imponer condiciones necesarias para asegurar la protección ambiental.”⁴¹²

Declara como sujetos obligados (Artículo 4º): “Las Autoridades competentes de los organismos públicos y los titulares de las empresas prestadoras de servicios públicos”, los que “están obligados a facilitar la información ambiental requerida en las condiciones establecidas por la presente ley y su reglamentación”⁴¹³.

Respecto a la legitimación activa (artículo 3º) dice: “El acceso a la información ambiental será libre y gratuito para toda persona física o jurídica, a excepción de aquellos gastos vinculados con los recursos utilizados para la entrega de la información solicitada. Para acceder a la información ambiental no será necesario acreditar razones ni interés determinado. Se deberá presentar formal solicitud ante quien corresponda, debiendo constar en la misma la información requerida y la identificación del o los solicitantes residentes en el país, salvo acuerdos con países u organismos internacionales sobre la base de la reciprocidad. En ningún caso el monto que se establezca para solventar los gastos vinculados con los recursos utilizados para la entrega de la información solicitada podrá implicar menoscabo alguno al ejercicio del derecho conferido por esta ley”. El ciudadano o la organización no gubernamental no necesitan siquiera indicar un motivo por el cual quiere acceder. La norma pone énfasis en el carácter público de la información y de allí es que se dispone la innecesidad de fundar motivo para el acceso más que dicho carácter.⁴¹⁴

El procedimiento a seguir prevé, de inicio, la necesidad de presentar formal solicitud ante quien corresponda, “debiendo constar en la misma la información requerida y la identificación del o los solicitantes residentes en el país” (artículo 3º). Las modalidades restantes, en cuanto a “criterios para establecer los procedimientos de acceso a la información ambiental en cada jurisdicción” deberán ser objeto de concertación en el ámbito del COFEMA (artículo 5º). La resolución de las solicitudes de

⁴⁰⁹ IDEM pág. 372.

⁴¹⁰ Cafferatta, Néstor en “Tratado Jurisprudencial y Doctrinario. Derecho Ambiental”, Tomo I, La Ley, 2012, Cap II Cafferatta, Néstor (Director)- en coautoría con Lorenzetti, Pablo – Rinaldi, Gustavo – Zonis, Federico, pág. 372.

⁴¹¹ Esain, José Alberto y García Minella, “Derecho ambiental en la Provincia de Buenos Aires, Tomo I”, pag. 347.

⁴¹² Cafferatta, Néstor en “Tratado Jurisprudencial y Doctrinario. Derecho Ambiental”, Tomo I, La Ley, 2012, Cap II Cafferatta, Néstor (Director)- en coautoría con Lorenzetti, Pablo – Rinaldi, Gustavo – Zonis, Federico, pág. 375.

⁴¹³ Idem, pág. 375.

⁴¹⁴ Esain, José Alberto Y García Minella Gabriela en “Derecho ambiental de la provincia de Buenos Aires, Tomo 1, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2013, pág. 352.

información ambiental se llevará a cabo en un plazo de 30 días hábiles, a partir de la fecha de la presentación (artículo 8º).⁴¹⁵.

4. LEGISLACIÓN DONDE SE ENCUENTRA GARANTIZADO EL ACCESO A ESTE DERECHO.

En la Constitución Nacional, a partir de la reforma de 1994, en el artículo 41: “Las autoridades proveerán a la protección de ese 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”.⁴¹⁶

4.a Leyes nacionales

-Ley de Aprobación 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 (Ley 27566), aprobada recientemente (19/10/2020).

El artículo 1 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, o también Acuerdo de Escazú, define su gran objetivo: “El objetivo del presente Acuerdo 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, 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.”

El artículo 5 desarrolla cómo deberá ser acceso a la información pública ambiental:

“1. Cada Parte deberá garantizar el derecho del público de acceder a la información ambiental que está en su poder, bajo su control o custodia, de acuerdo con el principio de máxima publicidad.

2. El ejercicio del derecho de acceso a la información ambiental comprende: a) solicitar y recibir información de las autoridades competentes sin necesidad de mencionar algún interés especial ni justificar las razones por las cuales se solicita; b) ser informado en forma expedita sobre si la información solicitada obra o no en poder de la autoridad competente que recibe la solicitud; y c) ser informado del derecho a impugnar y recurrir la no entrega de información y de los requisitos para ejercer ese derecho.

3. Cada Parte facilitará el acceso a la información ambiental de las personas o grupos en situación de vulnerabilidad, estableciendo procedimientos de atención desde la formulación de solicitudes hasta la entrega de la información, considerando sus condiciones y especificidades, con la finalidad de fomentar el acceso y la participación en igualdad de condiciones.

4. Cada Parte garantizará que dichas personas o grupos en situación de vulnerabilidad, incluidos los pueblos indígenas y grupos étnicos, reciban asistencia para formular sus peticiones y obtener respuesta.”, y continúa el artículo describiendo cuáles serían los supuestos de denegación del acceso a la información pública y su procedimiento:

5. Cuando la información solicitada o parte de ella no se entregue al solicitante por estar en el régimen de excepciones establecido en la legislación nacional, la autoridad competente deberá comunicar por escrito la denegación, incluyendo las disposiciones jurídicas y las razones que en cada caso justifiquen esta decisión, e informar al solicitante de su derecho de impugnarla y recurrirla.

6. El acceso a la información podrá denegarse de conformidad con la legislación nacional. En los casos en que una Parte no posea un régimen de excepciones establecido en la legislación nacional, podrá

⁴¹⁵ Cafferatta, Néstor en “Tratado Jurisprudencial y Doctrinario. Derecho Ambiental”, Tomo I, La Ley, 2012, Cap II Cafferatta, Néstor (Director)- en coautoría con Lorenzetti, Pablo – Rinaldi, Gustavo – Zonis, Federico pág. 376.

⁴¹⁶ Párrafo 2º, artículo 41, Constitución Nacional.

aplicar las siguientes excepciones: a) cuando hacer pública la información pueda poner en riesgo la vida, seguridad o salud de una persona física; b) cuando hacer pública la información afecte negativamente la seguridad nacional, la seguridad pública o la defensa nacional; c) cuando hacer pública la información afecte negativamente la protección del medio ambiente, incluyendo cualquier especie amenazada o en peligro de extinción; d) cuando hacer pública la información genere un riesgo claro, probable y específico de un daño significativo a la ejecución de la ley, o a la prevención, investigación y persecución de delitos.

7. En los regímenes de excepciones se tendrán en cuenta las obligaciones de cada Parte en materia de derechos humanos. Cada Parte alentará la adopción de regímenes de excepciones que favorezcan el acceso de la información.

8. Los motivos de denegación deberán estar establecidos legalmente con anterioridad y estar claramente definidos y reglamentados, tomando en cuenta el interés público, y, por lo tanto, serán de interpretación restrictiva. La carga de la prueba recaerá en la autoridad competente.

9. Cuando aplique la prueba de interés público, la autoridad competente ponderará el interés de retener la información y el beneficio público resultante de hacerla pública, sobre la base de elementos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad.

10. Cuando la información contenida en un documento no esté exenta en su totalidad de conformidad con el párrafo 6 del presente artículo, la información no exenta deberá entregarse al solicitante.

- **Ley General del Ambiental (Ley 25675)** cuando dice: “Las personas físicas y jurídicas, públicas o privadas, deberán proporcionar la información que esté relacionada con la calidad ambiental y referida a las actividades que desarrollan. Todo habitante podrá obtener de las autoridades la información ambiental que administren y que no se encuentre contemplada legalmente como reservada.”; ⁴¹⁷

De esta norma surgen varios elementos de enorme trascendencia para el sistema: 1. Deber de “proporcionar” la información ambiental.

2. Calificación de la información ambiental como aquella referida a: a) la calidad ambiental (aquella que informa sobre el estado de los sistemas ambientales, como el agua, el suelo, el aire, la flora y la fauna); b) actividades que se desarrollan sobre el ambiente, lo que incluye las que generan externalidades positivas o negativas.

3. Los sujetos pasivos del deber de proporcionar la información ambiental son “personas físicas y jurídicas, públicas o privadas”.

4. El derecho a la información, es decir la prerrogativa que posee “todo habitante” de “obtener de las autoridades la información ambiental que administren”.

5. La excepción, cuando la información se encuentre contemplada como reservada, mediante ley (en sentido formal)⁴¹⁸

- **Ley de Información Pública ambiental (Ley 25831)**, ya ha sido brevemente analizada en el subtítulo: Características del acceso a la información pública ambiental.

- **Ley de Residuos Industriales (Ley 25612)** ordena que: “las Autoridades provinciales y las de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, llevarán y mantendrá actualizados los Registros que correspondan, en el que deberán inscribirse todas las personas físicas o jurídicas responsables de la generación, manejo,

⁴¹⁷ Artículo 16, LGA.

⁴¹⁸ Esain, José Alberto y García Minella Gabriela en “ Derecho ambiental de la provincia de Buenos Aires, Tomo 1, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2013, pág. 351.

transporte, almacenamiento, tratamiento y disposición final de residuos industriales.- La información obtenida por los mismos deberá integrarse en un sistema de Información Integrado (...)”⁴¹⁹

Se debe destacar que las tres leyes nacionales mencionadas anteriormente son leyes de presupuestos mínimos.

4.b. Leyes de otras jurisdicciones

Por su parte, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires también consagra el derecho al acceso a la información en el artículo 12 de su Constitución, y también establece que: “Toda persona tiene derecho, a su sólo pedido, a recibir libremente información sobre el impacto que causan o pueden causar sobre el ambiente actividades públicas o privadas.”⁴²⁰

En ese sentido, la Ley 303, sancionada por la legislatura de la Ciudad de Buenos Aires establece en su artículo 1º, el derecho de toda persona a solicitar y recibir información sobre el estado y la gestión del ambiente y de los recursos naturales, sin necesidad de invocar interés especial alguno que motive tal requerimiento.⁴²¹

La provincia de Buenos Aires tutela el mismo derecho en el artículo 28 de su Constitución Provincial, cuando dice: “(...) y garantizar el derecho a solicitar y recibir la adecuada información y a participar en la defensa del ambiente, de los recursos naturales y culturales.”⁴²²

Asimismo se califica que ella deberá ser provista de manera “adecuada”, lo que agrega un parámetro de calidad sobre la información, a la que el ciudadano tiene derecho a acceder. Dice Aníbal FALBO que “nos encontramos ante un verdadero principio de información ambiental, por cuanto el mismo habrá de operar como ‘cauce adecuado para asegurar la concreción del sentido del ordenamiento jurídico respecto de muy diferentes problemas’”. Este principio –más allá de sus características y operatorias particulares– se halla estrechamente conectado –en dinámica relación– con otros principios e institutos, que FALBO se encarga en su trabajo de interconectar con la minuciosa capacidad del prestidigitador.⁴²³

También la provincia cuenta con la Ley 11.723 denominada: “Ley Integral de Medio Ambiente y los Recursos Naturales” donde crea un Sistema Provincial de Información Ambiental para que entidades oficiales suministren tanto a personas físicas como jurídicas, públicas o privados información que soliciten en materia de medio ambiente, recursos naturales y declaraciones de impacto ambiental.

4c. Mención especial: Acuerdo de Escazú.

“El Acuerdo de Escazú es un tratado internacional cuyo origen se encuentra en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible, celebrada en Río de Janeiro (Brasil) en junio de 2012, que se conoce hoy como Río+20, y la Decisión de Santiago sobre protocolos para la protección ambiental, adoptada por 24 países en Santiago (Chile) en 2014. (...) Tras un proceso de negociación de cuatro años entre los 24 países firmantes de la Decisión de Santiago, llevado a cabo por una comisión presidida por las delegaciones de Chile y Costa Rica, 24 países, todos miembros de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), lo acordaron en Escazú, Costa Rica, el 4 de marzo de 2018. El 27 de septiembre, durante la celebración de la Asamblea General de las Naciones Unidas en Nueva York, Estados Unidos, se inició el proceso de firma por parte de cada uno de los países suscriptores del Acuerdo.”⁴²⁴

⁴¹⁹ Artículo 19, Ley de Gestión Integral de Residuos Industriales y de Actividades de Servicios.

⁴²⁰ Última parte del artículo 26, capítulo IV, Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

⁴²¹ Cafferatta, Néstor en “Tratado Jurisprudencial y Doctrinario. Derecho Ambiental”, Tomo I, La Ley, 2012, Cap II Cafferatta, Néstor (Director)- en coautoría con Lorenzetti, Pablo – Rinaldi, Gustavo – Zonis, Federico, pág. 374.

⁴²² Párrafo 3º, artículo 28, Constitución de la provincia de Buenos Aires.

⁴²³ Esain, José Alberto y García Minella Gabriela en “Derecho ambiental de la provincia de Buenos Aires, Tomo 1, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2013, pág. 361-362.

⁴²⁴ Acuerdo de Escazú: hacia la democracia en América Latina y el Caribe. Universidad Nacional del Litoral, pág. 55.

Gracias a la reciente aprobación de la Ley 27566, Argentina se ha convertido en el 10° país en ratificar el instrumento internacional que ya entró en vigor el 22 de abril de 2021⁴²⁵.

“El Acuerdo establece obligaciones específicas para que los Estados partes mejoren sus leyes, políticas, instituciones y prácticas, a fin de garantizar que los derechos de toda persona a la información, participación y justicia en asuntos ambientales sean respetados e implementados cabalmente. En virtud de los diferentes niveles de implementación de los derechos de acceso en la región de América Latina y el Caribe, el Acuerdo de Escazú actúa como un piso para la región y no como un techo, al afirmar claramente que ninguna de sus disposiciones impedirá a un Estado parte otorgar un acceso más amplio a los derechos de acceso.

El Acuerdo de Escazú también reconoce la brecha de implementación de los derechos de acceso en la región, particularmente para los sectores vulnerables, y por lo tanto pone su foco en las personas y grupos en situación de vulnerabilidad, estableciendo medidas específicas para superar las barreras que enfrentan en el ejercicio de sus derechos. Este énfasis se ve reforzado por el principio de no discriminación.”⁴²⁶

Este novedoso cuerpo normativo de 26 artículos trae consigo institutos de relevancia, acceso a derechos y garantías, obligaciones, 11 principios, colabora con la formación de conceptos como Estado Socio ambiental de Derecho y Democracia Ambiental que aparecen con más frecuencia y relevancia.

Los pilares del Acuerdo se podrían resumir en: acceso a la información pública, participación pública ciudadana, acceso a la justicia, y la protección a los defensores de derechos humanos en temas ambientales.

En fin, “El Acuerdo de Escazú tiene el potencial de mejorar la democracia ambiental al exigir que los Estados incrementen sus estándares para el acceso a la información ambiental. También existe la posibilidad de que se disminuyan las desigualdades entre los ciudadanos de un Estado a través de medidas para eliminar la discriminación y facilitar el acceso para quienes están en situación de vulnerabilidad. Además, es posible disminuir las desigualdades entre los Estados a través de una legislación armonizada. Existen varias formas en las que el Acuerdo de Escazú puede contribuir de forma positiva al desarrollo de marcos legales progresivos y a la implementación del acceso a la información ambiental en América Latina y el Caribe. Entre ellas se incluyen elevar el estándar para el acceso a la información ambiental, influir en la elaboración de legislación especializada en la materia, fortalecer los sistemas para la recopilación y la difusión de la información protegiendo a los defensores ambientales que la requieren, proporcionar mecanismos tanto nacionales como regionales para que el público exija el cumplimiento de este derecho, y construir capacidades para desarrollar e implementar el tratado.”⁴²⁷.

5. FALLOS DESTACADOS DE CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN.

- CS, 26/03/2009, “Salas, Dino y otros c. Provincia de Salta y Estado Nacional”, LA LEY 2009-B, 683 - Fallos: 332:663 - La Ley Online: vincula la información pública ambiental y el principio precautorio.

“Existe, entonces, un peligro claro de daño irreversible y una ausencia de información relativa a dicho perjuicio. El principio precautorio produce una obligación de previsión extendida y anticipatoria a cargo del funcionario público. Por lo tanto, no se cumple con la ley si se otorgan autorizaciones sin conocer el efecto, con el propósito de actuar una vez que esos daños se manifiesten. Por el contrario, el administrador que tiene ante sí dos opciones fundadas sobre el riesgo, debe actuar precautoriamente, y obtener previamente la suficiente información a efectos de adoptar una decisión basada en un adecuado balance de riesgos y beneficios.”⁴²⁸

⁴²⁵ (<https://www.cepal.org/es/acuerdodeescazu>).

⁴²⁶ Acuerdo de Escazú: hacia la democracia en América Latina y el Caribe. Universidad Nacional del Litoral, pág 123-124.

⁴²⁷ Acuerdo de Escazú: hacia la democracia en América Latina y el Caribe. Universidad Nacional del Litoral, pág 208

⁴²⁸ Fallo citado por el Dr. Cafferata en “Tratado”, pág. 382.

- CS, 20/06/2006, "Mendoza, Beatriz S. y otros c. Estado Nacional y otros", LA LEY 2006-D, 281 - DJ 2006-2, 706 - RCyS 2006, 1359 - Fallos: 329:2316 - La Ley Online: implementación del acceso a la información pública ambiental.

"Un programa de información ambiental pública a todo el que la requiera, especialmente a los ciudadanos del área territorial involucrada: Art. 16: "Las personas físicas y jurídicas, públicas o privadas, deberán proporcionar la información que esté relacionada con la calidad ambiental y referida a las actividades que desarrollan. Todo habitante podrá obtener de las autoridades la información ambiental que administren y que no se encuentre contemplada legalmente como reservada." (Art. 18: "Las autoridades serán responsables de informar sobre el estado del ambiente y los posibles efectos que sobre el puedan provocar las actividades antrópicas actuales y proyectadas. El Poder Ejecutivo, a través de los organismos competentes, elaborará un informe anual sobre la situación ambiental del país que presentará al Congreso de la Nación. El referido informe contendrá un análisis y evaluación sobre el estado de la sustentabilidad ambiental en lo ecológico, económico, social y cultural de todo el territorio nacional". VI. Convocar a una audiencia pública a realizarse en la sede de esta Corte el día 5 de septiembre de 2006 a las once, en la cual las partes deberán informar en forma oral y pública al Tribunal sobre el contenido de lo solicitado en el punto anterior."⁴²⁹

- CS, 26/03/2014 ""CIPPEC c/ EN - M O Desarrollo Social - dto. 1172/03 s/ amparo ley 16.986": Legitimación para solicitar información pública, armonización con otros derechos. "Considerando 12) Que como puede advertirse, en materia de acceso a la información pública existe un importante consenso normativo y jurisprudencial en cuanto a que la legitimación para presentar solicitudes de acceso debe ser entendida en un sentido amplio, sin necesidad de exigir un interés calificado del requirente. En efecto, se trata de información de carácter público, que no pertenece al Estado sino que es del pueblo de la Nación Argentina y, en consecuencia, la sola condición de integrante de la comunidad resulta suficiente para justificar la solicitud. De poco serviría el establecimiento de políticas de transparencia y garantías en materia de información pública si luego se dificulta el acceso a ella mediante la implementación de trabas de índole meramente formal. Ello es así ya que el acceso a la información tiene como propósito coadyuvar a que los integrantes de la sociedad ejerzan eficazmente el derecho a saber, por lo que el otorgamiento de la información no puede depender de la acreditación de un interés legítimo en ésta ni de la exposición de los motivos por los que se la requiere. (...)" "Considerando 27) Que es indiscutible entonces que una solicitud de esta naturaleza no busca indagar indiscretamente en la esfera privada que define el artículo 19 de la Constitución Nacional sobre la situación particular de las personas físicas que recibieron tales subsidios (Fallos: 306:1892) sino, antes bien, persigue un interés público de particular trascendencia: el obtener la información necesaria para poder controlar que la decisión de los funcionarios competentes al asignarlos, se ajuste exclusivamente a los criterios establecidos en los diversos programas de ayuda social que emplean fondos públicos a tal efecto. En consecuencia, no puede admitirse la negativa fundada en la necesidad de resguardar la privacidad de los mentados beneficiarios ya que esta mera referencia, cuando no se vincula con datos personales sensibles cuya divulgación está vedada, desatiende el interés público que constituye el aspecto fundamental de la solicitud de información efectuada que, vale reiterar, no parece dirigida a satisfacer la curiosidad respecto de la vida privada de quienes los reciben sino, a controlar eficazmente el modo en que los funcionarios ejecutan una política social.(...)Considerando 29)Que, por lo dicho, el Estado se niega a brindar esta información por fuera de los supuestos en que sería válido hacerlo y aludiendo a un presunto riesgo a los derechos de terceros que resulta difuso y eventual. Pero además, esta negativa resulta inaceptable porque pretende excluir cierta información del ámbito de conocimiento y discusión pública soslayando que al estar involucrado el derecho a acceder a ella se encuentra comprometido, en definitiva, el derecho a la libertad de expresión. Por tanto, en la ponderación de los derechos que se encontrarían en conflicto en los términos planteados por el recurrente, debe prevalecer el principio de máxima divulgación de la información pública; sin perjuicio de que si ulteriormente, con base en esta información no sensible, se verificase por parte de un tercero un comportamiento discriminatorio respecto de un beneficiario de un plan social, se le deberá garantizar a este último el recurso a las vías legales adecuadas para -en su caso- impedirlo, hacerlo cesar y obligar a brindar la correspondiente reparación."

-CS, 10/11/2015 “Giustiniani, Ruben Hector c/ Y.P.F. S.A. S/ Amparo por Mora” pautas para sean válidos los límites al derecho de acceso a la información pública.

“Considerando 17) Que, en consecuencia, y tal como el propio ordenamiento lo reconoce, la empresa desempeña importantes y trascendentes actividades, en las que se encuentra comprometido el interés público, por lo que no puede, en el marco de los principios de una sociedad democrática y de acuerdo a la jurisprudencia reseñada, negar información de indudable interés público, que hace a la transparencia y a la publicidad de su gestión.(...)”

Considerando 25) Que tanto de la jurisprudencia de esta Corte como de aquella de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a la que se ha hecho referencia en el considerando 7° resulta que el derecho de acceso a la información, en tanto elemento constitutivo de la libertad de expresión protegido por normas constitucionales y convencionales, no es un derecho absoluto, sino que puede estar sujeto a limitaciones. No obstante, ello, tales restricciones deben ser verdaderamente excepcionales, perseguir objetivos legítimos y ser necesarias para alcanzar la finalidad perseguida. En efecto, el secreto solo puede justificarse para proteger un interés igualmente público, por lo tanto, la reserva solo resulta admisible para "asegurar el respeto a los derechos o la reputación de los demás" o "la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas" (confr. Claude Reyes, citado).

Considerando 26) Que, en razón de ello y para no tornar ilusorio el principio de máxima divulgación imperante en la materia, los sujetos obligados solo pueden rechazar un requerimiento de información si exponen, describen y demuestran de manera detallada los elementos y las razones por las cuales su entrega resulta susceptible de ocasionar un daño al fin legítimamente protegido. De esta forma, se evita que por vía de genéricas e imprecisas afirmaciones, pueda afectarse el ejercicio derecho y se obstaculice la divulgación de información de interés público.

6. FALLOS DESTACADOS DE SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE BUENOS AIRES

-SCJBA, 29/03/2017: “Longarini, Cristian Ezequiel y otros contra Ministerio de la Producción y otro. Amparo. Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley” el derecho de acceso a la información ambiental – adecuada y actualizada- como herramienta de salvaguarda de bienes jurídicos que gozan de tutela constitucional prevalente.”

Voto del Dr. Soria. PUNTO VII: “Con mayor fuerza estas directivas se aplican en campos en los que la información es peculiarmente necesaria como ocurre en la materia aquí debatida. El art. 41 de la Constitución Nacional expresamente impone a las autoridades públicas proveer “información ambiental”. Deber que involucra – de un lado- recolectar y procesar la información, lo que presupone, entre otras cosas, la vigilancia y control efectivo de las situaciones real o potencialmente riesgosas o dañinas. Del otro, consiste también en suministrar y difundir públicamente a la sociedad la información acumulada y actualizada de modo permanente y eficaz (conf. Bidart Campos, “Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino, tomo 1-B, 2001, p. 235).

La ley general del ambiente 25.675, incorpora también el mencionado derecho al acceso a la información ambiental (arts. 2, inc 1 y 16 a 18). De igual modo, lo hace el art. 3º de la ley 25831.” (...)

Ahora bien, es cierto que las constancias de esta causa evidencian que la autoridad pública demandada ha brindado información existente en diversas tramitaciones administrativas en relación a la plata de Munro a los accionantes (v. notas de la Subsecretaria de Política Ambiental del Ministerios de Asuntos Agrarios y Producción dirigidas al señor Carlos Longarini, fs. 10, 11,12, 23). A su vez, durante el trámite de este proceso fueron cumplidos los distintos requerimientos efectuados al respecto de la señora jueza de primera instancia- También se ha verificado en el marco de diversos trámites administrativos una convocatoria a los sectores que pudieran estar interesados en la problemática ambiental aquí analizada, vgr., en el marco de actuación de la Comisión Interdisciplinaria para el Diagnóstico Ambiental y Epidemiológico de la Localidad de Munro (creada mediante disposición 16/01 del Subsecretario Técnico

Operativo de la Secretaría de Política Ambiental). Allí se cursaron invitaciones a distintos sectores con interés en ese conflicto para que formulen propuestas con relación al plan de trabajo destinado al estudio de los elementos aire, agua y suelo, elevado por la Universidad Nacional de la Plata (C.I.M.A. y C.I.S.A.U.A.) y la entonces Administración General de Obras Sanitarias de la Provincia, tal como se desprende de la resolución 140/01 emitida por la Secretaría de Política Ambiental y de las demás constancias del expte. Adm. 2145-7910/1. Tales actuaciones demuestran entonces que las acciones realizadas en el marco de la Comisión Interdisciplinaria, fueron suficientemente difundidas.

No obstante, en orden al reclamo de acceso a la información ambiental adecuada y actualizada efectuada por los actores desde el inicio de las actuaciones, es manifiesto que subsiste el interés de los reclamantes, pues la potencialidad dañosa del emprendimiento sometido a escrutinio en este proceso viene dada por la calificación legal contenida en el art. 15 inc. c) de la ley 11.459. Ello impone satisfacer el derecho invocado, herramienta de salvaguarda de bienes jurídicos que gozan de una tutela constitucional por Valente, como son la salud e integridad física de los implicados directos y la preservación del ambiente (arts. 41, C.N. y 28, Const. Prov.).

-SCBJA: 24/06/2020 "Mancuso, Antonio c/ Organismo Provincial para el Desarrollo Sostenible OPDS s/ amparo. Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley"): Importancia de la convocatoria y celebración de audiencias públicas.

VI.2.b.i. Aun cuando pudiera inferirse que el OPDS ha dado relativo cumplimiento a aquello previsto en el art. 17 de dicho ordenamiento (publicación del listado de evaluaciones de impacto ambiental pendientes de aprobación), lo cierto es que su actuación debe ser descalificada por no haber anunciado o convocado en forma adecuada a los posibles interesados en opinar o peticionar acerca del estudio de impacto ambiental sujeto a aprobación.

VI.2.b.ii. Va de suyo que la referencia en la norma a un período para "recepionar y responder" comentarios, propuestas y observaciones, con carácter previo al dictado de la declaración de impacto ambiental que pone fin a la instancia de evaluación (arts. 18 y 19, ley 11.723), presupone la publicidad y el consecuente anuncio oportuno a la ciudadanía o al sector más interesado o particularmente afectado acerca de la apertura del procedimiento en cuestión. Sólo así cobra sentido la instancia participativa, en tanto cauce apto para reunir la mayor cantidad de opiniones con la virtualidad de informar, influir y perfilar una decisión administrativa capaz de sopesar todos los intereses en juego.

Esas directivas se aplican con fuerza en campos en los que la información es peculiarmente necesaria, como ocurre en la materia aquí debatida que atañe tanto al Estado como a quienes habitan su territorio (art. 28, Const. prov.). El art. 41 de la Constitución nacional impone a las autoridades públicas proveer "información ambiental". Deber que involucra la tarea de recolectar y procesar la información, que demanda proveer lo necesario para hacer posible el control ciudadano sobre todas aquellas situaciones real o potencialmente riesgosas o lesivas para el ambiente. Deber que también lleva consigo la adecuada difusión a la sociedad de la información acumulada y actualizada de modo permanente y eficaz (v. mi voto en causa A. 74.654, "ASOCIACIÓN CIVIL ALETHEIA POR LA VIDA", sent. de 29-V-2019 y sus citas).

VI.2.c. (...) Como se ha afirmado, el respeto por el derecho de incidencia colectiva a la debida participación ciudadana previa a la decisión de asuntos medioambientales, no se reduce a la observancia de una mera formalidad. Se trata de custodiar y proteger un bien jurídico relevante funcionalmente ligado a la protección del ambiente. De suerte que su afectación o desconocimiento lesiona el art. 41 de la Constitución nacional y el art. 28 de su par provincial, que impone como deber del Estado "garantizar el derecho a solicitar y recibir adecuada información, y a participar en la defensa del ambiente" (doctr. causas A. 68.965 y A. 70.364, cits.)"

7. REFLEXIONES FINALES.

En este moderado abordaje que denominé “Derecho a saber” busqué definir y sintetizar el derecho a acceder a la información pública ambiental como un puntapié para “provocar” el acceso a otros derechos, por ejemplo, la participación ciudadana: ¿Cómo podemos petitionar a las autoridades y/o hacerlos responsables de sus incumplimientos sin saber, conocer? ¿Cómo, cuándo y qué información solicitar?

De estos interrogantes surge que la información constituye una herramienta fundamental para lograr que la participación ciudadana sea útil, efectiva y democrática: “La participación pública y el acceso a la información resultan imprescindibles para **lograr un desarrollo sostenible**. El acceso por parte de los ciudadanos a la información ambiental constituye la génesis para la creación de **sistemas adecuados** de participación pública generando un instrumento básico en la **consecución de una política ambiental efectiva**”⁴³⁰

Asimismo, en la síntesis de algunos fallos destacados se observa como este derecho de acceder a la información pública ambiental se hace más presente y resulta condición necesaria para que otros derechos como acceder a la justicia, controlar los actos de gobierno **se materialicen**.

Y por último, darle la **bienvenida** al Acuerdo de Escazú, esperando que este novedoso instrumento venga a promover la real defensa del ambiente, con todos sus diversos componentes, en fin, la defensa de la vida misma.

⁴³⁰ Cafferatta, Néstor en “Tratado Jurisprudencial y Doctrinario. Derecho Ambiental” citando: “Derecho a la información y a la educación ambiental (A la luz de las leyes de la Provincia de Misiones 4182 y 4184), Cafferatta, Néstor A. - Gambini, Estela M., LLitoral 2005-1173).

Facultad de Ciencias
**JURÍDICAS
Y SOCIALES**



**UNIVERSIDAD
NACIONAL
DE LA PLATA**

ISBN 978-950-34-2004-1



9 789503 420041